

DIREITO 10

novas realidades contemporâneas

ORGANIZADORES

Haide Maria Hupffer

André Rafael Weyermüller

Alexandre Marlon da Silva Alberton



UNIVERSIDADE
FEEVALE

Associação Pró-Ensino Superior em Novo Hamburgo - ASPEUR
Universidade Feevale

DIREITO 10

novas realidades contemporâneas

ORGANIZADORES

Haide Maria Hupffer

André Rafael Weyermüller

Alexandre Marlon da Silva Alberton



Novo Hamburgo/RS - BRASIL
2018

PRESIDENTE DA ASPEUR
Roberto Cardoso

REITOR DA UNIVERSIDADE FEEVALE
Cleber Cristiano Prodanov

PRÓ-REITORA DE ENSINO
Angelita Renck Gerhardt

PRÓ-REITOR DE PESQUISA,
PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
João Alcione Sganderla Figueiredo

EDITORA FEEVALE
Adriana Christ Kuczynski (Design editorial)
Mauricio Barth (Coordenação)
Tiago de Souza Bergenthal (Revisão textual)

EQUIPE DE APOIO E REVISÃO
Bel. Pedro Ernesto Neubarth Jung
Bel. Maicon Artmann
Bel. Jeferson Jeldoci Pol
Acad. Bruno de Lima Silva
Acad. Pedro Afonso Pretto Pol

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
Universidade Feevale, RS, Brasil
Tatiane de Oliveira Bourscheidt – CRB 10/2012

Direito 10 [recurso eletrônico] : novas realidades contemporâneas / organizadores Haide Maria Hupffer, André Rafael Weyermüller, Alexandre Marlon da Silva Alberton – Novo Hamburgo: Feevale, 2018.
Dados eletrônicos (1 arquivo : 1,7mb).

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.
Modo de acesso: <www.feevale.br/editora>
Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-7717-222-1

1. Direito. 2. Universidade Feevale - Produção acadêmica. I. Hupffer, Haide Maria. II. Weyermüller, André Rafael. III. Alberton, Alexandre Marlon da Silva.

CDU 340(075.8)

© **Editora Feevale** – TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos do autor (Lei n.º 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Universidade Feevale

Câmpus I: Av. Dr. Maurício Cardoso, 510 – CEP 93510-235 – Hamburgo Velho
Câmpus II: ERS 239, 2755 – CEP 93525-075 – Vila Nova
Fone: (51) 3586.8800 – Homepage: www.feevale.br
Novo Hamburgo/RS – Brasil

COMO MELHOR UTILIZAR ESTE E-BOOK

Não desperdice papel, imprima somente se necessário.

Este e-book foi feito com intenção de facilitar o acesso à informação. Baixe o arquivo e visualize-o na tela do seu computador sempre que necessitar. No entanto, caso seja necessário, o arquivo pode ser impresso.

É possível também imprimir somente partes do texto, selecionando as páginas desejadas nas opções de impressão. Os botões interativos são apenas elementos visuais e não aparecerão na impressão, utilize-os para navegar pelo documento. Se preferir, utilize as teclas "Page Up" e "Page Down" do teclado ou o "Scroll" do mouse para retornar e prosseguir entre as páginas.

SUMÁRIO

- 008 **O “POSITIVISMO CLÁSSICO” COMO METODOLOGIA HERMENÊUTICA PRESCRITIVA: OU DE COMO A DIFERENCIAÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA NÃO REPRESENTA, POR SI SÓ, UMA SUPERAÇÃO DO GENUÍNIO POSITIVISMO**

Cassiano Candido de Souza
Igor Raatz

- 026 **A VINCULAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Patrícia Herrmann
Dailor dos Santos

- 048 **ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS REFUGIADOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO**

Diádine Silveira Gomes
André Rafael Weyermüller

- 069 **A(S) CRISE(S) DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E AS INSUFICIÊNCIAS DO MODELO JURISDICIONAL-ESTATAL DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: UM OLHAR A PARTIR DOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS**

Ivonir Padilha
Igor Raatz

- 091 **MEDIDA DE SEGURANÇA: PENA OU TRATAMENTO?**

Claudia Lissandra Martins de Andrade
Betina Heike Krause Sücker

- 106 **LOGISTICA REVERSA DE EMBALAGENS DE AGROTÓXICOS**

Jeferson Jeldoci Pol
Maicon Artmann

- 119 **SOCIEDADE DE RISCO E GERAÇÕES FUTURAS: OS RISCOS DAS NANOTECNOLOGIAS EM COSMÉTICOS**
Danusa Terezinha Agatti Gross
Haide Maria Hupffer
Ana Paula ATZ
- 148 **OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA AGRICULTURA FAMILIAR E A IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INERENTES AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**
Angela Martins
Luis Augusto Stump Luz
- 179 **A EFICÁCIA DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS**
Fernando da Rosa Coelho
Claudia Maria Petry de Faria
- 198 **OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O CASAMENTO HOMOAFETIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADI 4.277 DO DISTRITO FEDERAL, ADPF 132 DO RIO DE JANEIRO E A RESOLUÇÃO NORMATIVA 175 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**
Jéferson Alexandre Rodrigues
Henrique Alexander Grazzi Keske
- 218 **ANÁLISE DO CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR SOB A PERSPECTIVA RELACIONAL**
Cristiane Pinto Dummer
Marcus Vinicius Madeira
- 240 **FUMO – RESPONSABILIDADE DA INDÚSTRIA TABAGISTA OU LIVRE-ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR?**
Misael dos Santos de Oliveira
Juliane Altmann Berwig

APRESENTAÇÃO

A monografia apresentada ao final do curso de Direito representa a finalização de uma importante etapa acadêmica, onde o aluno coroa sua vivência na universidade e onde pode expor detalhamentos sobre um tema que lhe é fundamental, contribuindo, assim, para seu crescimento e para com a ciência jurídica.

Todos os trabalhos apresentados no curso de Direito da Feevale são representativos do esforço e empenho em construir um texto longo e metodologicamente adequado. Porém, entre todos esses esforços individuais, alguns recebem destaque especial por terem atingido um nível de contribuição acadêmica ainda mais elevada, seja pela temática inovadora, seja pelo conjunto do texto. Esses textos fazem parte então de uma amostra da produção científica na área do Direito produzida na Universidade Feevale.

Por meio da iniciativa de promover o trabalho dos alunos em conjunto a seus orientadores, a presente publicação busca integrar discentes e docentes que uniram esforços para produzir uma monografia que mereceu destaque especial. Assim, o Direito 10: Novas realidades contemporâneas se coloca como um espaço acadêmico privilegiado e consolidado na Universidade Feevale onde se divulga de forma ampla o trabalho conjunto de alunos e professores do curso de Direito.

A diversidade de temas desenvolvidos em forma de capítulo a partir das monografias indica a riqueza da contribuição que a publicação proporciona para novas pesquisas e, assim, para a continuidade do aprofundamento do estudo das temáticas sociais que são abarcadas pelo Direito. Os diversos temas, tanto de Direito Público quanto de Direito Privado, expõem diversas problemáticas que carecem de atenção pelos operadores do Direito.

Em suma, as temáticas centrais desenvolvidas nos textos são o positivismo jurídico, licitações públicas, assistência aos refugiados, as crises do Estado contemporâneo, medidas de segurança em matéria penal, logística em embalagens de agrotóxicos, riscos das nanotecnologias em cosméticos, agricultura familiar e desenvolvimento sustentável, prisão civil por alimentos e o casamento homoafetivo.

O curso de Direito da Universidade Feevale como um todo saúda aos autores e espera contribuir de maneira construtiva para o crescimento constante do conhecimento jurídico e da carreira acadêmica e profissional de todos os envolvidos no projeto.

André Rafael Weyermüller

O “POSITIVISMO CLÁSSICO” COMO METODOLOGIA HERMENÊUTICA PRESCRITIVA: OU DE COMO A DIFERENCIAÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA NÃO REPRESENTA, POR SI SÓ, UMA SUPERAÇÃO DO GENUÍNIO POSITIVISMO

Cassiano Candido de Souza

Graduado em Direito na Universidade Feevale .

E-mail: cassiano.candido@hotmail.com.

Igor Raatz

Pós-doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Professor da Universidade Feevale.

E-mail: igorra@feevale.br.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente ensaio visa a traçar um panorama geral a respeito do, assim chamado, positivismo clássico, tendo como objeto de estudo suas duas versões construídas na Europa continental, quais sejam, o “positivismo francês” e o “positivismo alemão”. O objetivo desse estudo consiste em demonstrar que essas versões rudimentares do que se convencionou chamar de positivismo nada mais são do que “discursos de *metodologia hermenêutica prescritiva*” (CHIASSONI, 2017, p. 323) e, portanto, movimentos teóricos incapazes de oferecer uma distinção entre texto e norma no campo da interpretação/aplicação do Direito. Tratam-se, pois, de experiências muito distantes do verdadeiro positivismo construído na tradição analítica inglesa, como é o caso dos positivismos de Bentham e de Austin¹, e do positivismo identificado no pensamento de Hans Kelsen, o qual, como se sabe, não cuidou de prescrever uma metodologia hermenêutica, na medida em que entendida que decisão era um ato de vontade.

2 O CHAMADO “POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO”

Para que possamos entender os chamados “positivismos clássicos” é necessário destacar que eles nascem como uma espécie de contraposição ao Direito Natural. Segundo Bobbio (1995, p. 45), para que este perdesse terreno e amplitude territorial, necessário foi que a filosofia, que os ditos “mitos” pertencentes aos jusnaturalistas, como por exemplo, o estado de natureza, a lei natural, o contrato social, etc., desaparecessem por completo da “*psique*” de todos os doutos membros, sejam operadores do direito ou simples estudiosos.

Para isso, um dos pressupostos políticos do positivismo de corte legalista era a existência de um Estado/Nação reconhecido pelos cidadãos como administradores de valores jurídicos. Ocorre que algumas nações europeias não conheceram um Estado nacional até o terceiro quartel do século XIX, como foi o caso alemão. Nestes casos de falta de identidade política, a consciência nacional não apenas manifestava-se de forma mais intensa quanto era forte sua reação contrária à ideia de Estado legislador (HESPANHA, 2012, p. 409). Isso, no entanto, a despeito da falta de uma cultura legalista alemã, não impediu o surgimento da sua vertente positivista de pensamento.

Nessa seara, no campo filosófico-jurídico surgiu o historicismo, que teve origem com a escola histórica do direito, difundida na Alemanha por volta do final do século XVII e no começo do século XIX. Nessa escola conforme indica Bobbio (1995, p. 45),

¹ Sobre o tema, ver STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao *stare decisis* como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, a. 25, n. 99, jul./set. 2017.

destacou-se Savigny como o maior expoente deste conceito. Ainda, observa-se que existe uma distinção entre “escola histórica” e “positivismo jurídico”, pois, o positivismo preparou o campo para a escola histórica, sob fortes alegações críticas para com o direito natural.

O historicismo, ensina Fassó (1996, p. 43), é um movimento vasto e completo sobre todo o campo da atividade humana e que, certamente, não se limita a área jurídica, possui reação contrária ao iluminismo e combate o próprio conceito de jusnaturalismo. A postura anti-jusnaturalista dos historicistas não possui como único objetivo a observância da substituição da concepção jurídica por outra, é também a análise moral e política de toda a vida prática, deixando de ser tratada como uma regulamentação iluminista dos conceitos naturalistas, que abstrai a razão, mas também de um produto espontâneo da história que é considerado essência do homem e encarna uma profunda e verdadeira razão concreta.

Conclui Fassó (1996, p. 43-44) que o historicismo advém de um movimento cultural muito mais amplo que o iluminismo, advindo do romantismo, cujas características marcaram o sentido da história e consagram uma importante cultura no iluminismo. Devendo antes de negar os atos visualizar o passado, para que assim observe a razão dos ditames e com isso consiga renovar o racional da culta social, observando o passado para atender ao futuro.

Para Bobbio (1995, p. 45-46) a primeira obra na qual pode ser considerada como também uma forte expressão da escola histórica é de Gustavo Hugo, que em seu “Tratado do direito natural” indica o direito natural não sendo concebido como sistema normativo, onde há um conjunto de regras distintas e separadas do sistema do direito positivo, mas sim por um conjunto de características filosóficas sobre o próprio direito positivo. Tal texto define ainda que o direito natural, como filosofia do direito positivo, utiliza as conceituações jurídicas gerais, utilizando como base o direito positivo, empregando assim uma “filosofia do direito” ou ainda uma “teoria geral do direito”.

Larenz (1997, p. 10-11) indica que em seu curso de Direito, Savigny se equiparava ao Direito legislado, onde a legislação que acontece no tempo conduzia a concepção de um Direito que estreitamente conjugava-se com a história dos povos e, em vista de que a legislação é atividade do Estado, a sua história também poderia a ele ser vinculada. Ainda, Larenz salienta que no entendimento de Savigny, eram distintas as interpretações de história e filosofia, sistemáticas acerca do Direito. Com esse objetivo em mente, a interpretação trilha o caminho de reconstrução do pensamento, expresso na lei na medida em que é conhecida a partir da lei propriamente dita.

Hespanha (2012, p. 410-411) determina que o programa da Escola Histórica busca as fontes não estaduais e não legislativas do direito, mas sim, estabelece uma

pré-compreensão da sociedade do ambiente cultural e político do romantismo alemão. Considera-se a sociedade alemã como um organismo vivo sujeito à evolução histórica, semelhante à dos seres vivos, buscando no passado o melhor condicionamento natural do que virá no futuro. Atua durante tal evolução o espírito do povo, "*Volksgeist*", que reside tanto na origem quanto no sentido de uma nação.

A concepção histórica do direito, indicado por Fassó (1996, p. 47), aparece de forma completa trazida por Savigny, que faz uma profunda análise do pensamento de Hugo quanto a sua crítica ao jusnaturalismo. Dessa forma, Bobbio (1995, p. 53-54) consagra que Savigny rejeita a espécie de interpretação teológica, acreditando que deve o juiz atender não ao que o legislador busca atingir, mas sim ao que a realidade preceitua, podendo ser entendida como palavras da lei, no sentido lógico gramatical, extraíndo uma conexão sistemática e efetivando, assim, uma verdadeira expressão do conteúdo e da determinação. Desse modo, não cabe ao juiz aperfeiçoar a lei, de modo criador, mas sim de executá-la com maestria, a final cabe unicamente ao legislador aperfeiçoar a lei e nunca ao magistrado.

Diante do positivismo jurídico e seu movimento político de "onipotência do legislador", no fim do século XVIII e início do século XIX, Bobbio (1995, p. 54) especifica que a escola histórica assume uma clara e abrasiva hostilidade frente a este movimento. Tal movimento de codificação advém de um resultado, da segunda metade do século XVIII, iluminista que realiza a positivação do direito natural, tendo como base a expressão da autoridade e da razão ao mesmo tempo. Utiliza a expressão da autoridade, pois se não advir do Estado não possui eficácia, entretanto, o direito posto pelo Estado não é fruto de algo arbitrário, mas sim da expressão da própria razão, seja do príncipe ou dos filósofos.

Bobbio (1995, p. 55-56) ainda assinala que diante da apresentação do Código de Napoleão, trazido pelos exércitos da França revolucionária que ocuparam parte da Alemanha, e sua "igualdade formal" de todos os cidadãos, "o princípio da sua igualdade perante a lei, a despeito de suas posições econômico-sociais diversas", criou-se no povo alemão, que viviam sob a égide de distinção de três castas (nobreza, burguesia e campesinato) um forte movimento de criação de um direito único e codificado para toda a Alemanha a fim de findar as dificuldades que a pluralidade e o fracionamento do direito ocasionavam à prática jurídica.

Para Thibaut, conforme afiança Bobbio (1995, p. 60), não importava ressuscitar o jusnaturalismo, mas sim, construir um sistema do direito positivo, representando a primeira tentativa de ordenar sistematicamente o direito, especialmente o positivo privado. A forte inspiração iluminista de Thibaut pode ser vista claramente em suas polêmicas contra a excessiva reverência para com a tradição onde afirma, nas pa-

lavravas de Bobbio, “o homem não deve ser súcubo dela, devendo sim superá-la e renová-la”.

No decorrer da existência da Escola Histórica surge um forte progresso diante da preocupação originária de sua construção através de sua incorporação ao pensamento jurídico. Tal distorção resultou no estudo científico histórico do direito conforme sua importância e eficácia, seguindo uma dogmática lógico-formal. Diante de tal alteração do direito vigente assume aos poucos o estudo do direito, ficando a parte histórica relegada à função secundária.

Na tentativa de superação do jusnaturalismo e no desenvolvimento desenfreado do formalismo e fruto direto da escola histórica do direito, surge uma corrente do pensamento positivista no séc. XIX chamada de Jurisprudência dos Conceitos (STRECK, 2017, p. 103). Tal programa também foi chamado, nas palavras de Villey (2008, p. 324), de pandectismo e foi observado por Putcha e pelos juristas da “*Begriffsjurisprudenz*” cujo manual adveio de Windscheid, apoiador do direito como forma racional.

Seu sistema se consubstanciou, conforme especifica Larenz (1997, p. 21), em uma ciência jurídica com profundas raízes na filosofia e no idealismo alemão, utilizando em Hegel o movimento de conceito concreto sendo aquele que gira em torno de si mesmo e não apenas o engloba, a fim de superar o contrário. Significa dizer, então, que o sistema é muito mais do que uma mera clareza e facilidade de domínio de certa matéria, sendo a única maneira de o espírito encontrar a verdade na racionalidade científica. Savigny salienta que ao lado do caráter histórico, e com idêntica importância, existe o caráter filosófico ou sistemático da ciência jurídica, sendo seguido por grande número de juristas da Alemanha do século XIX.

Nesse contexto, Streck (2017, p. 103) consagra o pensamento de Savigny, no sentido de manter o domínio da produção do Direito nas mãos dos professores, iniciando assim a construção de seu sistema que premiava o cerne no Direito Romano e conferia tratamento lógico e formal, à vista que a Alemanha já havia recepcionado o Direito Romano. Streck indica que tal utilização do embasamento no Direito Romano encontrava critério na busca pelo passado, nas raízes da Doutrina, princípios orgânicos, “de maneira que quanto haja vivo se separe das partes já mortas, as quais restariam como meros objetos do domínio da história”. Todavia, tal abandono absoluto das fontes acarreta a tentativa de colocar no sistema, de maneira forçada, trechos que não pareciam se adaptar a ele, indica Streck, “escolhendo-se, pois, as fontes históricas mais adequadas para serem inseridas no sistema que o autor estava construindo sob o império de um único princípio”.

Streck (2017, p. 103-104) ainda demonstra que esses conceitos indicam que o direito positivo originalmente vem a estabelecer direito do povo, e tanto para os cos-

tumes quanto ao direito legislado caberia elaborar determinações desse direito originário, empreitada essa que caberia justamente aos juristas. Nessa esteira, o produto criado pelos juristas seria considerado um direito equiparado aos costumes e ao direito legislado, fundando-se assim a jurisprudência dos conceitos.

Assim, utiliza-se na jurisprudência dos conceitos uma atitude dogmática, que visa restringir a utilização histórica e com isso efetuar uma interpretação do "*corpus juris*" (MARGADANT, 1986, p. 335) como sendo um conjunto harmonioso e fixo desvinculado do antigo e fixando seu cerne no fluxo do pensamento social, atingindo textos antigos do pandectismo e forçando uma estrutura cheia de conceitos de sua própria criação.

A ciência do direito, no que concerne à Jurisprudência dos Conceitos, deveria compreender uma genealogia dos conceitos. Larenz (1997, p. 25) indica que a ideia de Puchta era a da existência de conceitos superiores que autorizam certas afirmações e, por conseguinte, se um conceito inferior se submeter a um superior, valerá para ele, de maneira forçada, todas as afirmações existentes sobre o superior. Tal genealogia ensina que o conceito supremo codetermina os restantes através de seu próprio conteúdo.

Ainda, Streck (2017, 103-104) leciona que a jurisprudência dos conceitos representou na Alemanha a mesma força que o exegetismo representou na França, pela relevante circunstância que ambas possuíam como pressupostos entre Direito e lei, ou Direito e Conceito, de maneira pandecta, o que fez com que a codificação na Alemanha ocorresse apenas 100 (cem) anos depois de ocorrido na França. Nela, ao juiz não era permitido efetuar discurso sobre validade do Direito, ficando seu cargo restringido ao ato de conhecimento, não podendo efetuar qualquer meio de alteração dos conteúdos produzidos pelos juristas.

Nesse sentido, Streck (2017, 105-106) firma que a escola da Jurisprudência dos Conceitos possui o pensamento marcado pela crença na criação de um Direito sem lacunas, em formato lógico piramidal conceitual, no qual é desenvolvido a partir de padrões clássicos contendo "indução e dedução". Representa, conforme Streck (2017, 106) indica no pensamento de Losano, ser um apogeu da ciência das pandectas, sendo "a face mais evidente do 'pandectismo'".

Ocorre no pandectismo, no entendimento de Villey (2008, p. 325), uma espécie de gênero híbrido sociológico a fim de salvar os valores da ordem, onde Savigny conservava da Escola do direito natural o propósito da unidade lógica.

Na mesma senda, Streck (2017, p. 107) refere que Ihering, em sua primeira fase, sustentava a utilização de método indutivo baseado na decomposição das normas jurídicas "em seus elementos formais", para posteriormente efetuar sua recomposição. Corroborando a tal entendimento, Larenz (1997, p. 31) consagra que Ihering entende a

função sistemática da ciência do Direito sendo atribuída a um nível superior em comparação com a histórica e a interpretativa. Ele demonstra que cada instituto corresponde a uma proposição jurídica em seus elementos próprios, extraíndo deles a pureza através de combinações, tanto de normas já conhecidas como de normas novas. Como resultado desse ato de desmontar e remontar lógico tem-se a nitidez de números de corpos simples que a ciência pode gerar, podendo ainda reconstruir as proposições caso lhe convenha, consagrando ao Direito a possibilidade de crescer a partir de si próprio. Tal método parte da observação das ciências naturais indo dos fatos particulares para assim induzir os conceitos, reduzindo-os a elementos simples, figurando a essência do direito em “analisar, dissolver e separar” (STRECK, 2017, p. 107).

Ainda sobre Ihering, Larenz (1997, p. 31) indica que o autor não efetua qualquer esforço para justificar a efetividade dessas proposições logicamente possíveis, pois diferente de Puchta, Ihering não monta um conceito fundamental prévio ao Direito positivo, que servia de alicerce, pelo contrário, o seu método se assemelha aos das ciências da natureza, utilizando a indução para seus conceitos.

Ao contrário da Alemanha, que construiu uma doutrina “positivista” sem uma Codificação, o caso positivismo francês, fundado na “escola da exegese”, deve seu apogeu à Codificação e à tentativa clara e direta de sufocar o Direito Natural. Nos meados do século XVIII, a lei estadual, aponta Hespanha (2012, p. 401), possuía forte tendência aos ideais jusracionalistas, na crença da existência de um direito supra positivo advindo da razão e o direito positivo seria uma espécie de garantia. Nos finais do século XVIII o movimento legalista adquiriu maior força, frente à incerteza jurídica criada pela massificação das opiniões doutrinárias e decisórias judiciais repletas de contradições em face ao racionalismo quanto à previsibilidade do direito. Diante dos anseios sociais criou-se o movimento da codificação que se concentrou em procurar respostas a uma ordem jurídica estável, sendo-a previsível e segura.

Diante de tal momento histórico, nasce uma corrente, em meados do século XIX, conforme demonstra Neves (1995, p. 181-182), denominada Escola da Exegese, que substitui, seja com maior ou menor fidelidade, o sentido originário da expressão doutrinária e metodológica do legalismo, advindo da codificação pós-revolucionária. De modo geral ela entende o direito como “o conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos”, nascido no “*Code Civil*” e o submetendo a uma estrita hermenêutica exegética que culminava diretamente em uma sistematização dogmática lógico-analítica. Para melhor compreender a ruptura que traz a presente escola com a concepção do direito existente em sua época, devem ser considerados alguns dos pressupostos mais relevantes trazidos imediatamente após a Revolução Francesa de 1789. O pós-revolucionário trouxe o legalismo que vislumbrava o direito somente no que concer-

niam as leis politicamente legitimadas “em um Estado de assembleia representativa e estruturado segundo um rígido princípio de separação de poderes”, nos quais o jusnaturalismo era fundado no direito natural, de maneira racional, sendo deduzido de axiomas socialmente antropológicos. O legalismo, que tinha uma imediata origem ideológica do iluminismo, também recebia do jusracionalismo a ideia normativa e não apenas o conteúdo prescrito nas suas leis, correspondendo, assim, essencialmente ao “*modus*” de uma racionalidade ligada diretamente à sistemática.

Para dar solução a todos os casos jurídicos, Neves (1995, p. 185) aponta que foi trazido o postulado da exclusão de lacunas no sistema da lei civil codificada, no qual se tem a concepção do sistema jurídico-legal, sistema completo e fechado. O ato de decidir não assegura a prévia existência da lei para todos os casos. A lei deveria ser o único critério jurídico, porém, se uma dúvida surgisse, seja por uma falha e/ou sentido da lei, caberia ao julgador questionar o legislador para que este puxasse para si o caso e desse uma solução viável ao problema.

Para Bonnecase (1944, p. 157), tal questionamento é efetuado com o objeto da lei nos trabalhos preparatórios para a elaboração anterior da apreciação das consequências, que levaria a extensa ou a restringir o âmbito da aplicação da lei.

Bobbio (1995, p. 79) firma que a referida escola pretendia ter uma segura direção, de modo que o raciocínio jurídico fosse efetivado pelo princípio da autoridade em que a vontade do legislador, que pôs a norma jurídica, será seguida conforme expresse e completo modo, bastando aos operadores do direito aterem-se ao que é dito pela autoridade soberana.

Neves (1995, p. 182) esclarece que a ideia central do código se fundamenta na exigência da prescrição da lei “*sub specie codicis*”, onde a forma positiva dessa essência concretiza-se na racionalidade do seu sentido cultural e juridicamente específico. Implica assim que o código não é mais uma mera junção de leis, mas sim a formação de um “*corpus*” legislativo que se propõe de maneira racional, sistemática e unitária a regular todo e qualquer meio do domínio jurídico.

A intenção do legislador no momento da criação do texto da lei, estabelece Bonnecase (1944, p. 158), não mais seria levada em consideração. Criava-se, assim, uma ruptura acerca da lógica e da vontade do legislador, estando o caráter predominante apenas estático, onde pouco importa os sentimentos íntimos do legislador, residindo o foco somente na doutrina legal e na lei propriamente dita.

Segundo Castanheira Neves (1995, p. 184), a Escola da Exegese determina a exclusividade do conteúdo normativo da lei, como critério jurídico, recusa a validade e qualquer necessidade do apelo e recusa de qualquer outro critério além dela mesmo. Apenas a lei existe como fonte do direito, como critério normativo-jurídico exclusivo, “*il faut*

que tout droit derive de la li écrite et positive" (NEVES), sendo essa a pretensão exclusiva normativa da lei a qual, segundo Castanheira, "já tinha levado Montesquieu a exigir uma estreita fidelidade ao" texto da lei, ou ainda à "*lettre de la loi*", na qual cabia aos juízes apenas servirem como "*la bouche qui prononce les paroles de la loi*" (NEVES).

Após a promulgação do *Code Civil*, esclarece Gilissen (1995, p. 515-516), inúmeros juristas se debruçaram sobre seus textos a fim de analisar, pormenorizado, seu corpo, considerando-o totalmente inovador. Tal análise foi tratada com grande importância, sendo explicado artigo por artigo, um após o outro, e ainda, os combinando entre si, para que assim fosse elaborada uma base legal para novas teorias, as quais muitas vezes eram imprevisíveis pelos autores do código, que decerto poderiam imaginar tais combinações legais. Tais movimentos combinativos retiravam o *Code Civil* de seu meio social, o qual havia nascido para ser aplicado, e o utilizavam de maneira lógica para que o mesmo, teoricamente, devesse "deduzir por via de raciocínio todas as soluções teoricamente possíveis", advento puramente exegético, dos textos legais, algo explicativo e puramente dogmático.

A Escola da Exegese não admitia outra forma de direito senão a baseada em lei. Neves (1995, p. 186) determina que tal escola também não admitia ao juiz aceitar qualquer lacuna na lei, entretanto, por mais que suas previsões fossem fechadas, o fato é que a escola admitia que uma solução para algo não previsto devesse ser dada, aceitando a ideia de que existia uma dificuldade de ausência na previsão expressa da lei a todos os casos, e não aceitando que o sistema legal é insuficiente ou de possibilidades jurídicas limitadas para dar resposta ao caso em concreto que a vida social impõe. De forma que "as lacunas assim manifestadas, posto se mantenha a proibição de denegação de justiça, haveriam de ser autônoma e constitutivamente preenchidas pelo juiz, como fora autorizado pela codificação iluminista", sendo assim, uma aceitação da problemática jurídica da vida social. Nesse sentido, Bonnetcase (1944, p. 159) manifesta que na ocorrência de uma contradição da lei, em ocorrendo-a com ambiguidade, pode o legislador abster-se de agir e considerar esta lei como inexistente, podendo rejeitar a demanda.

Sobre o ponto, Castanheira Neves (1995, p. 186) ainda manifesta que o direito era pensado como um sistema racional e sua própria racionalidade o fechava para a própria racionalidade, como em um caso a ser decidido por essa racionalidade e que não pudesse considerar indevido ao juiz a obrigação de decidir conforme requisita a demanda, entretanto, exatamente esse objeto é rechaçado veementemente pela Escola da Exegese, pois aos casos em que ele não fosse capaz de absorver era recusada a integração na juridicidade em geral, colocando tal caso em um limbo do direito. Posto isto, se apresentava um sistema que se definia e subsistia em si próprio em

um “sistema axiomático” sendo inspirado no jusnaturalismo e em seu racionalismo sistemático.

Deveria o positivismo jurídico, na conceituação de Villey (2008, p. 137), se estender ao direito e nele produzir uma doutrina das fontes, não se tratando de “deduzir” o direito referente à razão de um conceito da natureza do homem e muito menos de construí-lo racionalmente, mas sim, criar uma espécie de processo no qual poderão ser extraídas regras do direito, tornando a filosofia predominante em vista da insuficiência dos códigos.

Neves (1995, p. 414-415) ensina que em outra seara o positivismo científico possui a fundamentação no sistema conceitual na lei, o direito possui uma racionalidade de modo que a estrutura construtiva é fundamental como a expressão eterna e universal do direito. A lei figura nesse contexto como um ponto de início para a construção do conceito, mesmo que tais textos sejam advindos do direito romano e do direito comum.

A crença científica, para Hespanha (2012, p. p. 391), foi muito bem quista nas colônias europeias, e convencidos da validade universal de sua ciência jurídica e de seu caráter progressista, os europeus impuseram tais modelos aos povos não europeus, combatendo impiedosamente os direitos locais, sob a égide da modernização.

3 DOS “POSITIVISMOS CLÁSSICOS” COMO METODOLOGIA HERMENÊUTICA PRESCRITIVA E SUA NOÇÃO “COGNITIVISTA” DE INTERPRETAÇÃO

Da análise realizada no capítulo anterior, verifica-se que os positivismos identificados na Jurisprudência dos Conceitos e na Escola da Exegese possuem a nota comum de firmarem-se como “discursos de *metodologia hermenêutica prescritiva* que contêm instruções (diretivas, regras) sobre o que um bom intérprete, *deve, não deve, pode fazer*” (CHIASSONI, 2017, p. 323). Como bem destaca Pierlugi Chiassoni (2017, p. 323), há, aqui, uma *noção cognitivista* de interpretação a qual, antes de refletir uma reflexão autônoma sobre o fenômeno interpretativo no direito, é, ao contrário, o reflexo, a variável dependente, de uma concepção do direito previamente aceita, às vezes original, como no caso de Savigny, às vezes translática, como no caso da escola da exegese.

Não é por acaso que referidas escolas receberam suas antíteses ainda no final do século XIX, a partir de posturas “libertárias”, que buscavam derrubar o “positivismo clássico”. Cabe lembrar que esse ideal comum às escolas antes mencionadas, de que o juiz limitar-se-ia à mera subsunção do fato à norma jurídica previamente dada, foi sendo gradualmente superado. E, justamente da “brecha” decorrente da constatação de que a lei não cobre tudo, que a faticidade apresenta problemas que nem sempre foram esbo-

çados pelo *legislador racional* (que, com uma discricionariedade política, cria o conteúdo da lei), o positivismo exegético e o positivismo alemão da jurisprudência dos conceitos acabaram por deixar a cargo da discricionariedade do *juiz intérprete racional* o poder de preencher, de forma ilimitada, os vácuos deixados pelo legislador (STRECK, 2009, p. 472). Justamente nesse vazio que entravam em cena os princípios gerais do direito, concebidos como *"norme implicite nell'ordinamento, che vengono dessunte attraverso successive generalizzazioni"* (VIRGA, 1975, p. 325), articuladas para *autointegrar* o ordenamento jurídico e servir, ainda, como cortina para esconder o arbítrio judicial quando o sistema de regras não conseguia dar conta da realidade (BOBBIO, 1960, p. 171).

Na medida em que se iam evidenciando as insuficiências dos primeiros positivismos, mormente a noção de que a lei continha todas as hipóteses de aplicação (plenitude do ordenamento) e que o papel do juiz estaria proibido de interpretar, os princípios gerais do direito ganhavam mais espaço e também a discricionariedade judicial. Partindo das críticas, segundo Ihering, à jurisprudência dos conceitos desenvolveram-se os chamados movimentos libertários. Na França surgiram doutrinas arrojadas como o método da livre investigação científica, de François Geny (1925, *passim*), enquanto na Alemanha, os movimentos libertários eram encabeçados por autores como Philipp Heck, maior expoente da jurisprudência dos interesses, Bülow, Kantorowicz, Fuchs e Ehrlich, representantes do movimento do direito livre². Nessa senda, a transição do século XIX para o século XX foi marcada pela substituição das leis da lógica, segundo a qual a interpretação resumia-se em operações lógicas de subsunção do caso concreto na norma abstrata, pela vontade do juiz. Afirmava-se que o juiz decidia conforme o seu convencimento. Com isso, *"a relação entre o legislador e juiz resultava não apenas alterada, mas invertida: o juiz podia comportar-se como se fosse o legislador"* (LOSANO, 2010, p. 143).

Isso por si só já mostra que a superação das posturas cognitivistas da interpretação não representa, de forma isolada, um rompimento com o positivismo – já que isso não caracteriza realmente o positivismo (se identificado no pensamento de autores como Hart, Kelsen, etc), mas é somente uma faceta das escolas jurídicas do século XIX, habitualmente remetidas à noção de um "positivismo clássico".

² O movimento do direito livre, segundo Castanheira Neves, foi caracterizado, antes de mais nada, pelo seu combate ao positivismo e seus postulados fundamentais: o postulado do legalismo estadista, o postulado da plenitude lógica do sistema jurídico e o postulado do direito como uma entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutível aplicável (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 196). Destaca-se que a jurisprudência dos interesses pode ser considerada como uma espécie de secessão do Movimento do Direito Livre, podendo ser considerada como a sua "ala mais moderada". LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. V. 2. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 149.

Com efeito, deve-se destacar, porém, que as distinções “lei-direito” e “texto-norma” não representam, por si só, uma postura anti-positivista. No máximo, podem representar uma ruptura com o formalismo jurídico (teoria cognitivista da interpretação) próprio da escola da exegese e da escola histórica. Não é aqui o espaço ideal para expor com profundidade o pensamento de autores como Giovanni Tarello e Riccardo Guastini, defensores da ausência de uma relação biunívoca entre enunciado e proposição (TARELLO, 1974, p. 176), os quais, por exemplo, podem ser identificados como pensadores centrais do realismo jurídico genovês, o qual, no âmbito da questão da interpretação/aplicação do Direito, não se distancia em nada daquilo que Hans Kelsen defendeu no capítulo VIII da sua Teoria Pura do Direito.

Que, para os autores mencionados (GUASTINI; TARELLO), texto e norma não se confundem, não há dúvida, pois nisso reside o coração, segundo eles, da superação do formalismo jurídico. Assim, Guastini propõe que se dê a denominação “disposição” a todo enunciado pertencente a uma fonte do direito e que se reserve o nome “norma” para designar o significado de tal disposição, que é variável e dependente da interpretação. No entanto, com essa distinção, Guastini deixa entrever outra premissa, diga-se de passagem, equivocada, do seu pensamento: que interpretação e aplicação se exercitam sobre objetos distintos. Com efeito, a interpretação teria como objeto textos normativos, enquanto que a aplicação teria por objeto normas, vale dizer, o conteúdo de sentido dos textos normativos (GUASTINI, 1999, p. 10)³. Nessa cisão entre interpretação e aplicação, referidos autores deixam claro que seus estudos se situam num patamar muito distinto daquele em que se situa a matriz hermenêutica, a qual tem pretensões de superação do genuíno positivismo.

Portanto, o fato de determinado autor não equiparar texto e norma (como fazia o “positivismo clássico”) é suficiente tão somente para indicar que este autor não se filia diretamente a alguma corrente “cognitivista” da interpretação. Mas isso é muito pouco para explicar o fenômeno da interpretação numa perspectiva hermenêutica. Isso fica bastante evidente quando se compara o pensamento dos mencionados autores italianos com a abordagem que Friedrich Müller oferece para a questão. Para o jurista alemão o “teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do *iceberg*’”, na medida em que serve tão-somente à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Ademais, a normatividade não é produzida pelo texto;

³ Nota-se aqui o peso das lições de Tarello, para quem seria generalizada a “concezione sottostante secondo cui ogni attività di applicazione presuppone una attività di interpretazione mentre non ogni attività di interpretazione presuppone una attività di applicazione” (TARELLO, Giovanni. Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’interpretazione giuridica. In: **Diritto, enunciati, usi**: studi di teoria e metateoria del diritto. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974, p. 408).

ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social que sequer poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência (MULLER, 2005, p. 38). A partir dessa premissa, Müller vai defender uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista (interpretação cognitivista), em que o processo não seja concebido como uma mera reelaboração de algo já efetuado, mas que possa reelaborar os problemas da pré-compreensão da ciência jurídica na qual a concretização esteja referida no caso, não sendo apenas um procedimento meramente cognitivo. Com efeito, uma norma não será apenas carente de interpretação porquê, e na medida em que, não seja unívoca ou evidente, mas na medida em que é destituída de clareza porque deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Quer-se, com isso, dizer que a norma, para Müller, somente faz sentido com vistas a um caso a ser solucionado por ela. Não é, portanto, possível descolar a norma do caso, nem o caso da norma. Ambos, cada um ao seu modo, fornecem os elementos para a decisão jurídica (MULLER, 2005, p. 50-51).

Numa perspectiva hermenêutica, a norma somente é aplicada porque lhe é atribuído “significado” a propósito de um caso individual (SCHROTH, 2002, p. 387). O diálogo problemático que se estabelece entre o direito e o problema se dá numa espécie de fusão de horizontes em que a pré-compreensão, numa perspectiva hermenêutica, é também interrogada constantemente. O intérprete não está, portanto, fora desse processo de atribuição de sentido, ele não é um *outsider* do processo hermenêutico (STRECK, 2011, p. 353).

O reconhecimento de que a norma é produto da atribuição de sentido ao texto não significa uma cisão estrutural entre texto e norma, não significa que estejam separados, como vem sendo propugnado pelas posturas neoconstitucionalistas que parecem permanecer em combate com os primeiros positivismos. Há, sim, uma diferença, que é ontológica, entre texto e norma, questão que “pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que *o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!*” (STRECK, 2011, p. 354)⁴. Daí a impossibilidade de se admitir que o intérprete possa atribuir sentido ao texto de forma arbitrária como se texto e norma já estivessem separados. Afinal, “o sentido do ser jamais pode ser contraposto ao ente ou ao ser enquanto ‘fundamento’ de sustentação de um ente, porque o ‘fundamento’ só é acessível como sentido mesmo que, em si mesmo, seja o abismo de uma falta de

⁴ Como bem adverte Heidegger “a ser se manifesta como fenômeno ao modo de uma ultrapassagem para o ente. Contudo, o ser não passa para o outro lado, para junto do ente, deixando seu lugar, como se o ente pudesse, subsistindo primeiro sem o ser, ser apenas então abordado por ele. Ser ultrapassa (aquilo) para, sobrevém desocultando (aquilo) que unicamente através de tal sobrevento advém como desvelado a partir de si. Advento quer dizer: ocultar-se no desvelamento; portanto, demorar-se oculto no presente: ser ente” (HEIDEGGER, Martin. Identidade e diferença. In: **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 159).

sentido" (HEIDEGGER, 2005, p. 209). Quando se fala, então, que a norma é o sentido do texto, quer-se dizer que se trata do sentido que ele assume no processo compreensivo (STRECK, 2011, p. 278).

Dito de outra forma, texto é evento, não produz "realidades virtuais", nem conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo): não há norma sem texto, nem eles são plenipotenciários carregando o seu próprio sentido e nem são desimportantes ao ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto. É justamente através da diferença ontológica, pela qual o ser é – e somente pode ser – o ser de um ente, e o ente só é – e somente pode ser – no seu ser, que se supera o paradigma da filosofia da consciência, compreendendo-se que não há dois mundos, que não há um sujeito separado do objeto: "é assim que se supera qualquer pretensão objetivista (pelo qual a norma estaria 'contida' no texto) e qualquer pretensão subjetivista (o texto perde importância, na medida em que o intérprete atribui 'qualquer' norma ao texto)" (STRECK, 2009, p. 165-166).

É possível dizer, portanto, que a norma não é igual ao texto, como queriam os positivismo exegético e conceitual. Todavia, ela não é descolada do texto quando acontece a interpretação, muito menos é o sentido que o intérprete discricionariamente dá ao texto, como querem as posturas positivistas posteriores, que continuam apostando na discricionariedade.

Além disso, a atribuição de sentido ao texto ocorre na incidência do tempo. É justamente a "distância temporal" em relação ao texto que permite ao intérprete ouvir e interrogar a tradição, bem como superar seus pré-juízos inautênticos. A distância temporal, desse modo, tem um valor produtivo, na medida em que "*conduce l'interprete ad arricchire il senso di un enunciato normativo mediante la sua armonizzazione con le esigenze del presente*" (CANALE, 2006). A situação em que está inserido o intérprete é elemento integrativo da atribuição de sentido ao texto. Vale dizer, "os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete" (STRECK, 2004, p. 135). Com efeito, o intérprete, na sua simultânea obra de "*decontestualizzazione e ricontestualizzazione*" do texto jurídico colocará em jogo uma comunidade de identificadores, um sentido *a priori* que se forma intersubjetivamente, que não está à disposição do intérprete (ZACCARIA, 1996, p. 90). Afinal, "*non há domínio sobre a compreensão*. Ela (simplesmente) se dá, a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete" (STRECK, 2004, p. 154).

A atribuição de sentido ao texto (a norma do texto) não é algo que surge de modo arbitrário. Paolo Becchi, em sua crítica ao pensamento de Guastini, vai justamente dizer que "*il significato non è uno degli infiniti possibili vestiti con cui l'interprete, a suo*

arbitrio, ricopre la nudità dell'oggetto da interpretare" (BECCHI, 1999, p. 5). Desse modo, como o texto e a norma não são cindíveis, como não há uma dissociação entre eles, não se pode considerar correta uma interpretação que extrapole os limites semânticos do texto. Mas, além disso, deve-se colocar em xeque a situação hermenêutica na qual se dá sentido ao texto (norma)⁵. Trata-se de questão extremamente complexa e polêmica, que vai além do espaço de reflexão do presente trabalho. É certo que, do ponto de vista hermenêutico, a questão acerca de uma interpretação correta depende muito mais dos seus pressupostos (explicitação do compreendido), que do seu resultado. Canale chega a dizer, com base em Heidegger, que *"il problema della corretta interpretazione non si risolve uscendo dalla circolarità del comprendere, per controllarne dall'esterno la legittimità, ma entrando [nel circolo] nel modo corretto (in ihn nach der rechten Weise hineinzukommen)"* (CANALE, 2006). Não é por outro motivo que a possibilidade de controle acerca de fundamentação das decisões judiciais não pode ficar restrita a uma análise lógico-formal do *logos apofântico*. Ela somente se torna possível quando se entende que a fundamentação é a explicação do compreendido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se verificou ao longo do presente ensaio, a diferenciação entre texto e norma – defendida por diversos setores da doutrina brasileira contemporânea, que, em boa parte, de forma até inconsciente, encontra-se presa aos paradigmas do realismo jurídico genovês – não representa uma superação do positivismo – este pensado na matriz de autores como Hart, Kelsen, dentre outros – mas, sim, uma resposta à metodologia hermenêutica prescritiva das escolas jurídicas do século XIX, notadamente da Jurisprudência dos Conceitos e da Escola da Exegese. Portanto, equivocado afirmar-se “pós-positivista” simplesmente por defender que texto e norma não são idênticos.

⁵ Ainda sobre a diferença entre texto e norma, pode-se acrescentar “que a hermenêutica sabe que todo intérprete está tomado por sua situação hermenêutica e que é a partir dela que ele projeta sentidos. Portanto, essa primeira constatação faz com que tenhamos uma consequência para o direito: é impossível para o intérprete saltar sua situação hermenêutica e regredir ao tempo da feitura do texto. Aliás, isso representaria – além de uma parca ilusão – um significativo prejuízo, já que a distância temporal é o elemento que possibilita ao intérprete compreender o texto que o interpela. O tempo é nosso aliado, como foi dito acima. Por outro lado, os significados que nos chegam por conta de nossa situação hermenêutica e as possibilidades compreensivas emanadas da distância temporal, não são qualidades ‘subjéticas’ do intérprete, mas, sim, algo que ele compartilha com todos, intersubjetivamente, que a hermenêutica chama de tradição” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 297).

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. OLIVEIRA Rafael Tomaz. CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**, uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BECCHI, Paolo. **Enunciati, significati, norme**: Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica. *Analisi e diritto* 1999, a cura di P. Comanducci e R. Guastini. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli: Torino, 1990.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria dell'ordinamento giuridico**. Torino: G. Giappichelli, 1960.

BONNECASE, Julien. **La Escuela de La Exegesis en Derecho Civil**. México: Editorial José M. Cajica Jr., 1944.

CANALE, Damiano. La precomprensione dell'interprete è arbitraria? **Etica & Politica/ Ethics & Politics**, 2006, 1, p. 8. Disponível em: <http://www.units.it/etica/2006_1/CANALE.htm>. Acesso em: fev. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. Campinas: Edicamp, 2003.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico**: Princípios, Regras e o Conceito de Direito. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2001.

FASSÒ, Guido. **História de la Fiklosofía del Derecho 3**. Siglos XIX Y XX. Salamanca: Biblioteca Eudema, 1996.

GENY, François. **Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo**. 2. ed. Madrid: Reus, 1925.

GILISSEN, Jhon. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. Tradición: Marina Gascón, Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 14. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

_____. Identidade e diferença. In: **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia**. Síntese de um Milénio. Coimbra: Almedina, 2012.

IHERING, Rudolf Von. **El Fin en el Derecho**: Zweck im Recht. Madrid: B. Rodriguez Serra, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na Historia**: Lições Introdutórias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARGADANT, Guillermo Floris. **La Segunda vida Del Derecho Romano**. México: Miguel Angel Porrúa, 1986.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A legitimidade do direito positivo**: Direito natural, democracia e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

MIOTTO, Lucas. Sobre a linha divisória entre a teoria do direito natural e o positivismo jurídico. **Revista Eletrônica de Filosofia**: estudos midiáticos, Pouso Alegre, v. 5, n. 13, p. 161-162.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampliada. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Dicionário de filosofia e ciências sociais**. 3. vol. São Paulo: Matese, 1963.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN A.; HASSEMER, W. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

STRAUS, Leo. **Direito Natural e História** 70. ed. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

_____. RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Desmistificando o positivismo de Jeremy Bentham: sua codificação utilitarista e a rejeição ao stare decisis como autorização para errar por último. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, a. 25, n. 99, jul./set. 2017.

_____. **Direito Como Conceito Interpretativo**. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2138>>. Acesso em: 27 de nov. 2016.

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

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do *ontological turn*. **Revista brasileira de estudos políticos**, n. 89. jan./jun. 2004.

TARELLO, Giovanni. Enunciati, enunciazioni e spie della loro funzione precettiva. In: **Diritto, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1974.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito:** definições e fins do direito: os meios do direito. Martins Fontes: São Paulo, 2008.

VIRGA, Pietro. **Diritto costituzionale**. 8. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.

ZACCARIA, Giuseppe. **Questioni di interpretazioni**. Padova: CEDAM, 1996.

A VINCULAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Patrícia Herrmann

Graduada em Direito na Universidade Feevale.

E-mail: pathyh@sinos.net.

Dailor dos Santos

Doutorando em Direito Público pela

Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Professor na Universidade Feevale.

E-mail: dailor@feevale.br.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Licitação ocorre quando a Administração Pública necessita contratar com o particular. Ela acontece mediante procedimento constituído de etapas adequadas para a escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público, existindo aspectos discricionários e vinculados na atuação administrativa, os quais possuem delimitações e controles no ordenamento jurídico, perspectiva que constitui a abordagem proposta pelo presente estudo.

Diante disso, mostra-se inequívoca a necessidade de controle, interno e externo, da atividade administrativa. Porém, mesmo diante da possibilidade de controle da Administração Pública, remanesce um questionamento, condutor do estudo ora proposto e o problema de pesquisa a ser enfrentado: quais são os limites da atuação vinculada e da conduta discricionária da Administração Pública no âmbito das Licitações Públicas? Embora o ato vinculado encontre delimitação no próprio comando legal, também o ato discricionário indica sua margem de escolha a partir do que a norma permite. Sendo assim, deve-se avaliar a extensão das escolhas discricionárias – e seu âmbito de controle – e as delimitações da própria vinculação, inclusive a partir da análise do interesse público envolvido na prática do ato.

Nesses termos, o principal objetivo será detectar e analisar, no âmbito das Licitações, quais atuações da Administração Pública são vinculadas e quais são discricionárias e, a partir disso, compreender os limites do controle judicial diante do procedimento licitatório. A fim de alcançar esses objetivos, o primeiro capítulo abordará as peculiaridades da vinculação e da discricionariedade administrativas. O segundo, por sua vez, avaliará a problemática da discricionariedade na prática licitatória, apontando possíveis limites para a atuação do gestor público e do Poder Judiciário em seu controle externo. A abordagem dos assuntos dar-se-á com a utilização dos métodos analítico e dedutivo. Os procedimentos técnicos utilizados para o desenvolvimento da monografia serão a pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial.

A importância do tema reside em analisar a Licitação, tendo em vista a constante preocupação com a oferta de maior transparência nas compras da Administração Pública, o que poderá contribuir não com a oferta de respostas definitivas, mas com a compreensão das especificidades das Licitações e de seu controle judicial.

2 LICITAÇÕES PÚBLICAS: ENTRE A DISCRICIONARIEDADE E A VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVAS

Para a compreensão da vinculação e da discricionariedade administrativa deve-se analisar a atuação da Administração, mais precisamente o ato administrativo, vis-

to que o procedimento licitatório é uma sequência de atos administrativos. Existirão preceitos destinados a disciplinar a atuação administrativa, pois diante da vontade da autoridade, deverão ser fixadas condutas a serem seguidas, com decisões de acordo com o legalmente estipulado, visando resultados concretos, respeitando o interesse dos particulares e o interesse público. Com efeito, segundo Medauar (2016, p. 168), "O ato administrativo constitui, assim, um dos principais meios pelos quais atuam e se expressam as autoridades e órgãos administrativos".

Com base nisso sabe-se que a Administração Pública tem a atribuição Executiva exercida por meio de atos jurídicos, nomeados como atos administrativos, e caracterizados pela finalidade pública. O ato administrativo manifesta-se pela vontade da Administração, ao desempenhar suas funções, objetivando a produção de efeitos jurídicos. A doutrina consente quanto à existência de cinco requisitos que formam o ato, constituindo a sua estrutura, seja vinculado ou discricionário. São eles: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A conduta do administrador, observados os elementos competência, finalidade e forma, deverá ser vinculada à Lei; já nos elementos motivo e objeto é possível uma decisão mais livre, a depender da margem de atuação que a própria Lei fixar (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 1990, p. 164).

Além disso, existem três pontos caracterizantes do ato administrativo. Primeiramente, afirma-se que o agente da Administração, no exercício da função pública, é quem será o responsável pela manifestação da vontade; depois, o conteúdo do ato deve possibilitar efeitos jurídicos que objetivem o fim público; e por fim, tudo deve estar orientado pelo direito público. Também existem controvérsias acerca da terminologia adotada quanto aos aspectos do ato, isso porque uma corrente emprega o termo "elementos" e outra a expressão "requisitos de validade". O primeiro se apresenta com a característica de integrar uma estrutura, fazendo parte dela, assim considerados os pressupostos de existência; já a segunda expressão daria a entender que somente depois de verificada a existência possibilita-se a análise de validade, ficando a competência com essa característica e a forma como elemento. Contudo, independentemente da nomenclatura, todos os elementos – competência, objeto, forma, motivo e finalidade, são pressupostos necessários para a validade, e não sendo observado qualquer um deles existirá o vício de legalidade, sujeitando o ato à anulação (CARVALHO FILHO, 2014, p. 103).

Nessa esteira, afirma Mello (2014, p. 394) que os elementos do ato administrativo devem ser considerados para obter o melhor entendimento quanto ao ato. Para ele, os pressupostos do ato, por sua vez, desmembram-se em pressupostos de existência – objeto e pertinência do ato, esses condicionados à existência; e pressupostos de validade – sujeito, requisitos procedimentais, motivo, finalidade, formalização

e causa. Mas, ainda assim, todos relacionados à prática do ato administrativo, para considerar o modo que ele aparece e manifesta sua existência.

Ao tratar do tema em questão, Odete Medauar (2016, p. 170) indica elementos, também denominados requisitos, que compõem os atos administrativos. Para a autora, seriam requisitos: a) agente competente, responsável, conforme o texto legal, pelas atribuições dos atos, observada a edição válida quando disposta legalmente, sendo essa competência resultante da norma que a delimita; b) objeto, "significa o efeito prático pretendido com a edição do ato administrativo ou modificação por ele trazida ao ordenamento jurídico", ele deverá ser lícito, moral e possível; c) forma, correspondente à exteriorização da vontade ou da decisão, visando a produção de efeitos em prol do interesse público, englobando os modos de expressar a decisão quanto às comunicações e às fases do ato, perspectiva que nos atos resultantes de processo administrativo, por exemplo, será exigida como consequência e garantia do princípio do devido processo legal; d) motivo, que significa o conjunto de "circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição do ato administrativo", aqui residindo a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual os motivos que justificam o ato relacionam-se à sua validade e vinculam o agente e, por derradeiro e) fim, ou seja, o agente competente editará o ato para que produza efeitos práticos, buscando-se o intuito pretendido, a partir do interesse público, também a vincular, portanto, a atuação do agente.

Pode-se considerar também que a competência é um instituto utilizado para estabelecer a divisão de atribuições, decorrentes das funções: legislativa, administrativa e jurisdicional, sendo que a competência administrativa se traduz em capacidade de titularidade nas relações jurídicas, devendo ser verificado se a Pessoa Jurídica tem de fato a atribuição para o desempenho daquele ato. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 106).

Ainda, quando inexistir a fixação da competência pelo legislador, sem que seja nomeado o executor para determinado ato, observar-se-á a Lei nº 9.784/1999, que em seu artigo 17 institui que, não existindo competência legal específica, deverá o processo administrativo iniciar perante a autoridade de menor grau, que é quem o decidirá. Desta forma, não observada a competência válida do agente, será o ato inválido, pois trata-se de ato intransferível e improrrogável. Todavia, poderá existir casos de delegação e avocação, a primeira se dará quando houver transferência de função de um agente para outro, por ato de vontade formalizado; já a avocação será a retirada de alguma atribuição de seu subordinado, para então exercê-la; sendo que em ambos os casos deverão existir normas regulamentadoras, sem vontade discricionária da Administração (PEGORARO, 2010, p. 36).

A forma, outro requisito do ato, relaciona-se com a verificação de existência, não bastando apenas a exteriorização da vontade do agente, mas também a forma legal em que o ato expressa sua validade. Como já visto, a licitação é um bom exemplo para um ato antecedido de atividades formais, já que decorre de lei e reveste-se de solenidade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 106).

Será também na observância da forma que se possibilitará o controle do ato, pois se origina da segurança jurídica nas relações, assegurando a legalidade entre os participantes. Diante dela são oferecidos critérios seguros, para então se distinguir a vontade declarada pelo agente. Deve-se, ainda, diferenciar a forma das formalidades, pois essas se relacionam ao processo, e aos requisitos a se observarem para a prática do ato. Por fim, a escolha diversa da forma legalmente exigida tornará o ato inválido, não acarretando lesão, e sendo permitida a sua correção (PEGORARO, 2010, p. 40).

A motivação, também chamada de fundamentação, apresenta-se pela exposição dos motivos do ato, "circunstâncias de fato que estão na base do ato, mas também a demonstração de outros aspectos atinentes a sua validade" (CHIESA, 1994, p. 15). Entende-se, ainda, que a motivação gera indagações próprias de forma e conteúdo, e, sendo tal forma inobservada, gerará invalidade do ato. Sem falar que a motivação auxilia na interpretação dos atos administrativos, demonstrando com clareza aos administrados as razões que provocaram sua prática. A motivação consistirá na exteriorização dos motivos que justificam o ato administrativo, sendo que assim se interliga às circunstâncias de fato e de direito na forma da edição do ato, já que a lei pode indicar, segundo Chiesa (1994, p. 15), a "motivação como formalidade do ato administrativo", reputando-a essencial, e importando sua falta em nulidade.

A finalidade é instituto que visa o bem comum, sendo que seu desrespeito constitui abuso de poder (desvio de finalidade) e ainda ofende aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, isso porque geraria tratamento diferenciado. Inclusive, tal situação se vislumbraria ao visualizar uma licitação, na qual o interesse público é a contratação do objeto de melhor proposta, porém no seu decorrer o agente público emprega vantagens indevidas a algum participante. Diferenciando-a do objeto, verifica-se ser a finalidade o fim mediato, o interesse a ser perseguido, e o objeto como fim imediato, o resultado prático alcançado (CARVALHO FILHO, 2014, p. 106).

Ainda quanto à finalidade, vale destacar o posicionamento do Tribunal de Contas da União em sede de recurso de reconsideração contra tomada de contas especial – TCE, instaurada pela Finep, indicada pelo controle interno, diante de pagamentos indevidos à empresa contratada "Ticket", de tíquetes de alimentação. Tal empresa interpôs recurso alegando prescrição, por transcorrer 18 anos entre fato e a notificação, o que comprometeria seu contraditório e a ampla defesa, requerendo o julgamento

das contas como regulares, excluindo qualquer condenação e multa, por existência de boa-fé, já que mera contratada do órgão e por serem os valores previstos em contrato celebrado. Porém, a Corte entendeu que “as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”. Além disso, afirmou que “os atos administrativos possuem como requisito vinculado a finalidade, consubstanciada em maior medida no interesse público”, relacionando-se ao fato de buscar a contratação/manutenção de pactos vantajosos à Administração Pública. Ante ao exposto, observando o fato da contratada manter vínculo desde 1977, tendo taxa de administração variada, com excesso de pagamentos, não restaria outra alternativa a não ser a realização de procedimento licitatório, com nova contratação dos serviços, por estarem os valores defasados. Foi dado parcial provimento ao recurso, apenas considerando sem efeito a multa aplicada, pois quanto ao “confortável silêncio da Ticket, quando da continuidade da contratação, não torna regular a manutenção do ajuste e não condiz com a finalidade pública dos atos administrativos” (BRASIL, 2016a).

No objeto do ato, verifica-se que ao ser a atividade vinculada, o objeto se limitará ao que a lei estabelecer. É o conteúdo do ato, porém existirá a possibilidade de avaliação de elementos, verificando-se nesse caso o objeto discricionário, observando assim as circunstâncias para delimitar o objeto, sempre de acordo com o interesse da Administração (CARVALHO FILHO, 2014, p. 106).

O motivo, por sua vez, é a “situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 107), sendo que, quando a situação estiver delimitada na norma, o agente deve executar a lei, com o ato vinculado, porém existindo a possibilidade de verificação de conveniência e oportunidade, será então a atividade do agente revestida com discricionariedade. Ademais, a existência do motivo será requisito de validade do ato, sendo que o Administrador ao invocar motivos fixados, terá a validade do ato subordinada à existência desses motivos – é a teoria dos Motivos Determinantes.

É no âmbito do motivo ou da causa do ato que serão observadas também a razoabilidade e a proporcionalidade, princípios importantes à validade do ato. A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo, apresenta critérios que devem ser observados pelo administrador, e entre outros, os que orientem a conduta administrativa, visando a adequação entre os meios e fins, e considerando os pressupostos de fato e de direito em suas decisões, generalizando o dever de motivar, e ainda apontando motivações obrigatórias. Desta forma, em sua atuação, fica o agente obrigado a justificar a existência do motivo, porém se o motivo não for exigido para validade do ato, estaremos diante de ato discricionário (MELLO, 2014, p. 394).

Ainda, para a eficácia do ato serão observados dois componentes, que não o integram, mas se relacionam com a formação e a validade, quais sejam, o mérito e o procedimento administrativo. Quanto ao mérito administrativo, considera-se que ele existe na valoração dos motivos e nas escolhas do objeto do ato, isso quando for possível a decisão pela conveniência e oportunidade, abrangendo apenas elementos não vinculados do ato. O procedimento administrativo corresponde ao conjunto de operações que formam o ato, preparatórios e autônomos. Nessa abordagem entende-se que,

Com efeito, nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam o *processus* administrativo, não há falar em *mérito*, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais. Em tais casos a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder. Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 1990, p. 165).

Assim, existindo norma jurídica que regule expressamente a atuação administrativa, estará a Administração Pública vinculada a ela. Em caso posto em apreciação judicial, vinculado à promoção na carreira militar, constatou-se que a lei estabelecia os critérios de antiguidade e merecimento, ou ainda, bravura e *post-mortem*. Importante destacar que a promoção na carreira é ato vinculado, porém a abertura das vagas para tal será um ato administrativo discricionário, pois é após a publicação do edital que o administrador passa a vincular-se. Desta forma, o impetrante comprovou a violação de direito líquido e certo à promoção pretendida, porém quanto à recusa de Promoção em Ressarcimento de Preterição, essa constituindo ato discricionário da autoridade superior competente, não restou comprovada, tendo em vista que o impetrante não produziu todas as provas necessárias, como a delimitação de que outros policiais militares haviam sido promovidos, não podendo ser considerada assim a referida preterição (BRASIL, 2011).

Diante do objeto do presente estudo, imprescindível é a análise da discricionariedade e da vinculação administrativas, poderes que a Administração utiliza para atingir

seus fins, e, juntamente com o princípio da legalidade, limitar e impedir abusos de poder. Diante disso, os poderes exercidos pelo administrador não podem ultrapassar os limites traçados pela lei e quando estabelecidos requisitos para que a Administração atue de determinada forma estar-se-á diante do poder vinculado. Já quando a norma não apresenta todos os aspectos de atuação para o administrador, existindo uma certa margem de decisão a ele, com opções possíveis, o poder da Administração será o discricionário, “porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”. O mesmo se dá quando a própria norma estabelece critérios de escolha, facultando ao administrador agir, circunscrito, porém, ao âmbito de decisão legalmente admitida (DI PIETRO, 2012, p. 218).

2.1 A DISCRICIONARIEDADE NA PRÁTICA LICITATÓRIA

Deve-se levar em consideração, inicialmente, que o objeto (bem, serviço ou obra) de uma licitação define-se pela conveniência e oportunidade analisadas pelo administrador, para atender ao interesse público. Caberá ao gestor público a escolha do objeto a ser licitado, objeto esse que levará em consideração as especificações exigidas para a formulação do edital. O objeto deverá ter sua necessidade justificada como essencial para a atividade estatal, ou seja, o agente competente para essa escolha irá valorar conforme a conveniência e a oportunidade, dentre as hipóteses legais, o que será necessário para atingir o interesse público (SANTOS, 2015, p. 160).

As normas que disciplinam a maneira de atuação da Administração Pública frequentemente podem justificar, pelo critério discricionário, os procedimentos não previstos na legislação, em uma atuação em sentido aparentemente próprio, sem amparo em diretivas normativas, porém, mesmo a atuação discricionária se dá sempre dentro da legalidade. Diante disso, para a adequação ética do ato, em um enfoque a partir do princípio da moralidade administrativa, será indispensável que o administrador encontre soluções possíveis e válidas perante o direito, lembrando, ainda, que diante de uma solução ilegal não haverá discricionariedade. Sempre se buscará o auxílio da doutrina e da jurisprudência, inclusive como fontes do Direito Administrativo, para delimitar o controle da discricionariedade, já que não é possível tratar a legalidade como único limite à discricionariedade administrativa.

Atrelada à indicação da Lei pela modalidade adequada, de acordo com os valores que condicionam o negócio e sua complexidade (artigo 23, da Lei nº 8.666/1993), a atuação da Administração Pública deverá ser conduzida pela finalidade pública. Sabe-se que para isso deve haver uma ponderação no excesso de formalismo, pois os termos do instrumento convocatório não poderão ferir a finalidade do procedimento

licitatório. Desta forma, ao se verificar, mesmo no curso do processo, o descumprimento de norma, ou até mesmo excessos na interpretação dela, deve a Administração alterar condições, para que a interpretação das regras do instrumento convocatório não seja restritiva, não prejudicando o número de interessados e as propostas a serem formuladas (NIEBUHR, 2015).

Sobre o tema, já se manifestou o Tribunal de Contas da União ao definir que, na modalidade concorrência, o registro no Sicafe – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – que permite o cadastro antecipado de pessoas físicas e jurídicas que pretendam participar de uma concorrência pública, trata-se de exigência facultativa, que visa maior celeridade e transparência para a fase de habilitação. No caso concreto, procedimento licitatório para aquisição de bens e serviços, incluindo obras, cabe ao gestor público facultar ao licitante a sua habilitação por meio do Sicafe, permitindo então que o licitante decline dessa possibilidade, não sendo condição necessária para habilitação da empresa participante. Desta forma existindo tal exigência no instrumento convocatório, restringe-se a competitividade, sendo indicada “a anulação da concorrência e instauração de novo procedimento, livre dos vícios apontados” (BRASIL, 2016b).

Conforme a Lei de Licitações, a tomada de preços caracteriza-se por ser modalidade na qual os interessados necessitam estar devidamente cadastrados, ou que se cadastrem até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas, porém, esse prazo de inscrição no cadastro dificilmente consegue-se prever. Aqui não se remete a fixação do prazo à discricionariedade da Administração, e sim, se necessário, a atuação da Administração em excluir os interessados que requereram tardiamente seu cadastro, frisando novamente o princípio da ampla concorrência, com o maior número de interessados. Ainda, caso o prazo de três dias para a verificação dos requisitos exigidos para o cadastramento seja insuficiente, fica a critério da Administração, ou da Comissão Julgadora, alterar a data de recebimento das propostas, já que essa alteração não afetará os direitos dos licitantes, ou seja, se assemelhando ao que é previsto na modalidade concorrência (JUSTEN FILHO, 2012, p. 294).

Nessa esteira, existe discricionariedade da Administração para não exigir como comprovação todos os documentos arrolados na norma. A Lei de Licitações elenca um rol de documentos de habilitação jurídica, fiscal e trabalhista, qualificação técnica e econômico-financeira, tais como identidade, registro comercial, prova de regularidade com a Fazenda Federal, entre outros, porém acredita que se trata de limitador máximo, não sendo necessária a exigência de todos esses documentos. Caberá à Administração deliberar acerca dos requisitos a serem exigidos, definindo que “a discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza

e extensão do objeto a ser contratado”. Desta forma, compreende-se melhor o §1º do artigo 32 da Lei de Licitações, o qual possibilita, no todo ou em parte, dispensar os documentos de habilitação no caso de convite, concurso ou leilão (JUSTEN FILHO, 2012, p. 454).

Ao tratar do tema, Marçal Justen Filho (2012, p. 296) comenta ainda sobre o convite, modalidade considerada como a mais simplificada dos demais procedimentos, quando os interessados devem ser do ramo relativo ao objeto, cadastrados ou não, sendo convidados no mínimo três pela Administração. Aqui a faculdade existe na escolha dos interessados a participarem da licitação, todavia devendo ser utilizada com cautela, para assim não ofender aos princípios da moralidade e isonomia. A escolha não deve se basear em meras preferências subjetivas, pois poderá caracterizar desvio de finalidade, com a invalidação do ato. Com seleção prévia dos participantes sempre no interesse da Administração, e de preferência com convite estendido a um número maior do que três. O autor ainda levanta a questão do número mínimo de três propostas válidas para o prosseguimento do certame, explicitando entendimento que impõe a repetição do convite em casos de não ser possível a obtenção desse número, acreditando que seria mais eficiente aceitar a continuidade quando existisse pelo menos uma proposta aceitável e válida. A exceção à repetição do convite consistiria em limitações de mercado ou desinteresse dos convidados, quando, então, a Administração Pública motivará e justificará no processo as circunstâncias para assim validar o procedimento.

Outro ponto objeto de questionamentos é a utilização da modalidade tomada de preço no lugar do pregão. Na representação encaminhada por empresa participante de tomada de preços, e julgada pelo Tribunal de Contas da União, verificou-se que os argumentos defendidos pela comissão de licitação comprovaram a inexistência de pessoal capacitado no município de Santa Bárbara do Tugúrio/MG para elaborar certames na modalidade pregão. Mesmo que em um primeiro momento a adoção de outra modalidade pudesse estar em desacordo com o Decreto nº 3.555/2000, que dispõem em seu artigo 3º que a União deve celebrar contratos precedidos de pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns, por se tratar de falha de gestão, existente em outros municípios brasileiros, entendeu-se por aceitar, nesse ponto, o prosseguimento do certame, sendo regularizada a situação, com a constituição de equipe capacitada para os futuros procedimentos licitatórios na modalidade pregão (BRASIL, 2013). A inviabilidade da utilização do pregão, deve, porém, estar acompanhada da devida justificativa, motivada e circunstanciada.

A discricionariedade administrativa também pode estar presente nas contratações de objetos sustentáveis. Conforme nova redação do artigo 3º da Lei de Licitações, o qual

prevê o incentivo ao desenvolvimento nacional sustentável, deve-se, obrigatoriamente, levar em conta aspectos de sustentabilidade socioambiental, sendo que a melhor proposta para a Administração será a que proteger o meio ambiente. Porém, de nada adianta a fixação desse limite de discricionariedade se o Poder Público não dispor de bens, obras e serviços sustentáveis. Destarte, para a efetivação das licitações ou compras sustentáveis são necessários meios, como a capacitação dos agentes públicos para a escolha dos bens, sem reduzir a competitividade, a análise da efetividade dessas contratações e da segurança jurídica. Parâmetros esses que já se utilizam para a garantia da escolha dos objetos sustentáveis (SANTOS, 2015, p. 161).

Apesar de haver consenso doutrinário a respeito, convém salientar que, mesmo o edital podendo pontuar as características com o uso sustentável, isso não se aplicará como critério de desempate, tendo em vista não existir norma com essa previsão. Entende-se que o parágrafo 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, o qual dispõe sobre a aquisição local, de bens ou serviços, produzidos ou prestados no país, acaba por inserir-se dentro da sustentabilidade, não delimitando o verde, e sim incluindo o social e o econômico. Além disso, sabe-se que no edital devem estar bem descritos os padrões de sustentabilidade, com a descrição do produto, e modo de prestação do serviço (BIM, 2015, p. 212).

No que tange ao pregão, primeiramente é relevante salientar que sua opção é facultativa, não sendo modalidade que exclua outra, destinando-se a substituir outra modalidade em casos que a Administração Pública avalie ser adequado e conveniente, sendo prioritária sua escolha quando verificada como solução adequada e satisfatória para a contratação (JUSTEN FILHO, 2001, p. 28). Assim, não existe obrigatoriedade em instituir o Pregão para aquisição de bens e serviços comuns, já que a lei confere discricionariedade ao agente público, para identificar, subjetivamente, a ocorrência de fatos, a oportunidade, o motivo e a capacidade, justificando a faculdade conferida pela Legislação. Adotar o Pregão significa observar uma estrutura procedimental diferente das modalidades elencadas na Lei de Licitações, sendo que o pregão poderá ser utilizado em hipóteses cabíveis de concorrência, tomada de preços ou convite. Considerando a faculdade de opção pelo pregão, evidencia-se a inexistência de um campo específico ou próprio para a sua utilização. Consequentemente, o que definirá a utilização do Pregão será a adequação e conveniência ao órgão público, diante de objetos considerados comuns, e não o valor estimado a ele; o pregão é qualitativo e não quantitativo. Logo, a discricionariedade, em se tratando do pregão, atinge amplitude ímpar (BERLOFFA, 2002, p. 43).

Com base nisso, sabendo que inúmeros são os possíveis objetos a serem licitados pela modalidade pregão, existirá novamente a ponderação na atuação da Adminis-

tração, já que é inviável estipular algum tipo de enumeração de quais bens e serviços devem ou podem ser contratados por essa modalidade; entretanto, como condição prévia, utilizam-se quesitos técnicos, pois se tratando de execução de objeto condicionado à observância de algum estudo técnico, não se pode licitar por pregão, vislumbrando-se os moldes tradicionais de uma concorrência ou tomada de preços.

Sob essa perspectiva, pode-se declarar que a preocupação em delimitar o uso da modalidade pregão aos chamados serviços e bens comuns, se dá pelo fato de introdução de modalidade mais célere, com conclusão em única sessão, com requisitos de habilitação mais simples, ou menos burocratizados. Tudo para produzir benefícios ao interesse público, com a redução dos preços e agilidade do processo; consequentemente vislumbrando o princípio da eficiência para tutelar uma interpretação ampliada aos agentes públicos, os quais dela se valerão para colher os benefícios resultantes. Ou seja, para que se utilize em casos de objetos compatíveis com a sistemática da modalidade, mais simples e de menos formalidades, não prejudicando, é claro, a correta avaliação da qualidade do objeto a ser contratado (NIEBUHR, 2015, p. 223).

Verifica-se que, mesmo que o objeto a ser licitado seja caracterizado como bem ou serviço comum, o pregão não será obrigatório, podendo, sim, o agente optar entre o pregão e demais modalidades licitatórias, porém, sempre diante de razões consistentes, avaliando ser adequado e conveniente para a Administração. Ademais, o agente responsável por optar pelo pregão, mesmo diante de ato discricionário, deverá observar limites e parâmetros legais. A escolha pela referida modalidade será de acordo com o reconhecimento de sua apontada vantagem (MEDAUAR, 2016, p. 227).

A modalidade Pregão surge como medida de flexibilização do sistema rígido que a lei de licitações traz, com o objetivo de celeridade e redução de custos, porém é a discricionariedade da Administração que identificará ou não a existência de oportunidade, meio, motivo e capacidade, que justificam essa faculdade de opção. Nessa modalidade também há vinculação procedimental, e ainda restrição quanto ao tipo de objeto a ser licitado, irrelevante, todavia, o valor estimado da contratação. É importante destacar ainda que a opção pela modalidade se dará tanto na forma presencial como na forma eletrônica, sendo que a análise de conveniência quanto à forma adotada será caracterizada pela discricionariedade, a qual ocorrerá com a avaliação subjetiva do agente competente (BERLOFFA, 2002, p. 43).

Em todos os casos poderá haver controle judicial da escolha pelo pregão. O pregão caracteriza-se pela ampliação da disputa e, por consequência, pela redução de custos, motivando então a fiscalização dos Tribunais de Contas, os quais sempre observarão o princípio da economicidade, sendo que a sua não observância pela Administração deverá ser corretamente motivada, demonstrando a razão pela qual o pregão, moda-

lidade que apresenta vantagens quanto a custos, foi, no caso concreto, rejeitado por ser supostamente inconveniente aos interesses administrativos. A mesma margem de atuação, todavia, não se alça ao Poder Judiciário, que não adentrará no exame da escolha administrativa (NIEBUHR, 2015, p. 225).

2.2 DISPENSAS, INEXIGIBILIDADES E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Sabe-se que a realização de uma licitação depende de pressupostos, os quais, ausentes, deixarão carente de atendimento a finalidade pública. Pressupostos lógicos, com pluralidade de objetos e ofertantes; pressupostos jurídicos e pressupostos fáticos, com interessados em participar do certame. Diante disso, a própria Constituição limitou uma presunção absoluta, facultando, em alguns casos, a contratação direta (ARNOLD, 2005, p. 668).

A esse respeito, há hipóteses que, caso enfrentassem todo procedimento licitatório, frustrariam a obtenção dos interesses públicos, não assegurando, assim, a obtenção mais vantajosa. Diante disso, é correto afirmar que a contratação direta é modalidade de licitação excepcional, com previsão de hipóteses para tal procedimento, considerado simplificado, com alguns casos de dispensa e outros de inexigibilidade de licitações, exemplificados nos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações.

Odete Medauar (2016, p. 239) lembra que a Lei nº 8.666/1993 arrola as hipóteses que podem ocorrer sem a realização de processo licitatório, porém sempre diante de um procedimento interno, hipóteses essas denominadas de contratação direta. A dispensa de licitação ocorrerá quando houver a possibilidade de competitividade, porém sendo facultativa a não realização do certame licitatório, existindo rol taxativo na lei. Salienta-se, ainda, que o processo de dispensa, bem como o de inexigibilidade devem ser acompanhados da definição que justifica não ser realizada a licitação, razão pela qual se escolheu o fornecedor ou executante, o motivo do preço, entre outros elementos pertinentes. Essas definições visam evitar prejuízos à Administração; todavia, caso demonstrado um superfaturamento, por exemplo, por enquadrar equivocadamente a licitação direta, não sendo observada a aplicação correta das prerrogativas que a dispensa e a inexigibilidade exigem, responderão a Fazenda Pública, o agente envolvido e o contratado.

A dispensa é enunciada de forma taxativa na norma legal e demonstra hipóteses que, embora apresentem todos os pressupostos para a realização da licitação, sua realização seria inconveniente ao interesse público. Diante disso, verifica-se que a lei afasta sua obrigatoriedade, podendo, assim, afirmar-se que a dispensa está inserida na competência discricionária da Administração. De forma geral, os casos

mencionados no artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 organizam-se de acordo com a motivação apresentada, como o valor a ser contratado, situações imprevistas, diante do fracasso de uma licitação ou até mesmo uma rescisão contratual, de acordo com o objeto, conforme características pessoais do contratado e até mesmo por acordo internacional. Uma pequena observação se faz quanto à dispensa fundamentada no valor, salienta-se que o legislador fixou os valores constantes no mencionado artigo há aproximadamente dezoito anos e esses, mesmo estando defasados, diante de sua não atualização desde então, ainda são utilizados como critérios objetivos. O que se observam são alternativas de aplicação, criadas pelo legislador, conforme se verifica com a inserção legal do § 8º do artigo 23 da Lei nº 8.666/1993, para que nos consórcios públicos seja autorizado dobrar ou triplicar os valores fixados, como forma de incentivar à constituição desses consórcios. Nesse sentido, para que se busque evitar uma “utilização indevida da dispensa por pequeno valor ou modalidade licitatória equivocada”, pois se deve considerar o valor total dos objetos quando de mesma natureza. Trata-se, pois, de nova limitação legal a fim de evitar uma plena discricionariedade também nesse ponto (MARTINS, 2016, p. 110).

Com base nisso, não se admitirá que um fracionamento de contratações direcione a dispensa de licitação, visto que, existindo contratações similares, o valor a ser considerado será o global. Porém, a Administração deverá pautar-se na previsibilidade das contratações que ocorrerão durante o exercício, proibindo contratações isoladas que determinarão o cabimento da licitação, ou modalidade a ser enquadrada, considerando também questões supervenientes, as quais, nesse caso, possibilitarão contratos autônomos e dissociados (JUSTEN FILHO, 2012, p. 335).

A inexigibilidade apresenta-se quando é inviável a realização de certame competitivo. Na Lei de licitações questiona-se a apresentação de rol não taxativo, diante do fato do artigo 25 apresentar a expressão “em especial”, antes das hipóteses enunciadas, quais sejam, hipóteses de exclusividade de fornecedores, serviços técnicos especializados, singulares e contratação de artistas consagrados (MEDAUAR, 2016, p. 245).

Diante do que restou delineado, pode-se afirmar que a discricionariedade no caso da inexigibilidade de licitação não existirá para a escolha de licitar ou não o bem ou serviço específico, já que, nesse caso, a licitação é descabida diante da inviabilidade de competição, ou ainda por requerer objeto singular, não existindo outro semelhante, ou também por ser o ofertante singular, pois desta forma a licitação não poderia desenvolver-se regularmente; porém, a discricionariedade apresenta-se na possibilidade da Administração analisar caso a caso, dentro dos requisitos legais, a inviabilidade de competição. Quanto à dispensa de licitação, essa ocorrerá mesmo sendo

possível licitar, isso quando se vislumbrar que, caso acontecesse, impedida restaria a satisfação completa do interesse público. A discricionariedade resume-se, aqui, à avaliação da oportunidade e conveniência em realizar a espécie de dispensa de licitação, isso somente em casos concretos que o interesse público se sujeitaria a risco de sacrifício. Todavia, de qualquer forma serão observados parâmetros procedimentais, com justificativas, sempre com respaldo dos princípios da legalidade, moralidade e razoabilidade.

Pode-se constatar então que, na dispensa, a licitação seria possível, já que há uma necessidade pública e bens ou serviços disponíveis, em parcelas que justifiquem a licitação. Porém, “a lei considera que os eventuais benefícios que poderiam ser obtidos através da licitação seriam inferiores aos malefícios dela derivados”, ou seja, aqui a escolha será pelo ato que atenda melhor à finalidade legal, em claro apelo à discricionariedade do gestor público. Quanto à inexigibilidade, a licitação é descabida, com inviabilidade de competição, dada a singularidade de ofertante ou objeto. O legislador permite a contratação direta na dispensa. Já quanto à inexigibilidade, há obrigatoriamente a inviabilidade de licitação, porém a lei não é explícita quanto ao conceito de inviabilidade de competição, apresentando uma abrangência ampla, sendo que desta forma todas as situações que indicarem a inviabilidade propiciarão ausência de licitação, admitindo a contratação direta. Em casos de inexigibilidade de licitação, se realizada, estaria carente de critério objetivo no julgamento das propostas. Qualquer definição utilizada adentraria em um subjetivismo insuscetível de mensuração, constitucional ou legalmente, dada a ausência de critérios. Nesse sentido, convém rememorar os serviços técnicos especializados em geral, que ocorrem com a impossibilidade de a Administração objetivar o que se caracterizaria como mais adequado e satisfatório para o objeto do contrato (GOMES JÚNIOR, 2012, p. 166).

3 LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A fim de permitir a análise dos limites impostos à discricionariedade administrativa, com foco nas licitações, deve-se ter como premissa que o Estado de Direito é alcançado no princípio da legalidade, ou seja, os poderes exercidos pela Administração Pública são limitados pela Lei. Com isso, busca-se evitar abusos e arbitrariedades, já que “o princípio da legalidade surge como garantia de equilíbrio entre os poderes da autoridade que a Administração exerce e os direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico”. Em algumas hipóteses, o ordenamento não prevê todos os aspectos da atuação da Administração, existindo, assim, a margem de decisão aplicada ao caso concreto, optando, a Administração, entre os casos possíveis e válidos, enquadrando-se aí o poder discricionário, com solução baseada na oportunidade e

conveniência, bem como na justiça e igualdade. Porém, a ação nesses casos não é plenamente livre, visto que, em especial nos aspectos de competência, forma e finalidade, a lei estabelece limitações, e a discricionariedade traz liberdade de atuação traçada em limites da lei. Caso ultrapassados esses limites, emergirão decisões arbitrárias, já que a “liberdade de ação exercida nos limites da lei” é o que caracteriza a própria esfera da discricionariedade (DI PIETRO, 2007, p. 66).

Nessa esteira, afirma-se que a Administração, a qual atua por meio de suas entidades, órgãos e agentes, quando diante de atos discricionários, estará dotada de uma margem de liberdade conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, todavia dentro de limites da lei. A discricionariedade possui limites e por isso se afirma ser delimitada. Os agentes públicos agirão sempre dentro da legalidade, sendo que quando agem devem selecionar, dentre as possibilidades, a que melhor apresente o que orienta o interesse público. Ademais, o intérprete da norma – e, no caso, executor da vontade da Administração Pública – primeiro analisará a norma, e depois valorará qual a melhor forma de atender ao interesse da Administração, porém, sem adotar uma interpretação dissociada da lei ou baseada em seus critérios próprios.

A discricionariedade, portanto, igualmente apresenta limites, os quais serão valorados através da proporcionalidade, boa-fé, igualdade e eficiência. Assunto diretamente ligado à motivação, a qual terá papel muito importante, visto que a Administração deverá verificar a razoabilidade entre o ato a ser adotado e o motivo, além de atuar com boa-fé, fundamentando assim a discricionariedade nos diversos casos legalmente permitidos. Contrariamente à escolha pautada a partir de critérios legais e constitucionais, o “arbítrio é a vontade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, sem observância de qualquer norma”, o que claramente indica que mesmo a discricionariedade não pode se pautar em uma liberdade plena, como se dá com a autonomia da vontade atribuível aos particulares (PEGORARO, 2010, p. 55).

Revela-se, pois, a dificuldade em conciliar a atuação administrativa e o correlato controle jurisdicional. Qual o limite para a análise acerca da opção licitatória constitui sensível problema imposto ao Poder Judiciário. Quanto a isso, importa lembrar que o mérito do ato administrativo tem como sede específica os chamados atos discricionários; portanto, se esse elemento for levado à apreciação do Poder Judiciário, competirá ao intérprete identificar o âmbito do mérito, onde precisamente estará instalado o desempenho discricionário. A prática nos limites legais – e não a escolha em si – indicará a compatibilidade do ato com a legislação e a ordem jurídica.

É possível avançar, então, ao exame dos limites do controle judicial frente à atuação administrativa. Resta saber, e isso circunscreve o objetivo que ora se busca atingir, quando – e sob quais perspectivas – poderá o Poder Judiciário adentrar no exame

da atuação licitatória realizada pela Administração. Constatou-se, de pronto, que limitar o controle judicial à apreciação dos aspectos de legalidade dos atos tem indicado insuficiência na busca pelos fins do interesse público. Disso decorre uma ampliação do campo de atuação do controle efetuado pelo Poder Judiciário, a fim de eliminar atos que, embora revestidos de possível licitude, possam demonstrar abuso de poder, permitindo que em casos específicos reste viabilizada a apreciação jurisdicional, mesmo que diante de questões indicadas como mérito do ato, pois nesses casos se transformariam em questões de legalidade diante da conduta do administrador.

Hely Lopes Meirelles (1990, p. 329) define que em atos discricionários, sempre que a lei confie ao Poder Público a escolha e a valoração para os motivos e o objeto, não caberá ao Judiciário examinar os critérios praticados pelo administrador, visto que não existem padrões de legalidade para apreciar essa atuação. Ao Poder Judiciário caberá então a análise de legalidade e legitimidade do ato; entende-se por legalidade quando conforme a norma que o rege, e legitimidade quando em conformidade com os princípios fundamentais da Administração. Esse posicionamento guiou o maciço entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema.

Detecta-se, da apreciação do posicionamento jurisprudencial pátrio, que em relação aos atos vinculados, o controle judicial é pleno, visto que a lei determina seus elementos, inexistindo vontade subjetiva do agente público. Já, quanto aos atos discricionários, torna-se relevante definir a amplitude do controle jurisdicional, através da própria concessão de liberdade permitida à Administração. Retomando nesse ponto a questão da separação dos poderes, que é o fundamento da afirmação de que ao Poder Judiciário é permitido analisar o mérito do ato, apenas no aspecto da legalidade e moralidade, quanto a estar a sua prática de acordo, ou não, com o ordenamento jurídico. Porém, verifica-se que a opção de conveniência e oportunidade dos atos discricionários necessita de uma análise de controle, diante da legalidade e moralidade, para que o Poder Judiciário não invada a escolha da Administração apenas para alterar a opção feita, e sim como controle de arbitrariedade. Desta forma, verifica-se uma ampliação, ainda tênue, da possibilidade de o Judiciário examinar os atos discricionários, através de duas teorias: a teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade e a teoria dos motivos determinante (MORAES, 2007, P. 120).

Corroborando o entendimento de Alexandre de Moraes, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 224) declara que referidas teorias surgem de forma a ampliar a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário. Quanto à teoria relativa ao desvio de poder, afirma que ao ser verificado que a autoridade se utiliza do poder discricionário para adquirir fim diferente do fixado em lei, estará o Judiciário autorizado a anular o ato, visto que, nesse caso, a Administração se utilizou indevidamente da discriciona-

riedade. Já quanto à teoria dos motivos determinantes, que vincula a Administração a motivos verdadeiros, verifica-se que nesse caso caberá ao Judiciário apreciar os motivos, com seus pressupostos de fato e as provas constantes no processo, para constatar se o motivo existiu, ou seja, se ele é verdadeiro, para assim anular ou não o ato. Verifica-se, pois, uma tendência em limitar a discricionariedade administrativa, e consequentemente ampliar o controle judicial. Tendência que se observa em relação ao interesse público, à conveniência, moralidade, proporcionalidade, entre outras noções imprecisas, utilizadas também para constituir o motivo e a finalidade do ato. Ou seja, diante de conceitos jurídicos indeterminados, admite-se a intervenção judicial.

Vale lembrar que a atuação administrativa muitas vezes desenvolve-se por leis, e essas, por sua vez, englobam conceitos jurídicos indeterminados, pois, de forma abstrata, eles descrevem as hipóteses constantes no fato normatizado, juntamente com a consequência jurídica. Isso é, mais precisamente no estudo do poder discricionário e consequentemente no das licitações, a expressão conceito jurídico indeterminado designa os termos amplos como bem ou serviço comum, justo preço, boa-fé, entre outros. O que ocorre nesses casos é a impossibilidade de discernir *a priori* todas as hipóteses que se enquadram ao termo, para assim, quando enquadradas, gerarem as esperadas consequências jurídicas, conforme lembra Medauar (2016, p. 141).

São perceptíveis dois posicionamentos quanto ao alcance de atuação do Judiciário: o primeiro a preconizar que a atuação judicial se dará de modo restrito, limitada à legalidade, no qual o Judiciário não ingressa no exame das atividades típicas da Administração, permitindo o controle do ato apenas quanto à competência, forma e finalidade; o segundo, por sua vez, a indicar a possibilidade de um controle amplo, no qual não se constataria ingerência indevida na apreciação ampla do próprio certame licitatório, já que existindo controle constitucional, a anunciada separação dos poderes, que limita a apreciação do Judiciário, perderia força, diante do espírito de priorizar o próprio interesse público. Mesmo com a discricionariedade tem-se buscado diversos parâmetros de atuação da Administração, como derivativos dos princípios da moralidade, impessoalidade e publicidade, possibilitando transparência nas atividades e consequentemente maior controle. A legalidade, por sua vez, assenta-se em bases amplas, em um respaldo constitucional maior, admitindo, pois, de um controle jurisdicional ampliado. Quanto a isso, para a comprovação de que o fim pretendido não condiz com o interesse público, ainda há obstáculos à plena apreciação judicial, embora, também nisso, já se admita falar em deturpação da legalidade em sentido amplo (MEDAUAR, 2016, p. 463).

Embora consagrados na doutrina, os conceitos de vinculação e discricionariedade não se apresentam como conceitos claramente definidos, havendo, como se verifica,

sensíveis dúvidas sobre a própria abrangência do controle judicial a esse respeito. De todo modo, o controle da atuação administrativa no âmbito licitatório vem evoluindo, tanto com a ampliação dos parâmetros dos atos discricionários, como da noção de legalidade, a fim de direcionar ao atendimento real do interesse público, impedindo abusos, conforme indica Pegoraro (2010, p. 186), com a final proteção – quando se admite a ampla análise judicial da atuação administrativa – das garantias constitucionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma licitação pública quais são as atuações vinculadas e discricionárias do Administrador Público e, portanto, quais são os limites do controle judicial em um procedimento licitatório? Essa problemática deriva da constante preocupação em verificar se, de fato, o administrador atingiu o interesse público, quando diante de uma nova contratação; porém, limitar o controle judicial à apreciação dos aspectos de legalidade dos atos, hoje demonstra insuficiência, já que, na busca pelos fins desse interesse, a Administração deve se desafiar a encontrar o equilíbrio entre o controle dos atos e o princípio da separação dos poderes.

A compreensão da vinculação e da discricionariedade administrativa liga-se a atuação da Administração, e essa ao ato administrativo, sendo que o procedimento licitatório é uma sequência de atos administrativos. Porém, diante da vontade da autoridade, serão fixadas condutas que deverão ser seguidas, e as decisões deverão ser de acordo com o que foi legalmente estipulado. A discricionariedade na doutrina está relacionada à margem de escolha reconhecida por lei ao agente público, conciliando a norma legal com a necessidade real, não sendo presumida nem decorrente de falhas legais. Assim, a discricionariedade, por estar vinculada ao espaço concedido pela Lei, encontra limitações, tanto na norma, quanto em princípios jurídicos.

A lei não prevê todos os aspectos de atuação da Administração, porém o fato de existirem atos discricionários não significa admitir que a atividade do agente público é totalmente livre ou sem limites. Isso indica, por via reversa, a necessidade de compreender a amplitude do controle jurisdicional. A delimitação do exame do ato, que cabe ao Poder Judiciário, constitui garantia constitucional, privilegiando o exame do caso concreto e não a adoção de uma regra antecedente a respeito dos limites do controle, já que não se admite, no Estado de Direito, a existência de ato administrativo totalmente imune à jurisdição.

O grande problema, ainda presente e detectado no presente estudo, reside nos limites de apreciação judicial das licitações. Com efeito, existem critérios de avaliação adotados pela Administração Pública, bem como especificidades técnicas que se

ligam exclusivamente à escolha administrativa, sem que nisso possa adentrar a análise judicial, perspectiva que demandará a análise pontual da situação controvertida. Nos atos vinculados que integram a licitação, o controle judicial, de regra, é pleno, inexistindo vontade subjetiva do agente público; porém, quanto aos atos discricionários, percebe-se que a amplitude do controle ocorrerá através do exame da própria concessão de liberdade permitida à Administração, pois a atuação discricionária não equivale a uma liberdade plena, e sim a uma atuação dentro dos limites da lei e, também, a partir dos valores constitucionais. Pode-se afirmar, assim, que a revisão judicial da atuação do administrador deve verificar a adequação entre o fato concreto, motivador da escolha administrativa, e a coerência da decisão discricionária então tomada no procedimento licitatório.

Depreende-se, pois, que não são absolutos nem o controle judicial nem a escolha administrativa. O balanço entre a carga discricionária nas licitações e o controle de adequação da legalidade – e da constitucionalidade, a partir da observância dos valores constitucionais que devem reger a atuação administrativa – é o grande desafio a ser enfrentado pelo Poder Judiciário. O tema, como se percebe, é amplo e atualiza-se à medida que novas formas de controle – e de atuação administrativa – são concebidas.

REFERÊNCIAS

ARNOLD, Reginaldo. Os Contratos de Receita e a Licitação na Modalidade de Pregão. **Direito do Estado Novas Tendências**, edição especial. Porto Alegre: UFRGS, 2005.

BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a Juridicidade e os Limites da Licitação Sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; VILLAC, Teresa (Org.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.469/2013. Relatora Ministra Ana Arraes. Data do Julgamento: 12 jun. 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1469%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 11820/2016. Relator Ministro Marcos Bemquerer. Data do Julgamento: 08 nov. 2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 199/2016. Relator Ministro Marcos Bemquerer. Data do Julgamento: 03 fev. 2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/199/NUMACORDAO%253A199%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIESA, Clélio. O princípio implícito da obrigatoriedade da fundamentação expressa dos atos administrativos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 8, p. 11-27, Jul./Set. 1994. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. v. 2, p. 713-737, Nov. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?t?&src=r&srguid=iOad82d9a0000015b14db7b6977b2984e&docguid=I97755260f25311dfa-b6f010000000000&hitguid=I97755260f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=188&context=97&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

DELGADO, José Augusto. A jurisprudência e a licitação. **Revista dos Tribunais**. v. 671, p. 17-26, Set. 1991. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. v. 4, p. 111-127, Nov. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?t?&src=r&srguid=iOad82d9b0000015b14d572992fe7a01d&docguid=IOc15b960f25011dfab-6f0100000000000&hitguid=IOc15b960f25011dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=1012&context=66&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Licitação - Inexigibilidade e Dispensa - Procedimentos Necessários. **Revista dos Tribunais**. v. 798, p. 163-177, Abr. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?t?&src=r&l&srguid=iOad82d9a0000015b4e928e48ce39697f&docguid=le182bae0f25411dfa-b6f0100000000000&hitguid=le182bae0f25411dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=152&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MARTINS, Silvia Portes Rocha. Parâmetro objetivo para identificar as despesas para dispensa de licitação por pequeno valor. **Revista dos Tribunais**, v. 966, p. 107-119, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad82d9b0000015aee1a4635b1a-60d29&docguid=ledcab0400e8d11e687220100000000000&hitguid=ledcab0400e8d11e687220100000000000&spos=1&epos=1&td=29&context=13&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMulti-Summ=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PEGORARO, Luiz Nunes. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. 8. ed. São Paulo: Servanda, 2010.

SANTOS, Murilo Giordan. Poder Normativo nas Licitações Sustentáveis. In: SANTOS, Murilo Giordan; VILLAC, Teresa (Coord.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 160.

ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS REFUGIADOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO

Diádine Silveira Gomes

Graduada em Direito na Universidade Feevale.

E-mail: diadine@gmail.com.

André Rafael Weyermüller

Pós-doutor em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Professor na Universidade Feevale.

E-mail: andrerw@feevale.br.

1 INTRODUÇÃO

Muito tem se falado sobre os refugiados e os problemas enfrentados por eles que, ultimamente, tomaram proporções bastante significativas no cenário mundial. Entretanto, esta realidade não está distante do que se vive no Brasil hoje, pois é cada vez mais comum a população brasileira se deparar com refugiados e imigrantes em qualquer lugar que frequentem. Ademais, não é difícil ver pessoas com o pedido de refúgio concedido, o que as tornam legais no país sem ter sequer um emprego para poder efetivamente dar melhores condições de vida a suas famílias.

O presente estudo está inserido no tema da proteção internacional dos direitos humanos e na criação de uma lei brasileira específica para tratar da temática dos refugiados. Tendo como objetivo analisar documentos internacionais, legislações nacionais, resoluções, declarações e convenções referentes ao tema dos refugiados, no intuito de informar e esclarecer para a sociedade do que se tratam esses documentos e quais as relevâncias jurídicas de cada um.

Justifica-se a escolha dessa temática devido à importância que exerce na realidade brasileira atual. Um estudo aprofundado do tema torna-se necessário na medida em que os refugiados recém-chegados no Brasil necessitam de um auxílio especial, seja pelo fato de estarem emocionalmente abalados, tendo em vista que, em muitos casos, deixam familiares e amigos e partem em busca de uma vida digna, ou ainda pelo simples fato de não dominarem o idioma, o que dificulta sua inserção no mercado de trabalho. Ademais, objetiva-se mostrar à sociedade brasileira os direitos, deveres e situações jurídicas destas pessoas quando conseguem a situação de refugiado.

Como objetivo geral, a pesquisa busca estudar os mecanismos legais existentes para a efetivação dos direitos dos refugiados no Brasil e ainda analisar as políticas públicas nacionais existentes e a maneira como funcionam efetivamente.

Para atingir os objetivos definidos, a metodologia utilizada no presente estudo é baseada no método dedutivo, a qual foi realizada através de pesquisa bibliográfica, doutrinária, da legislação brasileira sobre o tema e de alguns documentos internacionais. Sendo assim, a pesquisa está dividida em duas partes. A primeira estuda a história dos direitos humanos, demonstrando a sua importância no cenário mundial e evidenciando as suas principais características. Em seguida é analisada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como ocorreu sua criação, qual a relevância para a população mundial em geral e como se consolidou sendo um marco importante para assegurar a dignidade à pessoa humana.

Também são discutidos os conceitos, diferenças e semelhanças entre o refugiado, o imigrante e o asilado. Após o pressuposto citado, o presente estudo aborda como é

o processo de pedido de refúgio no Brasil, quem pode solicitá-lo e quem tem legitimidade para julgar esses pedidos.

Na segunda parte são estudadas as políticas públicas brasileiras existentes para receber e auxiliar esses refugiados recém-chegados em nosso território nacional. Por fim, analisa-se a atual crise humanitária mundial e o Brasil, conhecido como o país que recebe centenas de refugiados durante o ano todo, para discutir se há uma estrutura adequada para acolher de forma digna todas essas pessoas. E, ainda, verificar a (in)suficiência das políticas públicas brasileiras existentes.

2 OS DIREITOS DOS REFUGIADOS E O SEU PEDIDO NO BRASIL

2.1 A HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

Após a Segunda Guerra Mundial, se observou que os direitos do homem necessitavam de proteção pelo direito internacional. Desde então, com o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945, que efetivamente os direitos humanos começaram a se desenvolver na esfera internacional e sua principal atividade foi fornecer garantias mínimas de sobrevivência à humanidade por meio da segurança de direitos essenciais à pessoa humana e que a estrutura de todos os seres humanos era igual, sendo irrelevante sua origem cultural ou nacional. Nesse sentido, Jubilut (2007, p. 51-52) afirma que “os direitos humanos são, assim, garantias individuais que objetivam a proteção dos direitos mais essenciais do ser humano em face ou de outros seres humanos, uma vez que, por serem todos essencialmente iguais, um não pode interferir na esfera individual alheia”.

No entendimento de Mazzuoli (2012, p. 825), é de extrema importância destacar as principais características dos direitos humanos, as quais são apresentadas relativamente à sua natureza, titularidade e aos princípios. A primeira delas é a historicidade, que traz consigo a ideia de que os direitos vão se construindo em decorrência do tempo. Outra característica é a universalidade, pois se entende que todas as pessoas são titulares dos direitos humanos, que para poder gozar desta proteção, basta apenas ter a condição de “ser humano”, sem fazer qualquer distinção entre raça, gênero ou crenças religiosas. A essencialidade vem demonstrar que os direitos humanos são indispensáveis por natureza, tendo como prioridade a dignidade da pessoa humana.

Ademais, a irrenunciabilidade demonstra que, mesmo com a autorização de seu titular, não justifica ou comprova qualquer violação de seu conteúdo. No mesmo sentido, apresenta-se a inalienabilidade, pois os direitos humanos não permitem a re-

núncia por parte do seu titular, não podendo transferir ou ceder a um terceiro. E por fim, a imprescritibilidade, pois os direitos humanos não se esgotam com o passar do tempo e podem ser, a qualquer momento, vindicados, pois não acontece a perda de seu exercício através da prescrição (MAZZUOLI, 2012). Além das características dos direitos humanos acima mencionadas, de acordo com Mazzuoli (2012, p. 827), é possível agregar algumas outras, quais sejam:

Trata-se das características contemporâneas dos direitos humanos, que podem ser apresentadas como sendo:

- a) a universalidade;
- b) a indivisibilidade;
- c) a interdependência; e
- d) a inter-relacionariedade. Tais princípios ligam-se fortemente à proteção dos direitos humanos no plano internacional e serão analisados em seguida, quando do estudo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Outro marco importante da história dos direitos humanos se deu no ano de 1948, quando foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro, formada por líderes mundiais de mais de 50 (cinquenta) países. Porém, este processo somente se transcorreu em 1966, mediante a aprovação de dois pactos. Um que versava sobre direitos políticos e civis e o outro que versava sobre direitos sociais, culturais e econômicos. Esta Declaração desencadeou objetivamente a proteção generalizada aos direitos humanos, foi redigida sob o impacto das brutalidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, mas, nem todos os membros das Nações Unidas, à época, concordavam inteiramente com as convicções expressas neste documento (COMPARATO, 2015). A respeito das definições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Piovensan (2013, p. 205) demonstra ter o mesmo pensamento trazido por Mazzuoli, qual seja:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana) (PIOVENSAN, 2013)

A declaração de 1948 passou a relacionar tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais, culturais e econômicos, demarcando, assim, a concepção contemporânea dos direitos humanos. Ela foi adotada pela Assembleia Geral das Nações

Unidas (ONU) sob forma de resolução, se tratava apenas de uma recomendação, não era um tratado e não tinha força de lei. No entanto, o seu propósito era evidenciar o reconhecimento universal dos direitos humanos e as liberdades fundamentais as quais se referiu em seu texto. Porém, há quem defenda que a Declaração teria força jurídica vinculante, tendo em vista que integra o direito costumeiro internacional e foi adotada repetidas vezes pelos Estados e até mesmo utilizada como fundamentação para decisões judiciais, dessa forma, nota-se ter alcançado uma grande aceitação generalizada (PIOVENSAN, 2013).

De qualquer forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tornou-se um importante documento na história, o qual foi traduzido para mais de 360 idiomas, retomou os ideais da Revolução Francesa e evidenciou, em seu artigo 1º, o reconhecimento dos valores soberanos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens, com a seguinte redação: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade." (ONU, 1948). Ainda é importante destacar as definições trazidas no artigo 2º, incisos I e II da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 2º, inciso I:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo 2º, inciso II:

Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. (ONU, 1948)

Nessa ótica, a Declaração se impõe como um código de conduta para os Estados membros da comunidade internacional. Ela ainda exerce relevante influência nos ordenamentos jurídicos nacionais, uma vez que os direitos nela previstos têm sido agregados pelas Constituições nacionais. Ademais, Piovesan (2013, p. 210) entende que, um Estado que sistematicamente infringe algum direito previsto na Declaração, não merece a aprovação por parte da comunidade internacional. Nesse sentido, Coelho (2016, p. 5) destaca:

A Declaração Universal também teve seus reflexos no direito interno dos Estados, e podemos encontrar em muitas constituições princípios de proteção aos direitos humanos. Passando a interagir internamente através dos tratados e

acordos internacionais celebrados entre os Estados que atribuíram funções de proteção aos seus órgãos.

Sob essa ótica, é possível dizer que o regime de proteção aos refugiados começou a ter início no período entre guerras, se consolidando após 1945. Mas foi com o surgimento da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, criada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), que começou a se conceituar o termo "refugiado" e adotar garantias específicas àquelas pessoas que foram forçadas a deixar seus países de origem devido a fatos acontecidos, especialmente, durante a Segunda Guerra Mundial. Porém, o conceito utilizado pela Convenção logo se demonstrou ultrapassado para se tratar dos refugiados, foi então que se concluiu o Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados para fazer uma emenda ao artigo 1º, § 1º da Convenção. Observando a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, afirma-se que refugiado é o cidadão que se encontra fora do seu país de origem e não pode ou não queira a proteção desse país, seja em virtude de ser alvo de perseguição por motivos de religião, grupos políticos, raça ou nacionalidade (BIAZATTI, 2016, p. 4-5).

A própria condição de refugiado demonstra uma ofensa de direitos humanos básicos, previstos da Declaração Universal de 1948. Quando proporciona valores como a liberdade e a igualdade, censurando discriminações de qualquer forma, a Declaração provém o direito fundamental de não ser perseguido por motivos de religião, nacionalidade, raça ou por participar de determinado grupo social ou político. E, dessa forma, surge o direito de toda pessoa a qual tenha sido violado estes direitos fundamentais de procurar asilo em outros países, que apresentem melhores condições para sua sobrevivência (PIOVENSAN, 2013, p. 37).

2.2 O REFUGIADO, O IMIGRANTE E O ASILADO

Até o século XX, o Direito Internacional não possuía qualquer tipo de garantia ou regras para aqueles indivíduos que precisavam deixar o seu país de origem e abrigar-se em países estrangeiros. A eles era concedida a situação de asilados. O grande marco para a proteção efetiva dos refugiados deu-se com a Declaração Universal de Direitos Humanos que sustentou, em seu artigo XIV, que "toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outro país." (RAMOS *et al.* 2011, p. 24).

O critério fundamental para conceituar um refugiado, de acordo com a Convenção dos Refugiados e do Protocolo de 1967, é "a existência de fundado medo de perseguição em virtude de motivos étnicos, religiosos ou políticos" (CASELLA, 2001, p. 20). O conceito jurídico compreende todos aqueles que estão ameaçados de punições por lutarem para a proteção dos seus direitos fundamentais. Essa conceituação se faz

necessária para demonstrar a visão constante da Convenção dos Refugiados e do Protocolo de 1967, e dessa forma caracterizar os encargos contratuais ou convencionais dos Estados que são subscritores desses instrumentos. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, assim como o Protocolo de 1967, traz a definição do termo “refugiado” para qualquer pessoa que:

Artigo 1º - Definição do termo “refugiado”

I – que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados;

II – Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ONU, 1951).

Ademais, enquanto o refúgio tem uma característica mais humanitária, o asilo tem em sua essência atributos tipicamente políticos. O instituto jurídico do asilo pertence ao Direito Internacional Público, e é regulamentado por convenções internacionais específicas, mas, principalmente, é regido por tratados multilaterais específicos de âmbitos regionais (NASCIMENTO, 2014, p. 35). Ainda, Nascimento destaca:

Considerando o significado etimológico da palavra asilo como aquele que foge de alguma violência, e considerando que a expressão refúgio vem do latim *refugere*, significando “fugir”, formado por *re-*, intensificativo, mais *fugere*, “fugir”, então se pode conferir à expressão refugiados um significado bastante amplo (NASCIMENTO, 2014, p. 35).

O artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, afirma que “todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” (ONU, 1948). O mesmo artigo, em seu parágrafo segundo, preceitua que “este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas” (ONU, 1948).

A partir desses conceitos sobre o direito de asilo, nota-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 assegura o direito fundamental de todo indivíduo de estar livre de qualquer que seja a forma de perseguição. Sob esta ótica provém o direito fundamental de gozar e procurar asilo em outros países. O consentimento do asilo tem por objetivo não proteger somente uma pessoa a qual, por ideologias ou motivos

políticos, foi forçada à prática de um crime, mas também com a finalidade de contribuir para a paz social do país de origem do asilado. Nesse sentido Mazzuoli (2012, p. 753) destaca duas modalidades importantes de asilo, o territorial e o diplomático.

Pode-se chamar de asilo territorial a entrada de algum estrangeiro em território nacional sem os pressupostos de ingresso, para, dessa forma, evitar sanções ou perseguições consolidadas em crimes políticos. Trata-se da recepção física do estrangeiro em território nacional, com o intuito de preservar a liberdade e a vida que foram colocadas em risco no seu país de origem em razão de perigosos fatos sociais e políticos. Em se tratando de asilo diplomático, este é concedido fora de seu território, ou seja, a concessão se dá em locais situados dentro do Estado em que a pessoa é perseguida, mas que estão imunes à jurisdição desse Estado como, por exemplo, em navios, aeronaves militares, representações diplomáticas ou embaixadas (JUBILUT, 2007, p. 38).

De acordo com o exposto, demonstra-se que todos os solicitantes de asilo têm o direito fundamental de solicitar o refúgio, tendo em vista que este ato em nenhum momento pode ser considerado como uma ofensa ou crime, e sim como o livre exercício de um direito mundialmente assegurado. O direito de solicitar e usufruir do asilo, o princípio da não devolução e o direito de retornar ao país de origem com total segurança, respeito e dignidade exigem uma perspectiva dos direitos humanos. Portanto, assim como a concessão, a denegação do asilo é passível de controle (RAMOS *et al.* 2011, p. 24).

O imigrante se difere do refugiado e do asilado, pois se instala em determinado país com o ânimo de permanência definitiva. Sobre ele não recai qualquer tipo de perseguição política, religiosa ou racial, apenas o ânimo de sair de seu país de origem e se instalar em outro. Nenhum Estado é obrigado a admitir estrangeiros em seu território, seja por período definido ou não, porém, a partir do momento que determinado Estado permite a entrada do estrangeiro em seu território, cabe a ele resguardar o direito internacional costumeiro e escrito. Deve o Estado proporcionar garantias a qualquer estrangeiro que adentrou em seu território quais sejam os direitos fundamentais da pessoa humana: a vida, a integridade física, entre outros. O imigrante tem o direito de permanecer no território escolhido por ele e seguir as leis de imigração estabelecidas naquele país. Dessa forma, para adquirir a condição de imigrante, basta que a pessoa saia da jurisdição do Estado a que pertence (ou seja, o Estado do qual ela é nacional) e passe a jurisdição de outro, sem incorporar, a qualquer título, a massa dos nacionais deste Estado (REZEK, 2011, p. 226).

2.3 PEDIDO DE REFÚGIO NO BRASIL E O SEU PROCESSO

O Brasil possui uma lei específica que se soma, juntamente com o Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas de 1951 e seu Protocolo de 1967, a fim de regula-

mentar o status de refugiado e como deve ser o procedimento para o seu pedido no país. A Lei nº 9.474/97 determina outras providências que deverão ser tomadas pelo Estado Brasileiro no que diz respeito à temática do refúgio e cria o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). A lei brasileira nº 9.474/97 prevê em seu artigo 7º que:

O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível (BRASIL, 1997).

Ainda, a referida lei assegura ao estrangeiro que após expressar sua vontade de permanência em território brasileiro, jamais poderá ser deportado para o país em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, seja por motivos de raça, religião, opinião política ou nacionalidade, foi assim que se consagrou o princípio do *non-refoulement* ou princípio da proibição da devolução. Jubilut afirma que este princípio consiste simplesmente que o indivíduo perseguido não pode ser devolvido ao país do qual queria sair, entretanto é concedido à essa pessoa proteção, acolhimento, um novo país e uma nova chance de recomeçar a vida. Para ela este é um princípio básico de solidariedade humana e a ele foi instituído um complexo sistema de direito público (JUBILUT, 2007, p. 17). Nesse sentido, Filho (2001, p. 181) afirma a ideia de que:

O princípio do *non-refoulement* aplica-se, portanto, diante da solicitação do reconhecimento da condição jurídica de refugiado expressa pelo indivíduo estrangeiro. É o momento da entrada do estrangeiro no território nacional, de maneira que a rejeição deste, ainda que não esteja em território nacional, mas na fronteira ou em territórios internacionais, implica na violação do princípio.

A respeito disso, Ramos (2010, p. 6) esclarece que este princípio está preceituado no artigo 33 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 que traz em seu texto: "Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada [...]" (ONU, 1951) e também no artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê: "Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas" (ONU, 1948). No que tange a aplicabilidade deste princípio, primeiramente, cabe aos agentes estatais e seus delegatários nas fronteiras impedirem a devolução do estrangeiro solicitante de refúgio (RAMOS, 2010, p. 6).

Contudo, para aqueles refugiados que entraram no Brasil de forma irregular, não cabe a deportação, pois de acordo com o artigo 31 da Convenção de 1951 é vedado aplicar qualquer tipo de penalidade à pessoa que entra em território nacional de forma irregular. Ademais, a lei 9.474/97 também possui texto expresso ao estabelecer que o ingresso irregular no Brasil não é causa de impedimento para a solicitação de refúgio, conforme preceitua o artigo 8º da lei 9.474/97 "o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes" (BRASIL, 1997). Toda essa proteção ao estrangeiro solicitante de refúgio foi criada devido à quase que impossibilidade de o indivíduo já chegar em território nacional com todos os documentos de viagem necessários, como passaporte e visto, por exemplo, tendo em vista a falta de estrutura da maioria dos países de origem destes estrangeiros (JUBILUT, 2007, p. 18).

Todavia, o princípio do *non-refoulement* ou não devolução, tem sofrido grande desgaste em razão das migrações em grande número ou das afirmações inexistentes de perseguição. Em contrapartida, inúmeros países criaram uma espécie de campo de internamento do solicitante do refúgio até que seja deferida a decisão final, claramente motivado pela desconfiança do verdadeiro motivo do pedido de refúgio. Caso seja indeferido o pedido de refúgio, o Estado de acolhida não pode devolver o estrangeiro a qualquer país que possa o colocar em perigo. No caso de rejeição taxativa do pedido de refúgio, fica expressamente vedado o retorno do estrangeiro ao país de origem, enquanto por lá permanecerem os motivos que expõem sua vida em risco, conforme estabelece o artigo 32 da lei 9.474/97 (RAMOS, 2010, p. 6). Nesse sentido, em se tratando do princípio do *non-refoulement*, Ramos (2010, p. 6) ressalta que:

Em primeiro lugar, cabe aos agentes estatais e seus delegatários nas zonas de fronteira impedir o *refoulement* do estrangeiro solicitante de refúgio. Mesmo que o solicitante ingresse no país ilegalmente, não cabe a deportação, pois o artigo 31 da Convenção de 1951 impede a aplicação de qualquer penalidade derivada da entrada irregular. O artigo 8º da Lei 9.474/97 também é expresso em estabelecer que o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.

Ainda, autores defendem o princípio do *in dubio pro refugiado*, o qual retrata que havendo dúvida acerca da perseguição alegada pelo estrangeiro, deve-se sempre solucionar o caso em favor deste. Este princípio juntamente ao princípio da não devolução são rigorosamente respeitados no Brasil, mesmo nos casos em que a solicitação do reconhecimento do status de refugiado é negado pelas autoridades competentes (ÁVILA, 2015, p. 7).

No Brasil, a autoridade migratória é a competente para receber o pedido de solicitação de refúgio, que posteriormente à manifestação da vontade do estrangeiro deverá notificá-lo, a fim de prestar declarações, e este ato dará início ao procedimento de reconhecimento do status de refugiado. Mesmo os estrangeiros que entrarem clandestinamente no país, mas que desejam esse reconhecimento de refugiado, deverão prestar as devidas declarações para a autoridade policial federal. É importante ressaltar que não se trata de um processo judicial com partes litigantes, mas sim de um trâmite de reconhecimento do status de refugiado, por parte de um estrangeiro que possui justo temor de perseguição por diversos motivos. Ademais, os estrangeiros deverão completar a solicitação do reconhecimento de refugiado, relatando as circunstâncias que demonstrem efetivamente o pedido de refúgio, apontando provas existentes para isso (SOUZA *et al.*, 2008, p. 13).

Auferida a solicitação de refúgio, a polícia federal emitirá um protocolo ao solicitante, autorizando sua estadia no país até o trânsito em julgado do processo. Com esse protocolo, o Ministério do Trabalho poderá emitir carteira de trabalho provisória, para que o estrangeiro possa exercer atividade laboral remunerada. Em ato contínuo, a autoridade competente informará ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) acerca da existência deste processo de solicitação de refúgio no país, e poderá este órgão mostrar sugestões para facilitar seu andamento (BRASIL, 1997).

O Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) de acordo com a lei 9.474/97 é um órgão de deliberação coletiva e tripartite, responsável em primeira instância do Estado e sociedade brasileira, e se destina a elegibilidade do refúgio no país. Com um alto conteúdo humanitário a ele compete analisar o reconhecimento sobre os pedidos de refúgio, sendo suas atribuições também:

Determinar quanto à cessação ex officio ou mediante requerimento das autoridades competentes, acerca do status de refugiado; decretar a perda da condição de refugiado; encaminhar e sistematizar as ações necessárias para a eficácia da proteção aos refugiados (MAZZUOLI, 2012, p. 764).

Ademais, é sua atribuição também coordenar e orientar ações que se fazem necessárias à eficácia da proteção, apoio jurídico e assistência aos refugiados reconhecidos pelo Brasil. Ainda, compete ao Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) a expedição de resoluções normativas, que possuem intuito de regularizar questões práticas dos refugiados, como, por exemplo, a primeira resolução a qual traz um modelo do termo de declaração, que deve ser devidamente preenchido pelo solicitante de refúgio. No que tange ao procedimento de solicitação de refúgio, o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) poderá solicitar eventuais diligências, sempre que en-

tender necessário, para investigar todos os fatos a fim de proferir uma decisão rápida e justa. Terminada a fase de instrução, a autoridade competente redigirá um relatório, que será remetido ao Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) para que seja julgado (RAMOS, 2010, p. 7).

Independentemente da decisão proferida, esta deve ser devidamente fundamentada e informada ao solicitante. Se a decisão for favorável ao reconhecimento da condição de refugiado, terá caráter declaratório, ou seja, produzirá efeitos *ex tunc*, e o refugiado será registrado no Departamento da Polícia Federal, onde poderá solicitar cédula de identidade e assinará um termo de responsabilidade. Em caso de decisão negativa do pedido de refúgio, o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), deverá enviar uma notificação fundamentada ao solicitante, evidenciando as razões da negação, sendo possível, ainda, recorrer ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação (MAZZUOLI, 2012, p. 765). Durante o período de análise do recurso, o solicitante de refúgio, bem como seus familiares, poderá permanecer no território nacional, de acordo com o artigo 30 da Lei nº 9.474/97. O Ministro de Estado da Justiça deverá prolatar a decisão final, se acolhe ou não o status de refúgio do solicitante. Desta decisão do Ministro, não cabe recurso, nos moldes do artigo 31 da Lei nº 9.474/97 que prevê "A decisão do Ministro de Estado da Justiça não será passível de recurso, devendo ser notificada ao CONARE, para ciência do solicitante, e ao Departamento de Polícia Federal, para as providências devidas" (BRASIL, 1997).

Nesse sentido, é importante destacar, ainda, que existe a possibilidade de cassar o reconhecimento do status de refugiado. E isso é possível se houver alterações para melhor, no país de origem ou residência costumeira do refugiado, cessando as causas que motivaram a sua saída, dessa forma a proteção por parte de um terceiro Estado se faz desnecessária. Desta decisão de cassação da condição de refugiado, é possível interpor recurso ao Ministro de Estado da Justiça, conforme o artigo 40 da Lei nº 9.474/77, o recurso cabível é o de apelação e no prazo de 15 dias, contados a partir da data da notificação da decisão ao solicitante (JUBILUT, 2007, p. 194). Ademais, nessa mesma ótica Jubilut (2007, p. 195), ainda acha importante destacar:

A possibilidade legal das cláusulas de cessação decorre do fato de o reconhecimento do *status* de refugiado ocorrer a partir da situação objetiva do Estado de origem ou residência habitual do refugiado, e que, havendo alteração para melhor, a qual implique o término das causas que ensejaram o refúgio, a proteção por um terceiro Estado torna-se desnecessária.

Se a condição de refugiado for cassada ou perdida permanentemente, o cidadão se enquadrará no regime geral de permanência de estrangeiros no Brasil, conforme

artigo 32 da Lei nº 9.474/77 "No caso de recusa definitiva de refúgio, ficará o solicitante sujeito à legislação de estrangeiros, não devendo ocorrer sua transferência para o seu país de nacionalidade ou de residência habitual, enquanto permanecerem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade[...]" (BRASIL, 1997). A Lei nº 9.474/77 estabelece que o processo de pedido de refúgio tem natureza de urgência, a fim de que se resolva rapidamente essa questão e o refugiado possa gozar de todos os direitos a ele inerentes, caso seja concedida a solicitação. Contudo, se espera que os dispositivos da Lei brasileira sobre refugiados sejam interpretados juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (RAMOS, 2010, p. 7).

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS EM RELAÇÃO AOS REFUGIADOS E A (IN) SUFICIÊNCIA DIANTE DA ATUAL CRISE HUMANITÁRIA

A proteção brasileira aos refugiados conta com iniciativas pioneiras que têm por objetivo tanto o aumento de garantias de proteção e dos direitos dos refugiados quanto expandir esse conteúdo no Brasil. A primeira dessas iniciativas versa sobre a efetivação de uma das soluções duráveis para os refugiados, o reassentamento, que está previsto tanto na Lei 9.474/97 como na Convenção de 1951. O reassentamento, diversamente da proteção, não estabelece um direito do indivíduo, mesmo se fazendo presente nas legislações acerca da temática dos refugiados, mas sim uma tentativa, sempre que possível, de disponibilizar uma nova oportunidade de integração. Há que se destacar também, outro ponto importante acerca do tema: o fato de o reassentamento ser totalmente voluntário, ou seja, é necessário que o refugiado concorde em trocar de país de proteção (JUBILUT, 2007, p. 199).

A respeito disso, Andrade e Marcolini (2002) esclarecem que o programa de reassentamento brasileiro está embasado nos artigos 45 e 46 da Lei 9.474/97, que destacam o caráter voluntário, bem como a necessidade de planejamento, gerenciamento e a indicação de responsabilidades de todos os envolvidos no processo. Motivado por razões humanitárias, o governo brasileiro assegurou o programa de reassentamento no ano de 1999. É importante destacar o que preceituam os artigos 45 e 46 da Lei 9.474/97, que trazem, respectivamente: "o reassentamento de refugiados em outros países deve ser caracterizado, sempre que possível, pelo caráter voluntário" (BRASIL, 1997).

O reassentamento de refugiados no Brasil se efetuará de forma planejada e com a participação coordenada de órgãos estatais e, quando possível, de organizações não governamentais, identificando áreas de cooperação e de determinação de responsabilidades (BRASIL, 1997).

O programa de reassentamento proporciona solidariedade e auxilia os refugiados em busca de um recomeço, mas também há que se assegurar a eles um tratamento igualitário para que possam usufruir das mesmas oportunidades e ingresso aos serviços públicos básicos que estão disponíveis para a população em geral. A partir dessa perspectiva é possível afirmar que as políticas públicas ligadas à assistência e integração dos refugiados são indispensáveis para proporcionar a eles a integração social, econômica e cultural, ressaltando ainda o acesso ao trabalho, saúde e educação (ANNONI; VALDES, 2013, p. 145).

A respeito disso, Bezerra esclarece que as políticas públicas são aquelas realizadas pelo governo, diretamente ou intermediadas por agentes autorizados, em busca de melhor qualidade de vida para a população alvo de tais políticas. Dessa forma, as políticas públicas dispõem sempre de natureza estatal, ainda que durante os projetos, atividades ou implementação de programas haja o envolvimento de agentes privados. O desenvolvimento de políticas públicas voltadas à assistência e integração dos refugiados são imprescindíveis para garantir a eles direitos culturais, a saúde, educação, moradia. Ainda que garantidos na Constituição Federal e na lei brasileira nº 9.474/97, juntamente com instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos direitos humanos, para inserir realmente um refugiado na sociedade brasileira, há que se pensar em programas desenvolvidos juntamente com o Poder Público e com a sociedade civil, a fim de melhor atender as suas necessidades (BEZERRA, 2012, p. 73).

Com base nesse conceito, ainda é possível avançar trazendo o pensamento de Lopes, Sposato e Silveira que preceitua: “as políticas públicas podem ser entendidas como mecanismos do Estado utilizados como instrumentos na promoção do bem-estar coletivo” (LOPES *et al.*, 2017). Ainda, destacam que a efetivação das políticas públicas no Brasil está extremamente relacionada com a proteção dos direitos humanos, assim como dos direitos individuais e coletivos apresentados pela Constituição Federal de 1988, como sendo direitos humanos fundamentais. O Brasil, abrigo em seu território centenas de refugiados, chamou para si a responsabilidade de defender um dos papéis mais importantes no que tange à realização dos direitos humanos e na esfera internacional, ainda mais em época que nota-se um aumento nos conflitos religiosos, intolerâncias políticas, desigualdades econômicas, dentre outras situações que impulsionam a migração involuntária (LOPES *et al.*, 2017).

Nos últimos anos, o Conare demonstrou algumas tentativas de estimular a criação de novas políticas públicas, ainda que contando com uma legislação moderna e com ferramentas jurídicas bem desenvolvidas, a criação dessas políticas para os refugiados no Brasil ainda ocorre de forma lenta. Existem diversos obstáculos burocráticos e administrativos que estipulam limites ostensivos à inclusão e ratificação de

imigrantes e refugiados como cidadãos brasileiros. Barbosa ressalta dois obstáculos fundamentais que acabam por prejudicar a criação de novas políticas públicas para os refugiados e os imigrantes forçados. O primeiro deles diz respeito a uma onda global de preconceito e pouca aceitação ao solicitante de refúgio; o segundo obstáculo seria uma questão interna brasileira. Ainda com a existência de uma lei moderna e bem desenvolvida para os refugiados (Lei nº 9.474/97), a legislação que regula o contato inicial com o imigrante em território nacional é o Estatuto do Estrangeiro de 1980, que se mostra muito contraditório com a lei de 1997 para os refugiados (BARBOSA, 2015, p. 3). Ainda, nas palavras de Barbosa (2015, p. 3):

Dessa forma temos no Brasil uma política pública voltada para a recepção, concessão e proteção dos refugiados, com grande preocupação com os direitos humanos, ao mesmo tempo em que temos uma lei voltada para as questões de segurança pública e segurança nacional que cria amplos empecilhos na recepção de estrangeiros no país.

Jubilut (2007, p. 202), ao tratar do tema ora em tela, ressaltou como uma iniciativa moderna no que diz respeito à garantia dos direitos dos refugiados, que está diretamente ligada com a criação de novas parcerias entre os Centros de Acolhidas para Refugiados da CASP (Centro de Acolhida para Refugiados em São Paulo) e CARJ (Centro de Acolhida para Refugiados no Rio de Janeiro) juntamente com o governo brasileiro. Ainda, Jubilut (2007, p. 203) destaca:

A CASP logrou, em 2004, o estabelecimento de um convênio com a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, pelo qual houve o fortalecimento da equipe no Centro de Acolhida para Refugiados da CASP, a fim de ampliar a divulgação do tema dos refugiados e solicitantes de refúgio de seus direitos e de defesa da sua cidadania.

Ademais, no que tange às políticas públicas brasileiras de amparo ao refugiado, é importante destacar 3 itens principais, os quais se referem à moradia, saúde e alimentação, conforme se demonstra a seguir. Referente ao direito à moradia há que se evidenciar que isso é assegurado ao refugiado por meio de abrigos públicos, mantidos pelas Prefeituras e pelos Governos dos Estados, e Albergues conservados por ONGs. Após ser reassentado, o refugiado pode ter o aluguel de sua residência pago pelo ACNUR por algum período de tempo. Ainda, quando se fala na assistência ao direito à alimentação, efetiva-se através de parcerias entre ONGs e SESC (Serviço Social do Comércio). Essa parceria resultou na proposta de alimentos a baixo custo para os refugiados e ainda com descontos consideráveis nos valores das refeições. Além disso, quando se fala em assistência ao direito à saúde, com base na Constituição Federal,

todos os estrangeiros que se encontram no Brasil têm assegurado o direito de atendimento em hospitais públicos. O ACNUR fornece verbas para aquisição de medicamentos e os entrega para as ONGs, que, após análise da situação dos refugiados, fornecem a eles esses medicamentos (BÓGUS; RODRIGUES, 2011).

Ainda, no que tange à verificação de algumas políticas públicas implementadas para os refugiados, pode-se destacar como a de maior resultado a que está relacionada ao acesso ao trabalho, tendo em vista que simultaneamente com o pedido de refúgio, a Lei nº 9.474/97 garante a emissão da carteira de trabalho para o solicitante de refúgio, conforme seu artigo 6º, que preceitua: “o refugiado terá direito, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem” (BRASIL, 1997)

Annoni e Valdes (2013, p. 161) citam algumas iniciativas públicas que, se fossem implementadas no Brasil, poderiam reduzir essa espécie de linha invisível que afasta os refugiados do restante da população brasileira, ao passo que auxilie que a acolhida e integração dos refugiados possa ser alcançada com êxito. Ainda,

na área da saúde, a garantia de atendimento integral aos refugiados, incluindo-se a saúde psicossocial. Na área do trabalho, a criação de condições para a abertura de vagas nas frentes de trabalho. Quanto à educação, a criação de mecanismos para acelerar o processo de revalidação de diplomas e documentos universitários. No tocante à integração social, necessária a garantia da igualdade de acesso entre nacionais e refugiados nos programas e benefícios do Sistema Único de Assistência Social e na Política Nacional de Assistência Social, definindo mecanismos apropriados para o acesso dos refugiados e refugiadas aos benefícios de prestação continuada (BPC), previstos na Lei Orgânica de Assistência Social (ANNONI; VALDES, 2013, p. 162).

Sendo assim, essas políticas devem ser realizadas a partir de valores éticos, ressaltando que o objetivo principal deverá ser o de colaborar com a conservação dos direitos fundamentais e o respeito da dignidade humana dessas pessoas. Contudo, a responsabilidade não pode ser destinada somente ao poder público, ao passo que entende-se que o respeito à dignidade humana é dever de todos, carecendo a sociedade civil de um modo geral, além de cobrar e fiscalizar a implementação das políticas propostas, agir com espírito humanitário, para a efetivação dessas ações, consoante com suas possibilidades (ANNONI; VALDES, 2013, p. 162).

Apesar das diversas dificuldades econômicas, o Brasil tem a possibilidade de receber e proporcionar oportunidades àqueles que pretendem aqui se manter. A sociedade brasileira com diversas etnias é a consequência de uma combinação de pessoas

com diversas nacionalidades, o que torna aberta e flexível em relação a entrada de refugiados e imigrantes em geral no Brasil. Ademais, no período da ditadura militar, que ocorreu do ano de 1964 a 1985, grande parte da elite brasileira foi exilada, sendo assim, solícita à necessidade de receber e defender aqueles que precisam escapar de perseguições e à modificação do território nacional em um espaço humanitário (ANDRADE; MARCOLINI, 2002).

Ainda, é de extrema valia trazer o pensamento de Bauman, no que diz respeito ao preconceito encontrado pelos refugiados quando chegam a um país estranho. Nas palavras do autor (2017, p. 14):

Refugiados da bestialidade das guerras, dos despotismos e da brutalidade de uma existência vazia e sem perspectivas têm batido à porta de outras pessoas desde o início dos tempos modernos. Para quem está por trás dessas portas, eles sempre foram- como são agora- estranhos. Estranhos tendem a causar ansiedade por serem "diferentes"- e, assim, assustadoramente imprevisíveis, ao contrário das pessoas com as quais interagimos todos os dias e das quais acreditamos saber o que esperar. Pelo que conhecemos, o influxo maciço de estranhos pode ser o responsável pela distribuição das coisas que apreciávamos, e sua intenção é desfigurar ou abolir nosso modo de vida confortavelmente convencional [...].

Contudo, a realidade dos refugiados está longe de ser perfeita, ou seja, ainda tem muito a ser feito, tendo em vista que, apesar da preocupação do governo brasileiro, há inúmeros refugiados que vivem imersos totalmente na marginalidade social. Isso ocorre pelo fato da demora na responsabilização do Estado na criação de políticas públicas para refugiados. Independentemente das ações acima mencionadas relativas às políticas públicas para os refugiados, essas medidas ainda não se fazem suficientes na medida em que se leva em consideração o tamanho da dificuldade que os imigrantes deslocados forçadamente encaram, em torno de preconceitos, discriminações, burocratização de atendimentos e ausência de informações. Sendo assim, é fundamental a cooperação do governo juntamente com a sociedade civil organizada (ANNONI; VALDES, 2013, p. 158).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o período de guerras, os direitos humanos passaram a ser obrigação e responsabilidade dos Estados para com os seus indivíduos, buscando efetivamente proteção à dignidade da pessoa humana. Para tanto, esses direitos não podem, de forma alguma, ser renunciados por parte do indivíduo e nem doados para outrem, trata-se de direito personalíssimo e indisponível, e o grande marco da história que consolidou isso foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Viu-se, também, os conceitos de refugiado, asilado e imigrante e constatou-se que se tratam de três institutos diferentes, cada um com suas peculiaridades e fundamentações jurídicas. Porém, a principal semelhança entre eles dá-se em relação aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, pois qualquer que seja a situação em que o indivíduo se encontre, independente da sua entrada no país seja irregular ou não, a eles é dada a proteção necessária para resguardar sua vida e segurança, a fim de efetivar os direitos a eles inerentes.

Ainda, quando se estudou a lei brasileira sobre os refugiados, viu-se como um grande progresso em relação ao sistema internacional de proteção aos refugiados, pois criou um método célere, moderno e organizado, por meio da criação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão que analisa as solicitações de refúgio, que junta as necessidades dos refugiados e do governo e dessa forma amplia os pressupostos para o reconhecimento do status de refugiado, além de ampliar o conceito de refugiado, abrangendo um número maior de pessoas.

Contudo, a criação do Conare foi umas das principais inovações da Lei 9.474/97, pois nela foi deliberado um órgão nacional especialmente voltado para tratar sobre a temática dos refugiados, com o intuito de analisar os pedidos de solicitações, e deferir ou não tais pedidos.

Mesmo o Brasil sendo um país solidário, um dos únicos a ter uma legislação própria e moderna para tratar da temática dos refugiados, quando os refugiados adentram ao território nacional é que percebem que são diversas as dificuldades encontradas, seja pelo fato de não dominarem o idioma, pelo preconceito da população brasileira local, pelas dificuldades para encontrar emprego ou ainda por problemas em se adaptarem a uma realidade cultural tão diferente.

Entretanto, percebe-se que ainda se faz necessária a implementação de novas políticas públicas para que haja efetivamente a realização dos direitos dos refugiados previstos na Lei 9.474/97. O Brasil já conta com políticas públicas relativamente boas para os refugiados, como o programa brasileiro de reassentamento, por exemplo, que possui um caráter completamente voluntário e busca disponibilizar ao refugiado uma nova oportunidade de integração social. Também foram vistas algumas políticas públicas principais, as quais se referem à moradia, saúde, alimentação e direito ao trabalho.

Desta forma, conclui-se que, embora haja políticas públicas brasileiras de amparo e apoio aos refugiados, estas não se fazem suficientes para suprir todas as suas necessidades, tendo em vista que grande parte dos refugiados brasileiros não possuem atividade laboral amparada pela CLT e acabam por exercer trabalhos informais sem qualquer resguardo aos seus direitos. Sendo assim, cabe ao Estado Brasileiro criar

novos meios de integração desses refugiados recém-chegados com a população brasileira. É dever do governo brasileiro não apenas “arrecadar” um número tão grande de refugiados, mas ter a consciência de que todos esses refugiados reconhecidos – e que até o ano de 2016 já eram mais de 9 mil – necessitam efetivamente de cuidados especiais. É preciso que o governo brasileiro comece a enxergar esse assunto com outros olhos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José H. Fischel de; MARCOLINI, Adriana. A política brasileira de proteção e reassentamento de refugiados – breves comentários sobre suas principais características. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 45, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000100008>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ANNONI, Dannielle e; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá, 2013.

ÁVILA, Carlos Frederico Domínguez. Tomando o céu de assalto: Apontamentos sobre refúgio no Brasil. **Hegemonia – Revista Eletrônica de Relações Internacionais do Centro Universitário Unieuro**, Brasília, v. 18, ago./dez. 2015.

BARBOSA, Raul Felix. Reassentamento solidário e políticas públicas para refugiados do Brasil. **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, v. 13, n. 2, jul./dez. 2015, p. 3. Disponível em: <<file:///C:/Users/Di%C3%A1dine/Desktop/Material%20TCC/3398-16898-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BEZERRA, Maria Telma. **O Refúgio e a proteção dos direitos humanos no Distrito Federal**: um estudo sob a perspectiva das políticas públicas. 2013. 160 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Centro Universitário – Unieuro, Brasília, DF, 2012, p. 64. Disponível em: <[http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/mestrado/biblioteca/\(Maria%20Telma%20Bezerra\)%20O%20REF%20DAGIO%20E%20A%20PROTE%C7%C3%20DOS%20DIREITOS%20HUMANOS%20NO%20DISTRITO%20FEDERAL%20um%20estudo%20sob%20a%20perspectiva%20das%20pol%EDticas%20p%20Fablicas.pdf](http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/mestrado/biblioteca/(Maria%20Telma%20Bezerra)%20O%20REF%20DAGIO%20E%20A%20PROTE%C7%C3%20DOS%20DIREITOS%20HUMANOS%20NO%20DISTRITO%20FEDERAL%20um%20estudo%20sob%20a%20perspectiva%20das%20pol%EDticas%20p%20Fablicas.pdf)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BIAZATTI, Bruno de Oliveira. A proteção internacional dos migrantes ambientais à luz do direito internacional dos refugiados e a proteção complementar. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, v. 17, p. 4-5, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Bruno-de-Oliveira-Biazatti-A-prote%C3%A7%C3%A3o-internacional-dos-migrantes-ambientais-%C3%A0-luz-do-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-da-prote%C3%A7%C3%A3o-complementar.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BÓGUS, Lúcia Maria Machado; RODRIGUES, Viviane Mozine. Os refugiados e as políticas de proteção e acolhimento no Brasil: História e Perspectivas. **Dimensões**, v. 27, 2011, p. 105. Disponível em: <<file:///C:/Users/Di%C3%A1dine/Downloads/2585-4005-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 06 jun. 2016.

CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: conceito e extensão. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fernando Laél. A Declaração Universal de 1948 e o processo de internacionalização e universalização dos Direitos Humanos: primeiras aproximações críticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 2, p. 5, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/buscalegis9.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

FILHO, José Francisco Sieber Luz. Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SPOSATO, Karyna Batista; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. Direito Internacional dos Direitos Humanos. XXIV Encontro Nacional do Copenedi – UFS. **Anais...** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/ph-c1kv31/SM8bNNipOE1ol5KE.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NASCIMENTO, Allan Victor Coelho. Análise sobre a proteção internacional dos refugiados. **Revista Sociologia Jurídica** v. 16, jan. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 428 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 01 de janeiro de 1950. Cria o Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2eacnur.html>. Acesso em: 20 mar. 2017.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **60 anos de ACNUR perspectivas de futuro**. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público Curso Elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Sergio Henrique Leal de; HILDEBRAND, Cecília Rodrigues Frutuoso; BECK, Jucineide Carvalho da Silva. Direito Internacional dos Refugiados. **Revista de Direito**, v. 13, fev. 2008.

A(S) CRISE(S) DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E AS INSUFICIÊNCIAS DO MODELO JURISDICIONAL-ESTATAL DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: UM OLHAR A PARTIR DOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS

Ivonir Padilha

Graduado em Direito pela Universidade Feevale.

E-mail: ivonir.tece@gmail.com.

Igor Raatz

Pós-doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Professor da Universidade Feevale.

E-mail: igorra@feevale.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda os meios adequados para o tratamento de solução de conflitos e sua acuidade para uma devida solução de controvérsias através da cultura de pacificação e pela busca do diálogo. Por meio da análise dos institutos, bem como, da presente realidade do judiciário brasileiro, verifica-se a existência de muitas possibilidades positivas à aplicação destes na busca pela paz social e também a resolução das contendas. Para tanto, analisa-se os movimentos históricos de formação do Estado Moderno, para que se possa identificar as raízes de suas crises estruturais e formais. Para este trabalho foi adotado metodologicamente a pesquisa bibliográfica, sendo seus níveis os descritíveis e exploratórios. Após o estudo realizado pode-se constatar a grande necessidade, não somente de aplicação dos institutos de Arbitragem, Mediação e Conciliação como meios adequados de resolução de conflitos, mas também uma imprescindível capacitação dos profissionais, bem como, adaptações estruturais para que se possa efetivar um serviço público de qualidade e efetividade.

2 O ESTADO CONTEMPORÂNEO E SUAS CRISES

A vida em sociedade traz aos homens inegáveis benesses. Em contrapartida, pode acarretar na criação de uma série de limitações, traduzido em muitas prescrições que tendem a corrigir e manter uma certa ordem (DALLARI, 2016, p. 21). Embora os chamados contratualistas (Hobbes, Rousseau e Locke) diverjam em muitos aspectos, convergem em um: uma sociedade juridicamente organizada consiste em uma pluralidade de pessoas, um sistema de regras que regem o comportamento do grupo (ordem normativa), uma organização que garanta a realização dos objetivos comuns dos seus membros às regras impostas por aqueles que detêm o poder, feito através de um contrato hipotético entre os indivíduos de uma sociedade. Segundo a teoria contratualista, o ponto comum de todos seus pensadores é a negação de que exista um impulso que se associa de forma natural o Estado de Natureza, e existência de que somente a vontade humana é capaz de justificar a existência de uma sociedade (DE CICCIO; GONZAGA, 2011, p. 36). Os membros de uma determinada sociedade são sujeitos de junções éticas, que refletem uma correlação constante entre eles, sendo em última análise a relação jurídica, ou seja, "complexo de relações pelo qual vários indivíduos vivem e operam conjuntamente, de modo a formarem uma nova e superior unidade" (DEL VECCHIO, 1979, p. 460). Fato inconteste é que o homem não vive isolado, mas sim em união com outros seres humanos com quem ele está ligado em maneiras diferentes (solidariedade, trabalho, religião, costumes, linguagem) (JONAPA, 2012, p. 22).

A existência desses elementos qualifica uma ordem jurídica. O sistema jurídico é regido por regras cooperativas de conduta (normas legais), que visam assegurar a coexistência pacífica dos homens. Existem muitos sistemas jurídicos, como há muitos propósitos e interesses que o homem persegue e entre essas ordenações deve se enfatizar aqueles de natureza eminentemente política, que tenham um propósito geral, incluindo todos os aspectos fundamentais da convivência civil (BONAVIDES, 2016, p. 58- 60).

Pode-se asseverar que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, estando incluída a participação da consciência e da vontade humana. A sociabilidade do homem é um comportamento imperativo, não podendo se falar em homem com uma concepção de um ser isolado, devendo sempre ter a percepção de que para existir uma sociedade, necessariamente o homem deve ser sociável (DALLARI, 2016, p. 30).

Segundo De Cicco e Gonzaga (2011, p. 37), existem três teorias sobre os embasamentos da sociedade: a primeira, trata da teoria organicista, que consiste em considerar a sociedade como um corpo uno, dotado de vários órgãos, onde cada um desempenha uma função específica em prol de todos, esta é uma ideia com origem definida em Platão e sua filosofia. A sociedade aqui é considerada um todo unitário, ou seja, não se trata apenas de uma mera soma aritmética de seus componentes, mas sim como um todo vivo. Os componentes seriam titulares de tarefas morais e valores próprios (ZIPPELIUS, 1997, p. 35). Corroborando com esse modelo organicista, Del Vecchio afirma que "na sociedade pode o indivíduo integrar várias manifestações da sua vida, encontrar diversas possibilidades de atingir os seus fins, desde os mais elementares aos mais altos" (DEL VECCHIO, 1979, p. 460). A teoria organicista da sociedade peca em alguns aspectos, pois podem levar a conjecturas antidemocráticas e completamente autoritárias, uma vez que a busca apenas para o bem coletivo acaba por esmagar a individualidade, acarretando em grande irrelevância o interesse de cada componente da sociedade, em outras palavras, o governo, nesse caso, seria ditatorial (DE CICCIO; GONZAGA, 2011, p. 37).

Uma segunda teoria sobre a formação da sociedade (mecanicista), em linhas gerais, pode-se traduzir que a configuração da sociedade se dá com o liame de indivíduos, agindo por si mesmos com total autonomia e liberdade. Ou seja, a sociedade seria o resultado de uma atitude espontânea e despótica de cada indivíduo, e não como consequência da sociabilidade do homem. Muito embora essa teoria encontra-se abarcada em clássicos da ciência política, como em Aristóteles e São Tomás de Aquino, a ideia de Estado como algo natural, foi suprida pelas doutrinas dos chamados contratualistas a partir do século XVII, sob várias orientações, mas convergentes no que tange a uma,

todas afirmaram que o Estado é o resultado de uma união mecânica dos homens, desta forma dando uma visão individualista entre homem e Estado, prejudicando em muito a percepção do bem comum, sempre que haja uma possível colisão de interesses sobre o particular e o privado (DE CICCIO; GONZAGA, 2011, p. 38-40).

E, por fim, a terceira interpretação de sociedade é a junção das duas anteriores, a organicista e a mecanicista. Segundo esta óptica, o coletivo e o individual estão no mesmo plano, em uma mesma realidade. Em outras palavras, a sociedade é composta por vários indivíduos (organismos), onde cada um desenvolve seu papel para a busca de um bem coletivo, a fim de preencher as finalidades da vida em sociedade. Contudo, é necessário existir o esforço de cada indivíduo, devendo esses obedecerem a normas de conduta (mecanicismo), sob pena de total colapso da sociedade (FILOMENO, 2003, p. 28).

Uma sociedade não pode ser entendida como uma simples relação entre indivíduos, como por exemplo, uma relação de amizade, na qual é alheio qualquer elemento de cunho jurídico, contudo, existe um instituto diferente dos indivíduos que compõem uma sociedade (ROMANO, 2008, p. 77). Tendo o conceito de sociedade toda sua generalidade, pode haver toda uma gama de espécies de vínculos. Contudo, entre eles existe um que possui um caráter específico e bem definido, dotado de suma relevância, trata-se do vínculo jurídico/político que une toda aquela sociedade, motivo pelo qual os indivíduos estão ligados ao Estado. Porém, uma sociedade pode ser muito mais ampla que um Estado, como, por exemplo, a religiosa. Todavia, o Estado não representa um vínculo social mais amplo, deixando-se adstrito ao conjunto de indivíduos que estão sob os seus auspícios (DEL VECCHIO, 1979, p. 468).

O Estado é a mais importante e estável organização político-jurídica de um povo num território; essa definição, de uma forma extremamente concisa, contém os elementos essenciais e constitutivos do Estado: a) população; b) território; c) soberania. A população é formada pelos cidadãos do Estado, ou seja, por aqueles indivíduos que possuem uma relação jurídica de pertencimento ao Estado em sentido geográfico e demográfico. O território é delimitado pelas fronteiras do Estado e representa a porção de espaço físico no qual o Estado exerce a sua soberania (BONAVIDES, 2016, p. 70). A soberania, é o fenômeno do poder político e jurídico. Segundo Bobbio, o Estado é portador de *summa potestas* (BOBBIO, 2012, p. 77), que passou a usufruir do seu papel distinto de ordenamento político monopolizador de produção e aplicação da coação de forma incondicionada no povo (BONAVIDES, 2016, p. 133).

A primeira ideia moderna do Estado surge através da busca de novas concepções de mundo, fundadas na obrigatoriedade da lei, durante a idade média, restringindo a forma de um soberano. Durante esse período, com a publicação de o "O Príncipe", de Nicolau Maquiavel, que cunha o conceito de Estado como um ente uno e totalmente

soberano em seu território. Por sua vez, Jean Bodin foi o criador do conceito de soberania (RAATZ, 2016, p. 38). Para Maquiavel, o conceito de Estado sai do sentido estrito e, àquela época, atual de governo popular, passando a ter um sentido mais genérico de coisa pública. Para ser encontrado (ou refundado) e que é identificado – para essa finalidade – com a pessoa de o "Príncipe", que, a fim de construir um novo, forte e bem ordenado Estado, deve levar em conta o transporte de verdade fora da coisa, e agir em conformidade, com uma análise rigorosa da situação histórica e independentemente de todos os escrúpulos morais (SERRA, 1990, p. 11).

Tal qual Maquiavel, o jurista francês Jean Bodin, defende um método histórico, contudo com uma visão mais epistemológica, clara e desenvolvida. Bodin não só reafirma o princípio da autonomia do Estado, colocado por Maquiavel, mas elabora um conceito em que a soberania constitui o fundamento último da ideia de Estado. Soberania, para o autor, é o perpétuo e absoluto poder que é adequado para o Estado, um poder absoluto. Ou seja, dissolvido de dependência todos os poderes externos, que o soberano exerce sobre todos os indivíduos, que têm ao Estado (e ao soberano) exclusivamente a obrigação de obediência, sem direitos. Além disso, o poder é absoluto, indivisível e inalienável, porque toda a sua diminuição e limitação constituiria uma ameaça para a própria existência do Estado (SERRA, 1990, p. 136). Desta forma, o príncipe ficaria imune da autoridade imposta pela lei, uma vez que esta é atributo de quem a detém, ou seja, o príncipe como ser soberano é o legítimo detentor da lei. Ao passo que foi assentado o conceito clássico de soberania, dando ao possuidor de seu atributo, uma forma de poder absoluto de decidir sobre o conteúdo das normas, aplicando-as de forma coercitiva dentro daquele espaço territorial por ele governado. Diante disto, emerge a superação do poder eclesiástico e do império, constituindo a monarquia como uma nova forma de Estado, sendo este um ente unitário e independente, dotado de poder absoluto sobre todo o seu território, bem como sobre os que o habitam, apresentando, desta forma, o conceito de Estado Moderno, constituído por povo, território e soberania (RAATZ, 2016, p. 39). Contudo, o absolutismo de Bodin apresenta alguns limites bem objetivos, precisamente nas normas éticas (a justiça), nas leis da natureza e nas leis divinas, esses limites constituem a força da soberania, e não sendo respeitadas essas leis, não seria uma soberania, mas sim uma tirania (REALE; ANTISERI, 1990, p. 136).

2.1 PONTOS CONCEITUAIS E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO

O Estado Moderno surge como uma descontinuidade histórica, pois a concepção que lhe antecede apresenta um implacável processo de concentração do poder, num

primeiro momento, pelo monarca soberano de um determinado território. Essa evolução somente é possível através da monopolização de alguns serviços essenciais para que se possa manter seu domínio absoluto; isso somente seria plausível através de uma produção do direito através da lei, aqui se distinguindo do antigo direito consuetudinário, pois neste a produção de leis emana da vontade de um soberano, e não dos costumes, bem como o poder de aplicação, com todo o aparato para exprimir sua determinação através da coercibilidade contra os que se negam, e reformulação de ordenamentos para o recolhimento de impostos, que são indispensáveis para o efetivo exercício dos poderes do soberano (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 41). Dessa forma, pode-se dizer que o novo conceito de Estado produzido na idade média iria encontrar na soberania seu ponto nuclear, onde todo o poder, tanto de produção de leis quanto sua aplicação, era praticamente concentrado na pessoa do soberano (RAATZ, 2016, p. 40). Cabe ressaltar que a maioria dos teóricos denominam essa forma de Estado como "absolutista". Contudo, o constitucionalista português Jorge Miranda (2003, p. 42) discorda desse termo, pois, para ele, o absolutismo em sua forma pura nunca existiu, uma vez que para perfectibilizar o absolutismo seria necessário que existisse uma máxima concentração do poder na pessoa do soberano, sozinho ou com auxílio de seus ministros, onde a vontade do rei é lei, e as regras jurídicas são esparsas. Nas palavras do autor, "os exageros dos teóricos do absolutismo (que sustentam que os únicos deveres do príncipe para com os súditos ou para com o Estado são deveres morais, embora gravíssimos) como dos monarcómacos (que chegam a defender o tiranicídio)".

Partindo da premissa dominante, a primeira forma de Estado Moderno foi o absolutismo, em que todo o poder político, administrativo da sociedade se concentrava na figura do próprio Estado, este representado pelo soberano, que possuía um poder ilimitado e direto, concentrando em si todas as funções de um estado, ou seja, naquela forma absolutista, o soberano resguardava para si as funções de administrar, produzir leis e aplicar as sanções previstas nas leis por ele criadas. Desta forma, juntamente com o conceito de soberania surgia também o de Estado Moderno, já assentado sobre os três pilares, povo, território e soberania de seu governo (RAATZ, 2016, p. 40).

Segundo Dallari (2016, p. 77), um dos testemunhos históricos do Estado Moderno e seu surgimento são os tratados de paz de Westfália, que é uma região do oeste germânico. Esses tratados foram celebrados no ano de 1648, assinados nas cidades de Osnabrück e Münster. Foram dois tratados que puseram fim na "guerra dos trinta anos", que se tratava de uma grande sequência de conflitos armados que envolviam várias disputas de território. Com a assinatura dos referidos tratados, seus signatários - França, Império Germânico, Espanha e Províncias Unidas (Países Baixos) - reco-

nheceram os limites territoriais pertencentes a cada Estado, onde o monarca deveria respeitar os limites territoriais alcançados por sua soberania. Em outras palavras, os tratados de Westfália tiveram o caráter de documentar a existência do chamado Estado Moderno com as atuais características, baseadas em um governo soberano dentro de sua territorialidade e sobre seu povo.

2.2 ELEMENTOS MATERIAIS PARA A EXISTÊNCIA DO ESTADO MODERNO

Faz-se necessário estabelecer uma distinção entre povo, em sua concepção jurídica e política, e população. Segundo a concepção jurídica, povo é o somatório de todos os indivíduos ligados por sua nacionalidade ao Estado, independentemente de sua localização, se no interior ou exterior do Estado, dando a estes o conceito de nacionalidade, excluindo desta forma os apátridas e os estrangeiros. No sentido político, a concepção é ainda mais restritiva, pois nesse campo insere-se a cidadania, não basta aqui ser nacional, a nacionalidade é um pressuposto ou condição necessária, contudo, não é suficiente para se alcançar o status de cidadão, tem que haver a cidadania. No Brasil, por força da Constituição, a idade é um empecilho relativo para a cidadania, uma vez que somente é alcançada aos dezesesseis anos, conforme o art. 14, §§ 1º, II, c e 2º da Constituição Federal; contudo, não é o único grupo de nacionais com restrições relativas, existem aquelas impostas aos militares previstas no artigo 14 § 8º, e ainda as originárias do artigo 15, que preveem a cassação dos direitos políticos, ou seja, com uma certa restrição; desta forma, o povo político é aquele coberto pela cidadania, que por força do artigo 14, §§ 1º, I e 3º, VI, a e d, podem ser alcançados pelos apátridas e estrangeiros (ACQUAVIVA, 1994), diferentemente de população, que é uma concepção econômica e estatística, sendo mais amplo o seu conceito, pois abrange, não só o povo político, mas também os estrangeiros dentro do território do estado (FRIEDE, 2000, p. 33).

Considerado um elemento essencial para a constituição de um Estado Moderno, o território é entendido como o espaço físico (*locus*) onde se constitui o povo e onde é aplicado o ordenamento jurídico estatal. Tradicionalmente, o território cumpre duas funções, uma negativa e outra positiva. Negativa porque exclui seu povo de toda e qualquer autoridade que não seja a do seu estado; por outro lado, a função positiva garante que todos que se encontrem dentro de seu espaço fiquem sujeitos a sua autoridade (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 170).

Um território delimitado é essencial para a unidade do Estado, sendo considerado o espaço onde o próprio Estado pode exercer suas funções de regulação. Para Zippe-lius (1997, p. 108), "o Estado Moderno é uma corporação de base territorial". Segundo

Acquaviva (1994, p. 30), no território o Estado exerce o seu poder prevendo uma possibilidade de, a qualquer momento, vir a utilizar a força para ver suas determinações serem cumpridas por seu povo, assim como, para se proteger de possíveis ameaças externas, o poder de, inclusive, usar a força bélica para proteger e impor respeito aos demais estados.

O território de um Estado não está baseado apenas em terra firme, há de se levar em conta as águas nele compreendidas, "o mar territorial, o subsolo e a plataforma continental, bem como o espaço aéreo." Além desses já nominados, e precisamente sobre o território nacional, a Constituição Federal e a legislação ordinária pátria assevera que constitui território brasileiro: a) solo, é a porção de terras visíveis e delimitadas pelas fronteiras com outros Estados; b) subsolo, é a porção encoberta pelo solo com as mesmas proporções; c) espaço aéreo (BONAVIDES, 2016, p. 95), é a coluna imaginária de ar que acompanha o contorno do solo; d) aeronaves e embarcações militares, não importa em que parte do globo terrestre se encontrem, sempre compõem o território do Estado; e) aviões e navios de uso comercial, em sobrevoo ou navegação sobre o território estatal, esses não pertencem a outro Estado, f) mar territorial, atualmente é adotado o limite de 12 milhas para a defesa do estado e 200 milhas para exploração comercial (DE CICCIO; GONZAGA, 2011, p. 48-49). De igual forma se levado em consideração que as sedes diplomáticas (embaixadas), bem como as sedes comerciais (consulados) presentes em Estados estrangeiros são, de acordo com a doutrina majoritária, considerados territórios do Estado ali recepcionado, podendo exercer plenamente sua jurisdição dentro daquele espaço predefinido (FRIEDE, 2000, p. 29).

3 A CRISE NA JURISDIÇÃO E NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS VOLTADAS A SUPERÁ-LA

Um Estado Democrático moderno consagra uma divisão clássica de funções atribuídas ao próprio Estado, funções essas que são decorrentes de sua própria soberania. Essas funções, legislatórias, administrativas e jurisdicionais, servem ao Estado para que ele alcance seus fins para garantir a organização e o equilíbrio da estrutura estatal (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 105). Sempre que se busca o conceito de jurisdição no Estado moderno, tenta-se equiparar o direito à norma elaborada pelo legislador, que quando não observada pelo jurisdicionado, a ele é aplicada em forma de sanção (SILVA; GOMES, 2006, p. 61). Ao analisar a jurisdição não se deve estudá-la apenas pelo aspecto formal, pois a jurisdição é muito mais que apenas a realização do direito por parte dos juízes representando o Estado. A atividade jurisdicional assenta o direito positivo e todo o ordenamento jurídico e seu funcionamento, vinculando e

assegurando que os princípios e valores fundamentais sejam aplicados de maneira que a equidade prevaleça sempre (BETIOLI, 2013, p. 243).

É dever do Estado garantir a aplicação da justiça, sendo vedado o exercício da autotutela (justiça com as próprias mãos). Ou seja, sempre que houver um direito ou interesse violado cabe ao jurisdicionado deduzir em juízo uma lide, provocando o Estado para que na forma da lei decida segundo as regras do ordenamento jurídico, prevalecendo a pretensão considerada pelo juízo como mais justa (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 104). O ato jurisdicional é praticado pelo Estado, personificado pelo juiz. O seu dever é aplicar a lei ao caso concreto com imparcialidade total, sendo que o juiz deve ser completamente estranho aos interesses dos tutelados para que se possa garantir uma aplicação da lei com completa isonomia aos jurisdicionados (SILVA; GOMES, 2006, p. 75).

O direito fundamental de acesso à justiça prescinde de lei para que se possa fixar uma estrutura dos órgãos que prestam esse serviço essencial ao cidadão; necessita, também, de normas processuais que possam possibilitar uma solução adequada de conflitos pelo Estado (MENDES; BRANCO, 2014, p. 160). A Constituição Federal de 1988 não se limitou em garantir a todos o direito de demandar em juízo. A leitura do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna traz a expressão que nenhuma lesão ou ameaça ao direito deixará de ser pelo Estado solucionada. Ou seja, com esse dispositivo legal foi positivado de forma ampla e irrestrita o acesso à justiça por todos os cidadãos (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 114). Em outras palavras, para o cidadão não basta que a constituição lhe dê uma simples cobertura formal, mas garantir que seu direito material não lhe seja ameaçado (CANOTILHO, 1999, p. 109).

O acesso à justiça possui duas finalidades básicas para a efetivação do sistema jurídico. Primeiramente, é o sistema pelo qual o cidadão reivindica direitos para resolver seus litígios sob a proteção estatal; para que isto ocorra, torna-se imperioso que o sistema seja acessível de forma completamente igualitária a todos os indivíduos. Segundo, o sistema de acesso à justiça deve produzir resultados que busquem justiça tanto individual quanto na esfera social (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 8). O reconhecimento e fortalecimento da ideia de um Estado social, onde o Estado reconhece uma função fundamental de promoção da realização plena de todos os valores humanos. Nessa senda, pode-se destacar a função pacificadora da jurisdição como um fator para a eliminação de litígios entre seus cidadãos. Por outro lado, é necessário fazer com que o processo seja muito mais efetivo para que se possa, enfim, realizar a justiça. Tem-se que o objetivo principal do Estado na contemporaneidade é o bem comum, uma justiça pacificadora (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 33).

Com a percepção da falta de estrutura do próprio Estado e sua crescente falha na prestação jurisdicional em sua função social, acompanhado da total morosidade do

poder subscrito (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 106), se vem buscando, através de políticas públicas, elaboradas pelo Judiciário, meios que possam ser alternativos (embora a expressão não seja a mais adequada) (WATANABE, 2014, p. 5) para a efetivação dos serviços indispensáveis aos cidadãos. Uma vez que o longo tempo de tramitação de um processo judicial tem o poder de gerar angústia e incredulidade aos tutelados, sendo completamente inimigo da função pacificadora exercida pela jurisdição. O ideal seria a pronta resposta aos jurisdicionados quando estes apresentassem seus conflitos em juízo, contudo, a impossibilidade desse anseio gera o total enfraquecimento sistêmico (ASSIS, 2015, p. 83).

A proteção jurisdicional e suas crises (que foram criadas e aumentadas diante do crescente movimento de globalização, tanto cultural, quanto política e econômica), são decorrentes de uma crise estatal e seu aparelhamento, pois o Estado entrou deliberadamente em um processo de enfraquecimento, e as crises decorrentes deste enfraquecimento são transferidas a todas suas instituições, uma vez que, o Direito conhecido e aplicado de forma imediata é posto pelo Estado (textos escritos pelo Legislativo) e suas normas aplicadas pelo Judiciário. Partindo-se dessa premissa, pode-se afirmar que existe uma forte crise na jurisdição, essa advinda de uma crise institucionalizada no Estado, pois sua perda gradativa de soberania e incapacidade de prover respostas rápidas aos crescentes litígios, bem como sua inabilidade em enfrentar os desafios em todas as esferas do poder, decorrente de sua perda no monopólio, quase que total, de pronunciar e aplicar o Direito. O judiciário, enquanto uma estrutura profundamente hierarquizada, orientada por uma lógica racional e legal, se vê compelido a criar políticas públicas para que se possa enfrentar o desafio de buscar novos métodos de efetivar e aumentar os limites da jurisdição, modernizando suas estruturas, organizando e revendo padrões para que se sua sobrevivência como um poder autônomo e independente seja duradoura (SPENGLER, 2011, p. 10-11).

Embora haja uma certa resistência, tanto por parte dos integrantes do judiciário (advogados, defensores, promotores e juízes), quanto por parte dos jurisdicionados, os chamados "meios alternativos de tratamento de conflitos", muito particularmente os métodos consensuais (que por muito tempo foram considerados mecanismos menos nobres de efetivação do direito) hoje já são institucionalizados em nosso ordenamento jurídico, possuindo um caráter de efetivação e celeridade processual sendo um capítulo importante no processo civil, e não mais um prolongamento dele a ser estudado (WATANABE, 2014, p. 01). Ainda que hoje esteja novamente normatizado em nosso ordenamento, os chamados "meios alternativos", podendo destacar a Arbitragem, Mediação e Conciliação, ainda se busca uma tradição de resolução dos conflitos fora das vias judiciais, já que existe uma cultura no mundo ocidental de le-

var as suas discussões para o Estado resolver, sem conjecturar uma outra forma de deliberar (SERPA, 1999, p. 66). Os chamados "meios alternativos" para a resolução de conflitos, devem ser estimulados, não como solução para a crise da morosidade, mas também como uma alternativa de desafogar o judiciário, reduzindo a quantidade de processos que se acumulam, propiciando ao jurisdicionado um tratamento mais adequado, sobretudo aos interesses que ocorrem dentro da sociedade. A redução do número de processos será o resultado necessário diante o êxito da adoção de tais meios. Para a resolução de muitos desses conflitos, pela sua natureza e ou especificidade, é mais adequado submetê-los a técnicas alternativas, especialmente a mediação e a conciliação, do que a sentencial (WATANABE, 2011, p. 03).

Os "meios alternativos" de tratamento de conflitos ou Alternativas para Resolução de Disputas – *Alternatives for Dispute Resolution* (ADR), não são novidades, muito ao contrário, na antiguidade, os chineses, com forte influência pelo filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como forma de resolução de seus conflitos internos, pois o filósofo "acreditava que existia uma possibilidade dos homens construir o paraíso na Terra desde que o homem pudesse entender e resolver pacificamente seus problemas." Confúcio acreditava que existia uma harmonia natural nas questões humanas e elas não deveriam sofrer qualquer interferência, sobretudo com procedimentos adversariais. Aliás, historicamente, no oriente, são muito difundidas as técnicas consensuais de resolução de conflitos; no Japão por exemplo, existe a figura de um mediador em todas as comunidades, tratado como líder, cuja sua função principal é encontrar soluções consensuais entre os conflitantes antes que a disputa siga seu caminho aos tribunais (SERPA, 1999, p. 67-68).

A resolução consensual de conflitos não restringia apenas ao Oriente, são encontradas em outras culturas, podendo destacar os "pescadores escandinavos, tribos africanas e em Kibutzim israelitas"; todas essas culturas possuíam um elemento comum, sempre se buscava a paz e a harmonia através de uma solução consensual, em detrimento do conflito (FALECK; TARTUCE, 2014, p. 76). Diante da insatisfação dos chamados meios formais para a solução dos conflitos, na década de sessenta, a sociedade americana iniciou uma pesquisa buscando métodos diferenciados para a resolução de conflitos, contudo seu trabalho somente começou a dar resultados somente vinte anos após, quando enfim as '*Alternatives for Dispute Resolution*' começaram a prosperar e se espalhar por todos os continentes. O Canadá, logo após a experiência americana em ADR, iniciou suas pesquisas com a aplicação da técnica em mediações familiares, redundando em um grande programa estatal "*Court Connected Mediation*" que significou que os tribunais canadenses começaram a recomendar as mediações como uma fase preliminar às decisões judiciais. Em 1990, foi fundado em

Londres o *'Center for Dispute Resolution'* (CEDR), baseado nos mesmos métodos empregados pelos norte-americanos. No Reino Unido as pesquisas também floresceram com a criação do *Advisory Conciliation and Arbitration Service*, que incluíram também a necessidade de formar os chamados *'trouble-shooter'* (abatedor de problemas). Na França, a chamada ADR possuía traços próprios, uma vez que a mediação sempre foi difundida entre os franceses, que possuem uma tradição de resolver suas contendas que estejam relacionadas com as atividades comerciais e empresariais através da negociação (SERPA, 1999, p. 71).

Ainda em nível europeu, o sistema processual civil inglês é regido pelas regras do chamado *Civil Procedural Rules*, o que significa que desde sua implantação, em 1998, os capítulos II e V do CPR, transformaram o processo civil britânico, que antes tinha um sistema antagonista para um modelo cooperativo. Em linhas gerais, os princípios centrais do *Civil Procedural Rules* são apresentados na primeira parte das CPR, e são chamados de Objetivo Preponderante. Um dos princípios apresentados é o da proporcionalidade, o qual se trata de um conceito amplo que visa controlar a distribuição dos processos dentro do judiciário, determinando a intensidade com que uma demanda será preparada. O foco do processo é a busca pela cooperação entre as partes, seus advogados e o tribunal, especialmente no que diz respeito à gestão do processo, as partes envolvidas devem concentrar suas atenções no conflito. Os tribunais devem, desde o começo do processo, determinar datas e horários para os procedimentos, evitando assim a demora processual e, conseqüentemente, seu custo (ANDREWS, 2009, p. 28).

O movimento de ADR vem crescendo sobremaneira em várias nações, na Austrália, por exemplo, os chamados *Australian Commercial Disputes Centers*, têm se espalhado por todo seu território, buscando a resolução consensual de disputas comerciais. A organização de ADR no Oriente Médio também tem sido muito propagada, inclusive, em 14 de julho de 1994 foi criada uma instituição *'The World Intellectual Property Organization'* (WIPO), com o objetivo de realizar a resolução de conflitos internacionais que envolvam a propriedade intelectual. Na Coreia são oferecidas três modalidades de ADR. O compromisso (trata-se de uma forma mais elaborada de conciliação). A mediação, oferecida de forma administrativa pelos tribunais e a arbitragem. Em Hong Kong, há um crescente número de litígios industriais que abarrotam os tribunais locais, onde o *Hong Kong International Arbitration Center*, criado em 1985, oferece os serviços de mediação e arbitragem, usado em larga escala desde então. No México existe um grande número de agências *North American Free Trade Agreements* (Naf-tas) que também oferecem serviços de mediação e arbitragem. Na América do Sul, vários países vêm apresentando um desenvolvimento de maneira considerável nas

chamadas alternativas de resolução de disputas, e se pode destacar a Argentina que, inclusive, reconheceu a profissão de Mediador de Conflitos, em 1996, através da Lei Federal 24.573, regulando as atividades e questões éticas da profissão; a organização judiciária portenha exige que a maioria dos casos em contendas judiciais sejam submetidas à mediação antes de seu julgamento. Na Bolívia, em 1993, já havia um esboço de aplicação de ADR, através de uma nova norma constitucional. No Uruguai, a constituição de 1997 já trazia em seu texto a obrigação de a conciliação ser o primeiro passo antes do litígio, isso em todos os casos cíveis (SERPA, 1999, p 73-75).

As raízes no campo de resolução de conflitos são multidisciplinares e aos poucos foi se moldando, pois, cientistas sociais que consagravam seus estudos acerca do tema se aproximaram do campo jurídico e surgiram alguns juristas-sociólogos, sobretudo, na escola do realismo jurídico norte americano, que também passaram a se debruçar sobre a temática. Esse movimento norte-americano, com o estudo sobre "direito em ação", com propostas de uma avaliação das instituições jurídicas, provocaram mudanças com o intuito de facilitar o trato de "conflitos sociais e disputas individualizadas" (FALECK; TARTUCE, 2014, p. 173).

A *Law Reform Commission*¹ observou que enquanto processos que buscaram as vias alternativas de resolução de disputas, tais como a mediação e conciliação, devem constituir parte integrante de um sistema de Justiça civil moderna no fornecimento de maior acesso à justiça, esses processos só devem ser usados em casos apropriados. Além disso, o papel do advogado não deve ser negligenciado em relação à avaliação da adequação das alternativas para resolução de disputas, pois muitos litigantes podem não estar cientes de todo o espectro ligado à resolução de litígios (LAW REFORM COMMISSION, 2010, p. 11).

3.1 POLÍTICAS JUDICIÁRIAS NA BUSCA DE UM TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS

No Brasil, pode se dizer que o primeiro movimento para a implementação das chamadas alternativas de resolução de disputas se deu em 1996, com o advento da Lei 9.307 (Lei da Arbitragem), atualizada com a Lei 13.129/15, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir os conflitos resultantes de conflitos patrimoniais disponíveis. Sem dúvida, foi um grande avanço para a resolução não adversarial de conflitos. Contudo, por ser um meio autônomo e independente, seu elevado custo acabava por

¹ Trata-se de uma comissão estabelecida pelo governo da Irlanda, é um órgão estatutário independente, o seu papel principal é manter as leis em constante aprimoramento trazendo propostas de reforma. Desde sua criação, a Comissão publicou mais de 150 documentos (documentos de consulta e relatórios) contendo as propostas de reforma da lei, e estes estão disponíveis em www.lawreform.ie. A maioria destas propostas conduziram à reforma da legislação.

afastar as classes menos favorecidas de tal meio (SERPA, 1999, p. 76). Com o crescente desenvolvimento da sociedade, ocorreu o fenômeno dos chamados conflitos de massa, sobretudo, decorrente do intenso crescimento do mercado de consumo. Notadamente aquele modelo de tutela individual de proteção aos direitos e o acesso à justiça não correspondiam mais com as necessidades advindas com a modernidade, diante disto, foi necessário a ampliação do conceito de acesso à justiça, ou seja, a chamada "segunda onda de acesso à justiça." No Brasil, através da promulgação da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), por meio da instituição de ações coletivas que visavam tutelar os direitos metaindividuais e indivisíveis, como por exemplo, os direitos relacionados com o meio ambiente e direitos do consumidor. Paralelamente, surgiu a Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, que instituiu os Juizados Especiais de Pequenas Causas, que ampliaram sobremaneira o acesso à justiça, permitindo que as pessoas pudessem resolver de forma muito mais célere as contendas de menor valor e complexidade (TOSTA, 2014, p. 269).

Com o crescente número de processos e buscando uma melhor representação dos "interesses públicos", torna-se essencial aprimorar, de forma significativa, o acesso à justiça; os programas de gratuidade da justiça, já implantados aos que não possuem condições financeiras para custear um processo, são de grande valia, mas por si só não produzem os efeitos esperados, é necessário um olhar diferenciado, buscando um constante aprimoramento dos órgãos judiciários e seu alcance deve ser muito maior. A chamada "terceira onda de acesso à justiça" deve garantir aos jurisdicionados também o acesso amplo e irrestrito à instituições, mecanismos e procedimentos que garantam que suas contendas sejam trabalhadas a fim de chegar a uma auto-composição entre as partes, seja de maneira judicial ou extrajudicial (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 67).

Desde o final da década de 1980, houve um fenômeno de expansão global do poder judiciário, que se deu em três formas distintas: a) garantias de direitos; b) controle da legalidade, bem como do abuso de poder; c) e judicialização da política (essa compreendida como uma forma de combater a corrupção, bem como, a busca por uma resposta judicial à insensibilidade ou incapacidade do poder público em prover os direitos fundamentais e atender às crescentes demandas sociais) (GORETTI, 2017, p. 50).

Desde então se vê uma reiterada necessidade de instigar novos paradigmas para o poder judiciário, na busca de uma situação satisfatória para resolução das controvérsias, tendo em vista a crescente falha dos serviços jurisdicionais, uma vez que o acesso à justiça foi elevado a direito fundamental, deixando de ter o caráter assistencial antes concebido (SILVA, 2005, p. 21). O acesso ao direito na contemporaneidade é condiciona-

do a vários pressupostos, muitos deles extrajurídicos, consequentemente, o ideal para a plena realização do direito, como meio de pacificação e harmonização social, depende de vários mecanismos em que o Estado, por força constitucional deve prover. Um dos primeiros pressupostos para o acesso ao direito está intrinsicamente ligado à educação, pois os cidadãos necessitam ter a consciência dos seus direitos e deveres sociais, bem como entender os direitos fundamentais, os quais devem ser completamente respeitados por todos. Outro pressuposto extrajurídico de acesso ao direito é a oferta a todos os cidadãos de condições mínimas de sobrevivência, bem como a existência condigna de emprego, habitação e saúde. Um outro pressuposto é a necessidade de fortalecer os vínculos associativos, uma vez que muitas vezes o cidadão não consegue se defender sozinho das ameaças de lesões ao direito. Um quarto pressuposto seria o encargo estatal no cumprimento de suas obrigações para com os cidadãos, assim como a transferência, por parte do Estado, aos cidadãos, a possibilidade de resolver questões e influir em decisões do poder público, através de seu direito de participação democrática (GRECO, 2015, p. 11-13). A persistência em analisar o direito sob uma dimensão de efetividade restritiva de acolher apenas o desígnio jurídico, sem atender ao escopo social de eliminação das insatisfações, faz com que os cidadãos sintam-se desacreditados quanto ao exercício e ao respeito da própria cidadania (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 30).

Existe, ainda, uma visão um tanto deturpada de que a justiça deveria ser a guardiã das liberdades individuais e dos direitos de todos os cidadãos. O acesso ao direito depende também da oferta do Estado de serviços de aconselhamento jurídico aos pobres no que tange aos seus direitos e deveres individuais. Um último pressuposto seria o acesso a um tribunal imparcial, antecipadamente constituído pela lei competente, a fim de resolver qualquer conflito a ele levado de forma célere, respeitando os interesses que se afirmem juridicamente protegidos (GRECO, 2015, p. 14).

Entretanto, o que denota da atual conjectura, é que a mudança nos paradigmas, tão necessários, está acontecendo não em busca de assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos em terem um judiciário mais célere e justo, nem pela necessidade de encontrar um modelo capaz de assegurar uma solução mais eficaz para a solução de conflitos. Pelo contrário, essa mudança paradigmática está se dando tão somente pelas necessidades financeiras das instituições (SILVA, 2005, p. 22).

As implicações concretas das crises de legitimidade e supremacia, por parte do estado e sua matriz organizacional, em termos de proliferação de conflitos e também de novas formas de atuação política, acabaram por obrigar o Estado a buscar e promover invariavelmente adequações no que tange à sua organização político-administrativa e socioeconômica do país, sem conseguir suplantam as próprias contradi-

ções em que tal aparelhamento se assenta. Diante desse processo de ajuste, a lacuna apresentada pelo sistema jurídico e os conflitantes em uma sociedade em constante transformação, ficou muito mais evidente, pois as já tradicionais dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário, para se adaptar a essa constante mudança, conduziram a uma profunda desconfiança por parte dos jurisdicionados, tanto na objetividade das leis e critérios de justiça, quanto à sua eficácia (FARIA, 2002, p. 17).

Neste cenário ampliado pelas modificações, readequações e repercussões, o sistema jurídico pátrio busca, em suas origens, novas/antigas práticas para ofertar aos cidadãos maneiras mais adequadas para o enfrentamento e tratamento dos conflitos. Nessa ânsia de oferecer respostas qualitativa e ao mesmo tempo quantitativa para o enfrentamento às demandas, o Poder Judiciário passou por uma reforma conduzida pela Emenda Constitucional 45 de 2004, que vale referir, foi apenas uma tentativa de entregar à população um judiciário mais célere (BOLZAM DE MORAIS, 2011, p. 37). Importante citar que a referida EC/45 teve um fundamental papel na busca pela solução das crises estruturais do judiciário, pois foi através dela, com a introdução do art. 92, I, A, que foi criado no país o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão este vinculado diretamente ao Poder Judiciário, e com a característica principal de controlar externamente a administração do poder judiciário, mas também com o fito de criar políticas públicas judiciárias, através de resoluções por ele editadas (GRECO, 2015, p. 21).

Com este escopo foi elaborada a Resolução nº 125 em 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça que em sua ementa traz a disposição "sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário" (BRASIL, 2010) a qual tem como objetivo a promoção de meios que sejam mais efetivos para que se possa cumprir de uma maneira mais adequada o tratamento de conflitos sociais gerados pela própria sociedade. Contudo, para que isso se efetive é necessária a alocação de recursos em áreas estratégicas, como estrutura física e treinamento adequado dos cooperadores (SPENGLER, 2016, p. 69). Seguramente, essa política judiciária implementada para um tratamento adequado dos conflitos pelo CNJ têm uma relevância muito particular, em especial aos métodos consensuais que são a mediação e a conciliação. Contudo, seu objetivo é muito mais abrangente, não se esgotando com a institucionalização e positivação da conciliação e mediação. Já em seu artigo primeiro, a Resolução declara de maneira expressa que todos os cidadãos possuem o direito "à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade", incumbindo aos órgãos do judiciário oferecer "outros mecanismos de solução de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação." Menciona, também, que os jurisdicionados possuem o direito

de obter atendimento e orientação em suas contendas jurídicas. Indubitavelmente a política judiciária representada pela Resolução nº125 do CNJ trouxe uma mudança paradigmática dos serviços judiciários, atualizando o conceito de acesso à justiça, tornando-o mais em acesso à ordem jurídica justa, do que um mero acesso aos órgãos judiciários para obtenção de uma solução de seus conflitos por meio de uma sentença. Ainda hoje se tem, muito em decorrência de uma cultura arraigada na excessiva solução de litígios por meio de uma sentença proferida pelo juiz, o que é chamado de "cultura da sentença." Contudo, com a valorização dos meios consensuais de resolução de conflitos, encontrada pelos próprios litigantes, com a ajuda de terceiros facilitadores poderá haver uma mudança de paradigma, surgindo uma "cultura da pacificação" (WATANABE, 2014, p. 03 e 04).

Além da busca de aproximação entre os conflitantes, os meios adequados de tratamento de conflitos buscam convergir seus propósitos e interesses; esses métodos pacificadores possuem a peculiaridades e premissas próprias, podendo destacar que existe primeiramente a necessidade de buscar entender o conflito em si, após, é necessário buscar um certo equilíbrio entre as partes e, principalmente, reestabelecer o diálogo através de uma comunicação entre os envolvidos (MENDES, 2014, p. 104). Para que se possa entender todos os procedimentos em espécie, torna-se imperioso um estudo sobre as principais teorias envolvidas nos conflitos em geral e seus tratamentos adequados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando este projeto de pesquisa teve início, tinha-se como hipótese principal analisar os meios autocompositivos de resolução de conflitos, sobretudo os institutos da mediação e conciliação sob a ótica do Novo Código de Processo Civil. Contudo, no decorrer da análise, constatou-se que seria inócuo estudar somente as formas de resolução de conflitos sem antes fazer uma pesquisa sobre as causas, as consequências e uma possível teoria geral do assunto, bem como as matrizes teóricas aplicadas para a resolução deles.

O conflito é um fenômeno natural em toda a sua plenitude, isto é, é um fato social que é materializante à vida na sociedade. Da mesma forma, os litígios são uma constante histórica, uma vez que eles têm aparecido em todos os tempos e sociedades. Por tudo o que é dito, também não é possível dizer que as contendas sociais são um pouco anômalas, porque elas constituem uma expressão normal da vida na sociedade. Mas, em outro nível, o conflito não pode mesmo ser pregado de uma forma geral que é algo ruim ou negativo para a sociedade ou pessoas. Mesmo porque os dois últimos são julgamentos de valor, que são emitidos dentro do contexto da filosofia,

não sociologia, o mesmo deve ser visto como que tipo de conflito é, e se as motivações que impulsionam as partes no confronto são justas ou não, foram justificadas ou não. Provavelmente, além disso, a qualificação como imoral ou repreensível, dado ao conflito ou às ações implantadas por um dos atores dentro dela, vai depender, em muitos casos, no contexto com o qual é considerado, ou seja, da posição a partir da qual o conflito é observado e pensado.

De fato, como já foi notado, a verdade é que sem antagonismo social não haveria transformações sociais ou estes ocorreriam de uma forma excessivamente lenta, o que tornaria a sociedade demasiadamente estática. O progresso social, muitas vezes aliado à ideia de mudança, raramente é um efeito de lutas sociais. Pode até mesmo declarar que a vida sem conflito seria extremamente maçante, pois todas as pessoas teriam que pensar o mesmo, pertencer ao mesmo sexo, vestir o mesmo, seguir a mesma equipe, ter os mesmos gostos, tudo isso também é factual e impossível.

Ao longo do estudo constatou-se que o Estado brasileiro, especialmente em sua função jurisdicional, não conseguiu acompanhar o crescimento da sociedade, criando, desta forma, uma crise estrutural muito forte, onde a sociedade recebe um serviço insatisfatório, ineficiente e ineficaz. Ou seja, pode-se afirmar que desde a incorporação dos direitos sociais, elevando-os para o status de direito fundamental constitucionalmente reconhecido, o Estado não conseguiu acompanhar, com sua estrutura, o crescimento exponencial dos conflitos individuais e coletivos de uma sociedade em plena ascensão demográfica.

De tal sorte, na busca por uma melhor prestação jurisdicional, a Emenda Constitucional nº 45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça, este se apresentou como um instrumento jurídico capaz de viabilizar as necessárias transformações na relação Judiciário e jurisdicionados. Assim, o direito, em sua plenitude, pode ser acessado pela população, porém, ainda de modo ineficaz, necessitando ainda de um melhor aparelhamento, principalmente em sua estrutura física e organizacional. Com este condão, o CNJ, em sua Resolução nº 125/2010, traz a política judiciária de tratamento de conflitos, que reintroduziu os institutos da mediação e conciliação no ordenamento pátrio, dessa vez revigorados e reformulados, contando com diretrizes para formação de profissionais habilitados para conduzir os procedimentos e inclusive um código de ética.

Posteriormente, com o advento do NCPC e Lei 13.140/2015, ficou ainda mais clara a intenção do legislador em conceber meios adequados para a resolução dos conflitos. Com este escopo, a mediação e a conciliação, podendo ser extrajudicial ou endoprocessual, se apresentam como formas de satisfazer os jurisdicionados frente à crescente judicialização dos litígios. A mediação e a conciliação proporcionam a re-

solução de conflitos com maior eficiência, pois tratam o conflito em sua origem e não na consequência trazida por eles. Verifica-se, desta forma, uma tentativa de inversão de paradigmas. Como Watanabe ensina, "é necessário acabar com a cultura da sentença e difundir a cultura da pacificação".

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, M. C. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ANDREWS, N. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ASSIS, A. D. **Processo civil brasileiro, volume I**: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BETIOLI, A. B. **Introdução ao Direito**: lições de propêdêutica jurídica tridimensional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, N. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BOLZAM DE MORAIS, J. L. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, J. L.; SPENGLER, F. M. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012.

BONAVIDES, P. **Ciência política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Resolução nº125 do Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: fabris, 2002.

- CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P. ; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DALLARI, D. D. A. **Elementos de teoria geral do estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DE CICCIO, C.; GONZAGA, A. D. A. **Teoria geral do estado e ciência política**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DEL VECCHIO, G. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- FALECK, D.; TARTUCE, F. Introdução histórica e modelos de mediação. In: _____. **Estudos avançados sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- FARIA, J. E. O judiciário e o desenvolvimento sócio econômico. In: _____. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FILOMENO, J. G. B. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRIEDE, R. **Curso de teoria geral do estado**: (teoria constitucional e relações internacionais). Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GORETTI, R. **Mediação e Acesso à Justiça**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- GRECO, L. **Instituições de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2015.
- JONAPA, F. J. J. **Teoría general del estado**. Tlalnepantla de Baz: Red Tercer Milenio, 2012.
- LAW REFORM COMMISSION. **Alternative Dispute Resolution**: Mediation and Conciliation. Dublin: LRC, 2010.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, M. L. R. D. C. P. Mediação e conciliação. Histórico dos métodos adequados de solução de conflitos e experiências contemporâneas no Brasil e em outros países. Das técnicas de conciliação e mediação, sua nuances, pontos convergentes e aspectos práticos. In: TOLEDO, A. S. P. D.; TOSTA, J.; ALVES, J. C. F. **Estudos avançados de mediação e arbitragem**. São Paulo: Elsevier, 2014.
- MIRANDA, J. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RAATZ, I. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2016.

REALE, G.; ANTISERI, D. **História da filosofia**: Do Humanismo a Kant. 5. ed. São Paulo: Paulus, v. II, 1990.

ROMANO, S. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SERPA, M. D. N. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SERRA, A. T. Y. **História da filosofia do direito e do estado**. Tradução de Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa: Instituto de Novas Profissões, v. II, 1990.

SILVA, O. A. B. D.; GOMES, F. L. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, P. C. E. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra, 2005.

SPENGLER, F. M. A crise do Estado e a crise da jurisdição: (in) eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo: IMED, v. 7, 2011.

SPENGLER, F. M. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, L. L.; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência Política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2017.

TOSTA, J. A arbitragem no Brasil: noções gerais. **Estudos avançados sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, K. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**, v. 195, 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a-d81815000001582a1748bcb9ed079f&docguid=I5a2275b0919411e0850300008558bb68&hitguid=I5a2275b0919411e0850300008558bb68&spos=7&epos=7&t-d=15&context=400&crumb-action=append&crum>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

WATANABE, K. A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Estudos avançados sobre mediação e arbitragem**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ZIPPELIUS, R. **Teoria geral do estado**. Tradução de Karin Praefke – Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MEDIDA DE SEGURANÇA: PENA OU TRATAMENTO?

Claudia Lissandra Martins de Andrade

Graduada em Direito na Universidade Feevale.

E-mail: martins_clm@yahoo.com.br.

Betina Heike Krause Sücker

Doutora em Ciências Penais pela Pontifícia

Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

E-mail: betinakrause1207@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O objeto dessa análise é o criminoso louco – que será chamado assim pela forma usual – e a aplicação do Direito Penal para esse, bem como uma reflexão sobre a aplicação da medida de segurança no Brasil para promover a inibição da reincidência do ato delituoso desse sujeito, e se a medida de segurança é um tratamento ou equivale a uma pena aplicada ao inimputável ou semi-imputável.

O sujeito que é incapaz de compreender o caráter ilícito do fato e aquele que não está em condições de agir segundo esta compreensão, carecem de idoneidade para serem destinatários de normas, pois o distanciamento da compreensão do seu ato, a falta de orientação e também da capacidade de autocontrole, fazem com que o louco infrator não seja alcançado pela mensagem da norma, pois ausente a culpabilidade. (ROXIN, 2004).

Encontrar um conceito de culpabilidade é improvável em nosso Código Penal, pois ficou silente neste aspecto, gerando discussões quanto ao entendimento se a culpabilidade faz ou não parte do conceito de crime ou se considerada à parte, como pressuposto da pena. O que se entende, portanto, é que este é um conceito onde há um aspecto subjetivo diretamente ligado à vontade do agente. (CASTRO, 2014).

Miguel Reale Júnior (2000, p. 08) refere que:

A culpabilidade é um juízo de valor, em razão do qual se reprova o autor pela ação cometida [...]. Reprova-se o autor porque podia saber que sua ação era contrária ao direito e por ser-lhe possível agir diferentemente, sendo-lhe exigível que, naquela situação concreta, se abstinhasse da realização da ação delituosa. Reprova-se o agente por ter optado de tal modo que, sendo-lhe possível atuar de conformidade com o direito, escolhe ou prefere agir contrariamente ao exigido pela lei.

A consciência da ilicitude é um elemento da culpabilidade, e, conforme Manoel Pedro Pimentel (1986, p. 257), “se a culpabilidade é a reprovação pessoal do agente, tal reprovação somente é admissível na hipótese de ter o agente a consciência de que atua contra o Direito. Essa consciência deve ser, ao menos, potencial”.

Nessa senda, entende-se que a culpabilidade está intrinsecamente ligada à reprovabilidade, ou seja, a vontade consciente do autor do fato delituoso e o total conhecimento do injusto penal. E, nesse entendimento, Fausto Martins de Sanctis (2002, p. 02) diz:

Logo, a punibilidade caracteriza-se apenas como consequência do reconhecimento da existência de uma infração penal, não integrando o conceito desta, pois, mesmo em havendo a abstração da sanção delituosa, se poderá concluir pela existência efetiva de um delito.

Áurea Maria Ferraz de Souza (2009), sobre as teorias da culpabilidade, assim aduz que na teoria da Vontade há dolo direto quando existe a vontade consciente de querer praticar a infração penal. A teoria do Assentimento prega que há dolo eventual quando o agente prevê o resultado como possível e ainda assim continua na prática assumindo o risco de produzi-lo.

Nessa linha de pensamento, o inimputável louco, quando comete o delito, não pode ser signatário da norma, pois ausente a vontade consciente de praticar o injusto penal e, por consequência, inexiste o dolo.

2 DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE E CULPABILIDADE

No sentido jurídico penal, quando falamos em responsabilidade falamos em obrigação de suportar as consequências jurídicas do crime.

A responsabilidade em matéria penal é uma consequência da ação ou omissão quando ligada aos demais elementos do crime, e não um requisito destas. Quando o sujeito tem a obrigação de suportar as consequências jurídicas do crime praticado, então diz-se que há responsabilidade. (PERES; NERY FILHO, 2002).

O Código Penal Brasileiro emprega o termo responsabilidade referindo-se a imputabilidade e capacidade. Sob este prisma, Guilherme de Souza Nucci (2003, p. 187) afirma que “responsabilidade é decorrência da culpabilidade, ou seja, trata-se da relação entre o autor e o Estado, que merece ser punido por ter cometido o delito. Os conceitos não se confundem, embora pareçam interligados”.

Dessa forma, para que o sujeito seja responsável deve ter entendimento sobre a sua ação, diferente da culpabilidade, pois nessa o sujeito tem consciência de seu ato.

Para o louco que comete o ilícito penal, não cabe a responsabilidade e tampouco a culpabilidade, pois ausentes o entendimento e a consciência da sua ação, cabendo para esses, então, a medida de segurança para evitar a prática de outro ilícito penal.

2.1 IMPUTABILIDADE, SEMI-IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE

Segundo Damásio E. de Jesus (2005, p. 469), “imputar é atribuir a alguém responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.

Nessa linha de pensamento, a imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, e quem é desprovido de tal capacidade não pode ser culpado por seus atos e omissões. É a chamada inimputabilidade (RAMOS, 2007).

Para apurar a inimputabilidade penal existem certos critérios e elementos. Dentre estes elementos, são necessários dois para que o agente possa entender a sua ação, sendo eles a higidez biopsicológica, que é a saúde mental mais a capacidade de apreciar a criminalidade do fato, e ter mais de 18 anos. Sobre os critérios para averiguar a inimputabilidade, o mesmo autor aborda os fatores biológico, psicológico e o biopsicológico. Na análise de inimputabilidade por doença mental, segundo decisão do STJ, prevalece o último. (GONZAGA DE JESUS, 2014)

Sobre os fatores biológico e o psicológico, sustenta Guilherme de Souza Nucci (2003): a) biológico: leva-se em conta exclusivamente a saúde mental do agente, isto é, se o agente é ou não doente mental ou possui ou não desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A adoção restrita deste critério faz com que o juiz fique absolutamente dependente do laudo pericial; b) psicológico: leva-se em consideração unicamente a capacidade que o agente possui para apreciar o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com este entendimento. Acolhido este critério de maneira exclusiva, torna-se o juiz a figura de destaque neste contexto, podendo apreciar a inimputabilidade penal com imenso arbítrio; c) biopsicológico: levam-se em conta os dois critérios anteriores unidos, ou seja, verifica-se se o agente é mentalmente são e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. É o princípio adotado pelo Código Penal, como podemos vislumbrar no art. 26.

A semi-imputabilidade ou incapacidade relativa, segundo o artigo 4º do Código Civil, é atribuída aos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito, aos ébrios eventuais, aos viciados em tóxicos e àqueles que por deficiência mental tenham o discernimento reduzido, aos excepcionais sem desenvolvimento mental completo e aos pródigos.

Renata Constantino (2006) aduz que a imputabilidade diminuída não indica ausência de responsabilidade, uma vez que o semi-imputável é penalmente responsável, sendo submetido às consequências jurídico penais da prática do crime.

A semi-imputabilidade, como visto, não retira a responsabilidade do agente infrator, mas é um fator que, quando comprovada a limitação, faz com que a pena seja diminuída proporcionalmente à infração praticada.

2.1.1 A Inimputabilidade à luz do artigo 26 caput do Código Penal

O livre-arbítrio era a justificativa para a penalização de um indivíduo por meio das sanções penais, mas não é possível aplicar esse critério ao doente mental, uma vez que não possui a capacidade de discernimento e livre escolha. Assim, o Brasil fundamentava a responsabilidade penal no livre arbítrio, sob a influência da escola clássica, com o Código Criminal de 1830, e determinava que não seriam julgados criminosos

os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime. (SCHINDLER, 2016).

Por outro lado, o artigo 26, *caput* do atual Código Penal Brasileiro, diz que é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

O inimputável, de acordo com o Código Penal, não comete crime, mas pode sofrer sanção penal. Assim, para aplicar a medida de segurança, a base de análise é a periculosidade do agente e não sua culpabilidade. Serve para evitar que o agente inimputável que tenha praticado a infração penal, mostrando periculosidade, cometa outro crime e não receba o tratamento adequado. (GUARÁ, 2011)

Cabe salientar aqui o conceito de punibilidade, segundo Damásio E. de Jesus (2005, p. 675):

Quando um sujeito pratica um crime surge a relação jurídico-punitiva: de um lado aparece o Estado como *jus puniendi*; de outro, o réu com a obrigação de não obstaculizar o direito de o Estado impor a sanção penal. Com a prática do crime, o direito de punir do Estado, que era abstrato, torna-se concreto, surgindo a punibilidade, que é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção.

Conforme Fernando Capez e Stela Prado (2013, p. 142), a imputabilidade é a “capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento, apresentando, assim, um aspecto intelectual e outro volitivo”.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2003, p. 188), doença mental:

Trata-se de um quadro de alterações psíquicas qualitativas, como a esquizofrenia, as doenças afetivas (antes chamada de psicose maníaco depressiva ou acessos alternados de excitação e depressão psíquica) e outras psicoses. [...] O conceito deve ser analisado no sentido lato, abrangendo as doenças de origem patológica e de origem toxicológica.

Sobre o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o supracitado autor aduz:

Trata-se de uma limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de autodeterminação, conforme o precário entendimento, tendo em vista ainda não ter o agente atingido a sua maturidade intelectual e física, seja por conta da idade, seja porque apresenta alguma característica particular, como o silvícola não civilizado ou o surdo sem capacidade de comunicação. (NUCCI, 2003, p. 188-189).

Dessa forma, para configurar a irresponsabilidade do sujeito, não é suficiente a causa, ou seja, a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retarda-

do, mas exige-se o efeito que é a total incapacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ao tempo da ação ou da omissão. (MACHADO, 2015).

O direito de punir do Estado fica restrito aos sujeitos que possuem discernimento de sua ação, pois os que não possuem, segundo o artigo supra, ficam isentos de pena. Porém, para que seja comprovada esta falta de discernimento causado por deficiência mental, é imprescindível a perícia médica.

A verificação da higidez mental do agente, obrigatoriamente deve passar por laudo pericial médico, pois para isso há a necessidade de conhecimentos específicos e o juiz não está apto o suficiente para esta análise. E, embora o juiz não estando adstrito ao laudo pericial, podendo acatá-lo ou rejeitá-lo, está obrigado a fundamentar a sua decisão de forma coerente e bastante clara, não podendo ignorar tal parecer sem um forte embasamento científico. (MALCHER, 2009)

3 MEDIDA DE SEGURANÇA

Para a pessoa que, no momento em que praticou o ato criminoso, apresentava sério comprometimento na capacidade de discernir e de entender o caráter ilícito de seu ato, as medidas de segurança surgem no Código Penal Brasileiro como medidas especiais para criminosos específicos: os doentes mentais perigosos (PERES, 2002).

Maria Fernanda Tourinho Peres (2002) alude que se os doentes mentais são isentos de culpabilidade, inimputáveis e irresponsáveis, estão fora do âmbito das sanções penais, e o Código penal mostra a medida de segurança como uma nova modalidade de ação penal.

No atual Código Penal Brasileiro, insculpido em seu artigo 96, diz que as medidas de segurança são: I- Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado. II- sujeição a tratamento ambulatorial.

A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico "é a obrigação de permanecer internado em manicômio judiciário, sujeito a tratamento médico interno. E o tratamento ambulatorial é a submissão do sujeito a tratamento médico externo, ou seja, não necessita ser internado, embora esteja obrigado a comparecer com relativa frequência ao médico". (NUCCI, 2003, p. 96)

Damásio E. de Jesus (2005, p. 547) refere que a aplicação da medida de segurança pressupõe: "1º) a prática do fato descrito como crime; e 2º) a periculosidade do sujeito".

A periculosidade do sujeito "trata-se de um estado permanente de desajuste comportamental (sob o ponto de vista social) que determina a certeza de que o indivíduo virá a delinquir, tão logo posto em liberdade" (OLIVEIRA, 1995, p. 50).

Atualmente, em nosso ordenamento jurídico penal, mais especificamente na Parte Geral, as medidas de segurança são aplicadas somente aos inimputáveis e os semirresponsáveis.

A internação no hospital de custódia nada mais é do que, à semelhança de um presídio e com o mesmo nível de segurança, o indivíduo ser mantido segregado e submetido a tratamento. O estabelecimento possui características de um hospital psiquiátrico em suas acomodações, com estrutura e divisões compatíveis e adequadas ao tratamento dos doentes, similar a um hospital psiquiátrico convencional.

Estas instituições, denominadas manicômios judiciais, são bastante complexas e abarcam duas realidades: o asilo de alienados e a prisão, e dois dos fantasmas mais trágicos que “perseguem” a todos: o criminoso e o louco. São instituições específicas para receber os loucos infratores. (CARRARA, 2010)

A lei 10.216 que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, bem como as resoluções da III Conferência Nacional de Saúde Mental, trazem à discussão mudanças nas práticas de assistência ao louco infrator. Os conceitos de inimputabilidade, periculosidade e medida de segurança vêm sofrendo exames críticos na busca de superação destes modelos de tratamento asilares e buscam tratar o louco infrator de uma forma extra-hospitalar, fora dos muros do manicômio judicial, especialmente nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS). Porém, a cessação da periculosidade é um critério superado para esta desinstitucionalização, o que causa certa resistência na família e na comunidade do louco infrator, pois acabam sugerindo nova internação mesmo na ausência de novo delito. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005)

E a medida restritiva, outra modalidade da medida de segurança, é o tratamento ambulatorial, que, de acordo com Frederico Abrahão de Oliveira (1995, p. 50):

Consiste na determinação de que o indivíduo submeta-se a tratamento ambulatorial, sem internação, exceto que esta se torne necessária para os fins da recuperação. É permitida a contratação de médico particular, pelo paciente, porém, em havendo divergência entre este e o médico oficial, decidirá o juiz da execução.

À luz da Constituição Federal de 1988, a medida de segurança vem em cumprimento da preservação e respeito à dignidade da pessoa humana, preconizado em seu artigo 1º, III, e esse fundamento serve de garantia para outros princípios estabelecidos na Carta Magna. Assim, todas as sanções penais devem obedecer à ordem de respeito à dignidade da pessoa humana, e para a medida de segurança, especificamente, devem ser aplicadas de modo a garantir condições humanitárias dignas ao seu destinatário, para, desse modo, evitar uma segregação em casa de custódia e tratamento psiquiátrico sem

possibilidade de uma verdadeira recuperação. Deve ser garantido durante a aplicação das medidas de segurança um ambiente salubre, uma equipe profissional adequada ao bom tratamento do doente, o incentivo ao contato social, boa alimentação, vestimenta adequada, medicação indicada para cada caso, além disso um tratamento progressivo e individualizado a casos específicos. (DANTAS NETO, 2012)

E qual o tempo da medida de segurança? Quando esta se extingue? Segundo Rui de Almeida, ao término do período mínimo de internação (01 a 03 anos) estipulado na sentença absolutória imprópria, o internado deverá ser examinado pelos peritos da Comissão Técnica de Classificação. Em obtendo parecer favorável para o desinternamento, seguindo os requisitos expostos no artigo 175 da Lei de Execução Penal, a cessação da medida de segurança é decidida pelo juiz da execução, sempre de modo condicional, por um ano, ressalvado o poder de livre convencimento do magistrado, que poderá ou não, conceder a liberdade vigiada. (ALMEIDA, 2011)

A lei prevê o tempo mínimo de internação, porém, silencia sobre o tempo máximo, estando insculpido no artigo da lei como tempo indeterminado na aplicação da medida de segurança. Assim, coube ao Superior Tribunal de Justiça manifestar-se a respeito, em sede de Habeas Corpus, entendendo que este tempo não pode ultrapassar 30 anos, conforme ementa do Processo:

HC 84219 SP; Relator: Marco Aurélio; Julgamento: 16/08/2005; Órgão Julgador: 1ª Turma. MEDIDA DE SEGURANÇA. PROJEÇÃO DE TEMPO – LIMITE. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos.

Esse posicionamento preconiza o princípio da razoabilidade e, assim, o tempo de cumprimento da medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, deve ser limitado à pena máxima abstratamente cominada ao delito ou ao limite de 30 anos estabelecido no artigo 75 do Código Penal.

Assim, fica inviabilizado o caráter de perpetuidade, *ad eternum*, vedado pela Constituição Federal, pois o cerceamento da liberdade do indivíduo nunca será por tempo indeterminado. E mesmo que a periculosidade do interno não tenha cessado, este deve ser encaminhado ao hospital psiquiátrico da rede pública e feito o devido procedimento de interdição, obedecidos os parâmetros do artigo 1769 do Código Civil.

Constatado depois de realizadas perícias médicas e laudos psiquiátricos a cessação da periculosidade, cabe ao juiz, de acordo com Rui de Almeida (2011), desinternar ou liberar o sentenciado para que fique em liberdade vigiada. A extinção

efetiva da medida de segurança ocorrerá após o período de um ano da liberdade vigiada, desde que, o desinternado ou liberado não tenha cometido nova infração ou descumprido as condições impostas na sentença de levantamento da medida de segurança.

Assim, uma vez extinta a punibilidade, a medida de segurança não mais se justifica, devendo o sentenciado ser posto em liberdade e a medida de segurança cessada, respeitando o prazo máximo de 30 anos, mesmo que pareça, à luz do parágrafo 1º, do art. 97 do Código Penal, *contra legem*.

3.1 PENAS E SUA APLICABILIDADE

O conceito de pena, segundo Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 59), “trata-se da sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”.

Para o supramencionado autor, este conceito destacado acima deixa de considerar o pragmatismo e a função social da pena, pois o retributivismo não só constitui pressuposto do sistema penal, mas também é uma exigência de sua legitimidade e da ideia de Justiça e expiação da culpa, olvidando-se, porém, do fato de que em alguns momentos, a pena pode ser uma expiação inútil, tendo em vista que o agente já reparou satisfatoriamente as consequências do crime por ele praticado, utilizando-se de outros métodos, como por exemplo, num crime de furto, restituindo a *res furtiva* por sua livre vontade. Com essa atitude a pena pode significar um ônus dispensável para a sociedade. (TOLEDO, 1999).

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XLVII, veta algumas espécies de pena. As penas proibidas no Brasil, segundo o supramencionado artigo, são: Pena de morte, salvo em guerra declarada nos termos do art. 84, XIX; as de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; penas cruéis.

As espécies de penas previstas e permitidas em nosso ordenamento jurídico, insculpidas no artigo 32 do Código Penal, são as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a multa.

A pena se impõe e se faz necessária, mas não como vingança pública, na forma de mera retribuição, embora este princípio retributivista se faça presente na legislação penal, mas levando-o em conta para o fim de determinar o grau de severidade que a pena deve ser aplicada, fornecendo subsídios para a sua medida. (SILVA, 2011)

Entende-se, então, que a pena existe para proteger a sociedade de lesão ou ameaça a lesão injusta do bem jurídico tutelado, como a vida, a integridade física e outros bens que devam ser protegidos. E quando os sujeitos se tornam ameaça uns aos outros, é dever do Estado, mesmo que preventivamente, neutralizar esta periculosidade

através de uma pena a ser cumprida, guardando, porém, todos os preceitos legais de aplicação da mesma (SILVA, 2011).

3.2 DIVERGÊNCIAS E CONVERGÊNCIAS ENTRE MEDIDA DE SEGURANÇA E PENA

Damásio E. de Jesus (2005) questiona em que se constitui a medida de segurança? Em que diferem das penas? Por que e como são utilizadas no Brasil? Para responder a essas questões, reportemo-nos à sua formulação primeira, que se encontra no centro do desenvolvimento da escola positiva de direito penal, as penas e as medidas de segurança constituem as duas formas de sanção penal. Enquanto a pena é retributiva-preventiva, tendendo hoje a readaptar à sociedade o delinquente, a medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou o crime e se mostra perigoso, venha a cometer novas infrações penais.

O mesmo autor traça os pontos que diferem as medidas de segurança das penas: a) As penas tem natureza retributiva-preventiva; as medidas de segurança são preventivas; b) as penas são proporcionais à gravidade da infração; a proporcionalidade das medidas de segurança fundamentam-se na periculosidade do sujeito; c) as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação social); as medidas de segurança, pelo juízo de periculosidade; d) as penas são fixas; as medidas de segurança são indeterminadas, cessando com o desaparecimento da periculosidade do sujeito; e) as penas são aplicáveis aos imputáveis e aos semirresponsáveis; as medidas de segurança não podem ser aplicadas aos absolutamente imputáveis. (JESUS, 2005).

O que há de convergente entre pena e medida de segurança é um tema bastante escasso, uma vez que uma gama de autores aponta as divergências entre os dois institutos. Porém, para Paulo Queiroz (2006, p. 418), as medidas de segurança "têm, à semelhança das penas, uma finalidade exclusivamente preventiva e, sobretudo, preventiva especial, visto que, por meio delas, pretende-se evitar que o inimputável que tenha cometido um injusto penal volte a repeti-lo".

Para Cezar Roberto Bitencourt (2003) as semelhanças entre pena e medidas de segurança consistem em: as semelhanças práticas são tais que, afora pura tergiversação, não conseguiremos diferenciá-las. Senão, vejamos: 1 – Ambas, medidas de segurança e penas, são consequências jurídicas do crime; 2 – Ambas são instrumentos do *jus puniendi* estatal; 3 – Tanto as penas quanto as medidas de segurança consistem em restrições de direitos fundamentais; 4 – Ambas constituem duas formas semelhantes de controle social e, substancialmente, não apresentam diferenças dignas de nota.

Fernando Queiroz (2005) aduz, ainda, que ambas perseguem, essencialmente, os mesmos fins e pressupõem de idênticos pressupostos de punibilidade: fato típico, ilícito, culpável e punível. A distinção reside, portanto, unicamente, nas consequências: os imputáveis estão sujeitos a pena, os inimputáveis, à medida de segurança, atendendo a critério de pura conveniência político-criminal, adequação da resposta penal.

Assim, a medida de segurança e a pena, embora apregoem finalidades distintas, entende-se que ambas possuem a mesma essência, pois nelas há privação e comprometimento de direitos com caráter afliitivo e coercitivo, aplicadas, em ambos os casos, por um juiz em função de uma conduta delitiva por parte do sujeito.

Contudo, a medida de segurança não se configura como pena para alguns doutrinadores, pois consideram um tratamento que o autor do crime é submetido com o escopo de curá-lo, ou, se for um sujeito acometido de doença mental incurável, de fazê-lo apto ao convívio social sem que torne a delinquir, cometendo outros crimes. (AROUCHA, 2011).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filósofo René Descartes apregoava o dualismo do ser humano, afirmando que corpo e alma possuem naturezas distintas. Nessa esteira, corpo e alma, normal e patológico, razão e não-razão, são e doente, podemos também incluir o nosso ordenamento jurídico penal que estabelece este dualismo quando refere o imputável e o inimputável.

O imputável é o sujeito que tem capacidade de entendimento do caráter ilícito de sua ação ou omissão, e que possui total capacidade de determinar-se frente ao ato por ele praticado, ou seja, tem a compreensão dos fatos e a capacidade de orientar a sua conduta diante desta compreensão; é aquele que responde por suas ações, aquele cuja sanção penal pode ser imputada diante da prática de um ato punível.

Por outro lado, o inimputável é aquele que é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Conforme o Código Penal em seus artigos 26 e 27, é aquele que não possui discernimento para seus atos, ou seja, de acordo com o critério biológico, e os menores de 18 anos; o critério psicológico, os acometidos por enfermidade mental permanente ou passageira ou que de alguma forma impossibilite a sua estrutura psíquica de compreender o caráter ilícito do fato; e o critério biopsicológico, o adotado pelo nosso Código Penal, leva em conta os dois critérios anteriores.

O louco criminoso é aquele que age sem regras morais por causa de sua incapacidade psíquica e por seu deslocamento de consciência, que acometido por uma perturbação mental associada ao comportamento desviante, comete o ilícito penal.

Para os imputáveis são aplicadas as medidas cabíveis de reprimenda, de acordo com o ato praticado, imputando a esses as penas previstas em lei. Porém, o que fazer com os inimputáveis que cometem crimes, e que, muito embora não sejam responsáveis por seus atos, cometem o ilícito penal? Nessa esteira surge, então, a medida de segurança como sendo a resposta penal àquele que, embora inimputável, pratica conduta típica e antijurídica e precisa ser detido, mas não punido com detenção.

As convergências e as divergências entre a medida de segurança e a pena é matéria de análise entre doutrinadores, que apresentam pareceres diversos em seus estudos. Há os que equiparam a medida de segurança à pena, como Fernando Capez que diz que é uma sanção penal imposta pelo Estado; Fernando Queiroz que afirma que ambas perseguem o mesmo fim; Magnólia Moreira Leal diz que ambas, pena e medida de segurança são modalidades de sanção e espécies de consequências jurídicas impostas pelo Estado, possuindo ambas os mesmos pressupostos: a prática de um ilícito típico prévio e definido normativamente; Cezar Roberto Bitencourt aduz que ambas, medidas de segurança e penas, são consequências jurídicas do crime.

Um dos doutrinadores que diferencia uma da outra é Damásio de Jesus que explica que a pena é retributiva-preventiva, e a medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva.

Embora se saiba que o manicômio judiciário, em seu espaço físico, pouco ou nada difere de uma penitenciária convencional, pois os loucos são recolhidos em celas e segregados do convívio social. Mas, ainda assim, possui caráter de hospital, subordinado tanto à Secretaria da Saúde quanto a da Justiça.

Pouco ou quase nada se vê de efetivo no tocante à recuperação ou ressocialização do imputável nas penas hoje aplicadas em nosso país, pois as medidas penais buscam a repressão do ato em si. Da mesma forma, com a medida de segurança imputada ao louco infrator que, embora priorize o comportamento do agente buscando intervir em seu potencial criminógeno, ambos os institutos encontram-se inseridos no contexto das políticas criminais e fazem parte do sistema penitenciário, apesar do esforço apregoado pela Reforma Psiquiátrica de 2001.

Porém, quanto não é possível a efetivação desta desintitucionalização e a desinternação do louco criminoso, cabe então a esses a medida de segurança, que, através de acompanhamento psicológico e tratamento medicamentoso, busca-se a inibição da prática delitiva e evita-se a reiteração dessas.

Não há como negar que o louco criminoso, aquele que cometeu o injusto penal, mesmo sendo uma potencial ameaça à paz social, é diferenciado por seu estado psíquico e por sua doença mental, e, por este motivo, deve ter sobre si um olhar diverso ao que é oferecido ao imputável, não sendo possível dispensar a esses o mesmo tra-

tamento oferecido àqueles. Por este motivo, acredita-se que para a aplicação da medida de segurança deve-se levar em conta a necessidade de tratamento terapêutico/curativo desse sujeito e não a mera segregação com um tratamento asilar, similar às penas instituídas por nosso ordenamento jurídico.

A medida de segurança tem por fim a prevenção e busca a socialização do agente, e depois dessa análise podemos compreender que a diferença fundamental entre pena e medida de segurança está justamente em seus pressupostos, pois a primeira observa, para a sua aplicação, o princípio da culpa, e a segunda deve ser determinada pela periculosidade, pois não há culpabilidade diante dos agentes inimputáveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francieli Batista. **O direito penal da loucura**: A questão da inimputabilidade penal por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21476/direito-penal-da-loucura/1>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

AROUCHA. **Medidas de segurança**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/presos/parte910.htm>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Coordenação Geral de Saúde Mental. **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**, Brasília, nov. 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Vol. 1- parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 641.

CASTRO, Felipe. **Teorias sobre a culpabilidade**. Disponível em: <jusbrasil.com.br/artigos/111671476/teorias-sobre-a-culpabilidade>. Acesso em: 01 set. 2017.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Curso de Direito Penal**. Vol.1, parte geral (art.1º à 120). 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARRARA, Sérgio Luis. A História Esquecida: os Manicômios Judiciários no Brasil. **Rev. bras. crescentodesenvolv. hum.**, São Paulo, v. 20, n.1, abr. 2010.

DANTAS NETO, José Airton. **Aspecto temporal da medida de segurança e a vedação a prisão perpétua (limite da pena no Brasil)**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8499>. Acesso em: 3 fev. 2014.

CONSTANTINO, Renata. **Da imputabilidade penal**. Disponível em: <<http://intertemas.unitedtoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1239/1181>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

GONZAGA DE JESUS, Jessica Tinel. **O abandono legal dos loucos infratores**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18226>. Acesso em: 17 mai. 2014.

GUARÁ, Larissa Navarro; AROUCHE, Leandro Pereira. **Tratamento penal do criminoso doente mental**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3644>>. Acesso em: 3 mar, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Vol. 1: parte geral. 28 ed. ver. SP: Saraiva, 2005.

MACHADO, Karina Arêa Leão. **Das Medidas de Segurança e da Lei da Reforma Psiquiátrica**. 2015. Disponível em: <<https://karinaarealeao.jusbrasil.com.br/artigos/203374050/das-medidas-de-seguranca-e-da-lei-da-reforma-psiquiatrica>>. Acesso em: mai. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. SP: Revista dos Tribunais, 2003.

MALCHER, Farah de Sousa. **A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12564/a-questao-da-inimputabilidade-por-doenca-mental-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca-no-ordenamento-juridico-atual/2>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Penas, medidas de segurança e "sursis"**: doutrina, jurisprudência e legislação. POA: Livraria do Advogado, 1995

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. **Hist. cienc. saude-Manguinhos**, v. 9, n. 2, Rio de Janeiro, may./aug. 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedra. A culpabilidade na reforma penal. **Revista dos Tribunais**, v. 605, p. 257, mar. 1986. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 3, p. 847, out. 2010 | DTR\1986\71. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001488a68d3e-847884eec&docguid=l23a5b370f25811dfab6f010000000000&hitguid=l23a5b-370f25811dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=25&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 3 mai. 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. SP: Saraiva, 2006, p. 418.

RAMOS, Maria Regina Rocha. **Considerações acerca da semi-imputabilidade e imputabilidade penais resultantes de transtornos mentais e de comportamentos associados ao uso de substâncias psicoativas**. Disponível em: <http://www.rklad-vocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20091005113934.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2 ed. SP: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 46, p. 46, jan. 2004. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Vol. 3**, p. 191. Out. 2010. DTR. 2004\835 Disponível em : <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a-d8181600000145c314c62dafb86893&docguid=Id13498702d5511e0baf-30000855dd350&hitguid=Id13498702d5511e0baf30000855dd350&spos=3&e-pos=3&td=14&context=176&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 3 mar 2014.

SANCTIS, Fausto Martins de. **Culpabilidade e Punibilidade**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_33/artigos/Art_fausto.htm>. Acesso em: 3 jul. 2014.

SCHINDLER, Danilo Oitaven. **Medida de Segurança**: das razões históricas dapunição do enfermo mental infrator a definição legal atual 2016. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.55581>>. Acesso em: 2017.

SILVA, André Elias da. **Uma visão racional da função da pena na sociedade atual**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31305/000780898.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 set. 2014.

SOUZA, Áurea Maria Ferraz de. **Quais são as teorias do dolo?** Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1675240/quais-sao-as-teorias-do-dolo-aurea-maria-ferraz-de-sousa>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios que regem a aplicação da pena. **Revista CEJ**, v. 3, n. 7, jan./abr. 1999. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/rev-cej/article/view/174/336>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

LOGÍSTICA REVERSA DE EMBALAGENS DE AGROTÓXICOS

Jeferson Jeldoci Pol

Graduado em Direito na Universidade Feevale.

Voluntário no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

E-mail: jefersonpol@feevale.br.

Maicon Artmann

Graduado em Direito na Universidade Feevale.

Mestrando em Qualidade Ambiental na Universidade Feevale.

E-mail: artmann.maicon@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, e seu regulamento, Decreto Nº 7.404 de 23 de dezembro de 2010, trouxeram princípios e condutas, introduzindo a responsabilidade solidária pelo ciclo de vida dos produtos e seus resíduos, conhecido como logística reversa. Neste estudo, a abordagem terá um viés focando as embalagens de agrotóxicos utilizados na agricultura.

As atividades de agricultura e pecuária historicamente estão ligadas à evolução da civilização. Desde os primórdios, quando se iniciam os primeiros relatos, às margens do Rio Eufrates, Tigre e Rio Nilo (MAZOYER; ROUDART, 2009) a exploração agropecuária foi de grande importância para a economia e o crescimento da população humana (STEWART, 2012). Com a necessidade de alimentar os trabalhadores durante o período da Revolução Industrial, que também vinham do campo, houve a necessidade de criação de técnicas, equipamentos e insumos que elevassem a produção e posteriormente a produtividade baseada em grandes concentrações de terra e capacidade de investimento (DERRY, 1993).

Nos anos seguintes à segunda grande guerra, havia necessidade de realocar as grandes empresas que haviam atuado no conflito, produzindo equipamentos e produtos químicos que, readaptados, serviriam para lastrear e consolidar o domínio do capitalismo, capitaneado pelos Estados Unidos da América, disputado fortemente com o socialismo soviético, aplicados agora na produção de alimentos, condição básica para consolidar alianças e manter o poder, garantindo aos povos alimentos (MAGGOC; BERNSTEIN, 2014).

O capitalismo tardio surge como uma forma de evolução, *cientificação da técnica*, que faz pressão para aumentar a produtividade do trabalho com o ingresso de novas técnicas (HABERMAS, 1968) sistematizadas pelas Fundações Ford e Rockefeller, juntamente com o Banco Mundial, para um eficiente processo de produção de alimentos no mundo (ZAMBERLAN; FRONCHETTI, 2001), sob a bandeira da Revolução Verde.

A sociedade contemporânea tem traços acentuados de um intenso fluxo de bens, capitais e pessoas, quando tecnologias e novas técnicas aprimoradas se fazem presentes juntamente com as decisões de ordem política, econômica, científicas e pensamentos do ser social refletindo, como sua soma, riscos ainda não conhecidos, tendendo a todo momento desviar das instituições de controle, oferecendo proteção à sociedade industrial. Como bem acentua Beck (1994, p.81), "crescem indústrias que possuem potencial tecnológico para causar danos à vida e ao meio ambiente, sem que os países disponham dos meios políticos e institucionais para impedir as possíveis destruições", gerando consequências graves à saúde humana e ao meio am-

biente, que poderão ser irreversíveis quando descobertas (BECK, 1999, p. 81). O autor complementa dizendo que:

Quando falamos de riscos, discutimos algo que não ocorre, mas que pode surgir se não for imediatamente alterada a direção do barco. Os riscos imaginários são o chicote que faz andar o tempo presente. Quanto mais ameaçadoras as sombras que pairarem sobre o presente, anunciando um futuro tenebroso, mais fortes serão os abalos, hoje solucionados pela dramaturgia do risco. (BECK, 1999, p. 178).

Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo verificar de que forma a logística reversa, prevista pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, pode ser uma aliada na preservação ambiental.

2 OS AGROTÓXICOS NA SOCIEDADE DE RISCO: CONTEXTUALIZAÇÃO

O surgimento de tecnologias e sua intensa exploração pela indústria podem causar danos à vida e ao meio ambiente e, muitas vezes, a legislação não consegue caminhar a passos tão acelerados quanto os avanços tecnológicos.

A teoria da Sociedade de Risco indica a existência de uma configuração social baseada no risco e nos efeitos decorrentes da modernização, gerando ameaças à vida da humanidade e da natureza. Esse modelo trouxe consigo uma elevação na produção de riscos e ameaças, ocasionando a constante expectativa de acidentes e ocorrências ambientais em escala mundial, capazes de provocar, em longo prazo, até mesmo o extermínio da vida no planeta (BECK, 2010, p. 16).

Morin (2011, p. 62) estabelece a relação entre risco e princípio da precaução quando trata das incertezas e da ecologia:

A ecologia da ação é, em suma, levar em consideração a complexidade que ela supõe, ou seja, o aleatório, o acaso, a iniciativa, a decisão, o inesperado, o imprevisto, a consciência de derivas e transformações. [...] O princípio da incerteza provém da dupla necessidade do risco e da precaução. Para toda ação empreendida em meio incerto, existe contradição entre o princípio do risco e o princípio da precaução, sendo um e outro necessários; trata-se de poder uni-los, a despeito de sua oposição, segundo as palavras de Péricles, in Tucídides, Guerra do Peloponeso: Todos sabemos ao mesmo tempo demonstrar extrema audácia e nada empreender sem madura reflexão. Nos outros, a intrepidez é efeito da ignorância, enquanto a reflexão engendra a indecisão (MORIN, 2011, p. 62).

Assim, fica claro que a sociedade contemporânea produz e assume riscos, alguns com a ideia de que podem ser controlados e outros que esquivam ou neutralizam

os sistemas típicos de controle da sociedade industrial (ADAME, 2011), traduzindo um padrão teórico que marca o colapso da modernidade, fazendo brotar a chamada “pós-modernidade”, marcada pela incerteza. O conflito do modelo atual está na perda de certezas da ciência, na sua (in)capacidade para esclarecer os riscos e perigos do que ela mesma produziu, arraigada nos conceitos clássicos de que a verdade está com a ciência (BAUMAN, 2001).

Beck (1999) aduz que o aniquilamento ecológico pode vir tanto do segmento rico e das camadas menos abastadas. Os danos ambientais acarretados pelo bem-estar se mostram especialmente por meio da externalização dos valores de produção, apresentando-se de forma equânime pelo mundo. Os riscos atingem a todos e o planeta está caminhando para uma autodestruição influenciada pelo aumento populacional, necessidade crescente de oferta de alimentos e exploração de recursos naturais. Em um primeiro momento, os danos e riscos podem até ficarem restritos ao local que os criou, mas gradativamente vão se expandindo, até abranger a comunidade internacional. Os riscos são invisíveis, transtemporais e transnacionais. (BECK, 2012 p. 23)

Com o foco na produção e ampliação de alimentos, os riscos foram mitigados, expondo as populações a danos que passaram a serem denunciados por pesquisadores como Carson (2002) em sua obra *Primavera silenciosa*, que relatou as consequências do uso de agrotóxicos na agricultura, focando na época o principal produto utilizado, o DDT (CARSON, 2010, p. 28).

Grandes empresas produtoras de agrotóxicos continuam lançando no mercado novos produtos que prometem mais eficácia, mas que trazem riscos ao meio ambiente e à saúde humana. A necessidade de produzir mais alimentos pode ser letal se não for acompanhada de pesquisa para examinar os riscos e perigos dessas novas substâncias lançadas (BALSAN, 2006, p.136). Não bastasse o temor das novas substâncias, agregou-se outra preocupação: as embalagens de agrotóxicos e sua destinação final.

3 A LOGÍSTICA REVERSA APLICADA ÀS EMBALAGENS DE AGROTÓXICOS

A Polícia Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), instituída pela Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, define resíduos sólidos como todo material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, “a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d’água”, ou requeiram soluções técnicas ou economicamente inviáveis para isso, considerando a melhor tecnologia disponível (THODE FILHO *et al.*, 2015, p. 531).

Verifica-se que a PNRS tem como objetivo central minimizar o problema dos resíduos, posto que não apenas o governo, mas os produtores e até os consumidores são responsáveis pela destinação e tratamento correto desses materiais. Ademais, a referida lei estabelece, adicionalmente, uma responsabilidade compartilhada entre governo, indústria, comércio e consumidor final no gerenciamento e na gestão dos resíduos sólidos.

Com essa ideia de atribuir responsabilidade a todos os agentes que transitam pela vida do produto e participam da geração dos resíduos, surge o processo de logística reversa, cujo conceito advém do campo da logística:

Logística é o processo de planejamento, implementação e controle eficiente (incluindo custo) de matérias-primas, materiais de processo, produtos acabados e informações relacionadas do ponto de origem até o ponto de consumo para atender às necessidades do cliente (GEETHA, 2001, p. 75).

Já a volta da embalagem para sua origem, Rogers e Tibben-Lembke (1999, p. 95), também pelo CLM, acrescentam que:

Logística reversa é o processo de planejamento, implementação e controle efetivo (incluindo custo) das matérias-primas, materiais de processo, terminadas em bens e informações relacionadas desde o ponto de consumo até o ponto de origem para atender às necessidades de recuperação e o valor ou obter a correta deposição / controle.

Entre as principais razões que levam as empresas a atuarem mais fortemente na Logística Reversa, pode-se destacar a legislação ambiental, que obriga as empresas a retornarem seus produtos e dar o tratamento necessário, os benefícios econômicos auferidos em razão do uso de produtos que retornam ao processo de produção e a crescente conscientização ambiental dos consumidores (THODE FILHO *et al.*, 2015, p. 532).

Impõe-se distinguir, ainda, as logísticas reversas pós-venda e pós-consumo. A primeira objetiva agregar valor a produtos que são retirados do mercado por erros de produção e processamento. Já a logística reversa de pós-consumo tem por objetivo estratégico o retorno de produtos descartados pela sociedade e pelo meio industrial (LEITE, 2009).

O uso de agrotóxicos nas lavouras brasileiras e o aumento de resíduos sólidos contaminados do sistema de produção rural geram consequências para o meio ambiente e para a saúde humana, agravadas pelo descarte irregular de milhões de embalagens plásticas de diversas composições: embalagens metálicas, de papelão e algumas não reaproveitáveis.

No Brasil, antes da PNRS, 50% das embalagens vazias de agrotóxicos eram descartadas ou comercializadas sem nenhum controle; 25% eram queimadas a céu aberto, 10% eram armazenadas ao ar livre e 15% eram abandonadas nas lavouras (ANDEF, 1999) gerando-se um enorme passivo ambiental. Esses dados foram importantes para a construção da PNRS e mostravam a necessidade de medidas urgentes para uma destinação de embalagens de agrotóxicos que crescia em grandes proporções.

O destino final dos recipientes vazios de agrotóxicos é um processo complexo, que demanda a participação essencial de todos os agentes envolvidos, desde o fabricante, os canais de comercialização, o correto emprego pelo usuário, licenciamento adequado, fiscalização e monitoramento das atividades conexas com o manejo, transporte, armazenagem e processamento dessas embalagens. Da mesma forma, a devolução destes recipientes à fonte produtora deverá estar licenciada e atender o disposto na Resolução do CONAMA n. 465/2014. A referida resolução dispõe sobre os requisitos e critérios técnicos mínimos necessários para o licenciamento ambiental de estabelecimentos destinados ao recebimento de embalagens de agrotóxicos e afins, vazias ou contendo resíduos.

Especificamente no tocante aos agrotóxicos, a logística reversa é regulada pela Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, Lei nº 9.974, de 6 de junho de 2000, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Nesta última, destacam-se as modificações inseridas em alguns artigos, acrescentando-se instruções sobre logística reversa, do parágrafo 2º ao 6º do art. 6º, estabelecendo que os usuários de agrotóxico, componentes e afins deverão devolver as embalagens vazias dos produtos aos estabelecimentos onde foram adquiridos no prazo de um ano (§2º). Se o produto for importado, assumirá a responsabilidade o importador (§3º). As embalagens rígidas que contiverem formulação miscíveis ou dispersíveis em água deverão ser submetidas à tríplice lavagem (§4º). Quanto à destinação final, após a devolução pelos usuários ou apreensão por ação fiscalizatória, as empresas que produzem equipamentos deverão adaptar seus pulverizadores para facilitar a tríplice lavagem nas propriedades (§6º).

É importante notar a existência de processos de logística reversa, ainda que sem previsão expressa na lei nº 7.802, antes da promulgação da PNRS, o que indica um amadurecimento da legislação a partir de 1989, com a primeira concepção de logística reversa, até a PNRS que veio consolidar essa obrigação para outros setores.

Verifica-se que a legislação atribui a responsabilidade compartilhada da destinação correta das embalagens vazias de agrotóxicos aos diversos atores ativos no setor agrícola, tais como produtores, distribuidores, cooperativas, fabricantes e poder público (BRASIL, 2000), uma vez que a lei brasileira determina o retorno das embalagens de agrotóxicos.

Desta forma, o Brasil, que já vinha se organizando por iniciativa das indústrias de agrotóxicos com algumas unidades pilotos, começa a experimentar resultados na devolução das embalagens à indústria.

Como exemplo, para mostrar o total de embalagens de agrotóxicas devolvidas por Estado, utilizaram-se dados de 2008 e 2009, portanto, antes da PNRS e da Resolução do CONAMA. Assim, a tabela 1 indica a participação dos Estados da federação brasileira no tocante à devolução de embalagens.

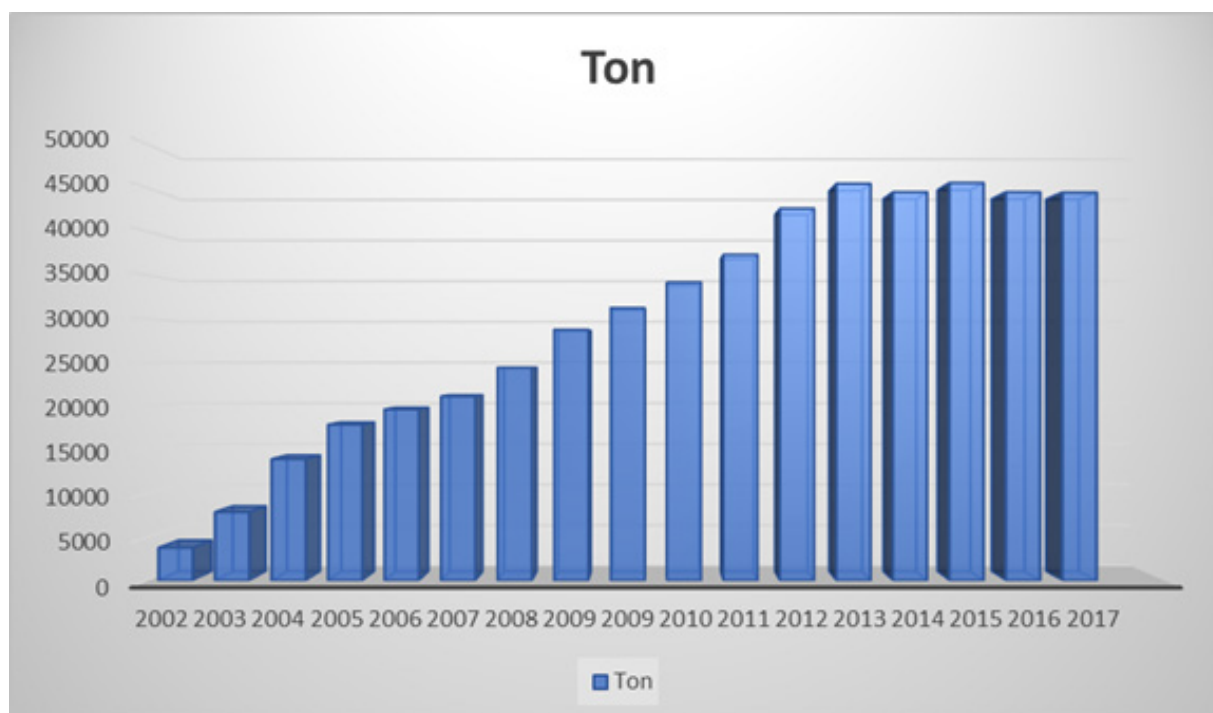
Tabela 1 - Kg totais de embalagens de agrotóxicos devolvidos por estado

Estado	2008	2009	%
Alagoas	97.700	87.810	-10,1%
Bahia	1.449.708	1.883.100	29,9%
Ceará	20.930	5.290	-74,7%
Espírito Santo	147.178	126.895	-13,8%
Goiás	2.438.724	3.110.566	27,5%
Maranhão	396.367	602.747	52,1%
Mato Grosso	5.794.093	6.776.665	17,0%
Mato Grosso do Sul	1.666.358	1.976.962	18,6%
Minas Gerais	2.113.090	2.279.345	7,9%
Pará	34.210	37.610	9,9%
Paraíba	-	0	
Paraná	4.193.820	4.563.270	8,8%
Pernambuco	179.753	205.580	14,4%
Piauí	104.191	148.517	42,5%
Rio de Janeiro	35.870	24.042	-33,0%
Rio Grande do Norte	37.620	56.214	49,4%
Rio Grande do Sul	2.015.865	2.511.397	24,6%
Rondônia	55.820	92.180	65,1%
Roraima	38.020	-	
Santa Catarina	480.429	545.034	13,4%
Sergipe	-	21.760	
São Paulo	3.036.029	3.598.033	18,5%
Tocantins	79.563	118.410	48,8%
TOTAIS:	24.415.338	28.771.427	17,8%

Fonte: Brasil (2012)

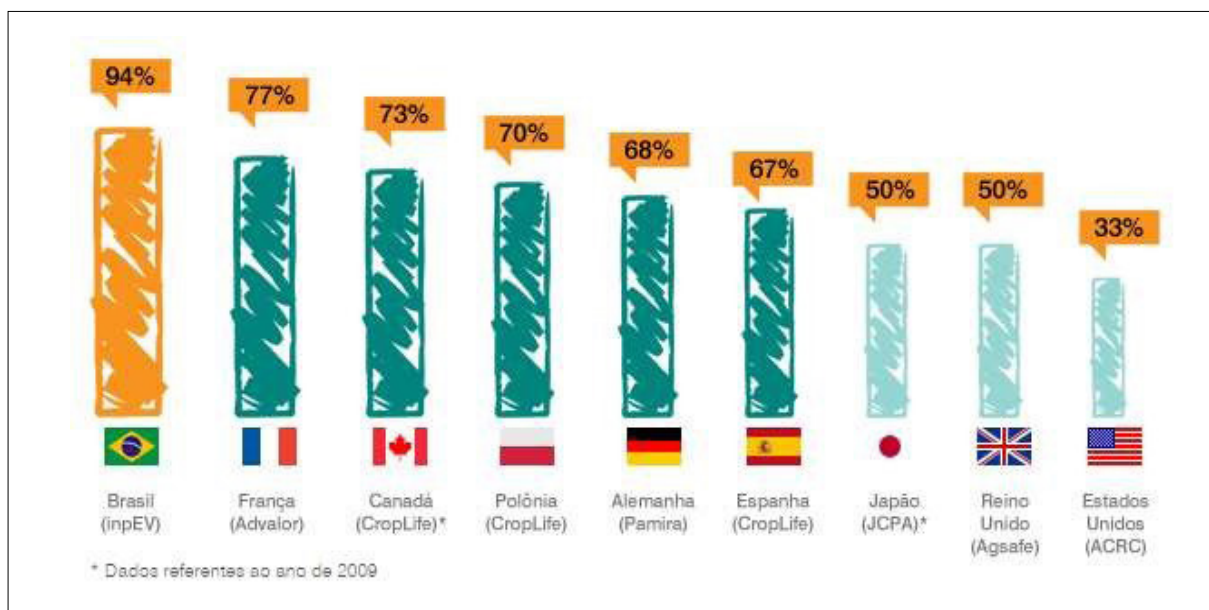
Ainda assim, a lei produziu de forma clara bons resultados na coleta de embalagens oriundas do campo, produzindo um efeito menos nocivo ao meio ambiente rural. Pode-se se ver no gráfico 01 a crescente em quilos das devoluções em seu total.

Gráfico 1 – Evolução das devoluções de embalagens de agrotóxicos



Fonte: INPEV (2017) e Brasil, (2017)

Outro dado histórico de 2010 refere-se ao comparativo de devolução com as demais nações que utilizam este instrumento como uma solução para uma menor degradação ambiental. Da data do levantamento exposto, o Brasil passou de 3º maior consumidor de agrotóxicos do mundo para primeiro, onde vem se mantendo há mais de cinco anos.

Gráfico 2 - Posição do Brasil no descarte mundial de embalagens de agrotóxicos

Fonte: Brasil (2010)

Veja-se que a aplicação da logística reversa no campo dos agrotóxicos se dá em diversos países. Na União Europeia, onde os resíduos são atualmente regulados, principalmente, pela Diretiva 94/62/CE, de 20 de dezembro de 1994, verifica-se um estágio mais avançado em relação à temática deste estudo, exigindo-se que os fabricantes recolham as embalagens de pesticidas (UNIÃO EUROPÉIA, 1994).

No Brasil, observa-se que as embalagens de agrotóxicos recebidas pelas recicladoras são transformadas em diversos produtos, incluindo barrica de papelão, barrica plástica para incineração, caçamba plástica para carriola, caixa de bateria automotiva, caixa de passagem para fios e cabos elétricos, caixa para massa de cimento, conduíte corrugado, cruzeta de poste de transmissão de energia, duto corrugado, embalagem para óleo lubrificante, roda plástica para carriola, saco plástico de descarte e incineração de lixo hospitalar, tubo para esgoto, tampa agro Recicap, ecoplástica Triex, recipallet e caixa para descarga (BRASIL, 2012).

Verifica-se que, ao regulamentar o processo de logística reversa, a legislação instrumentaliza, de maneira direta, dois princípios fundamentais do Direito Ambiental: princípio do poluidor-pagador e da prevenção.

O princípio do poluidor-pagador é compreendido como um instrumento econômico de política ambiental que exige do poluidor ou de potenciais poluidores o dever de arcar com as despesas estatais relativas à prevenção, reparação ou repressão dos danos ambientais. Em outras palavras, o poluidor deve arcar economicamente

na correção do dano ambiental provocado, já que ele impossibilitou a coletividade de usufruir um bem-estar ambiental (TABOADA, 2005, p. 40).

Veja-se que a imposição da logística reversa se coaduna à própria prevenção do dano, ou seja, configura-se medida que procura evitar “o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade” (MILARÉ, 2000, p. 102).

A legislação, dessa forma, atende a uma exigência expressa no Princípio 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que preconiza que as autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista que “o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais” (ONU, 1992, p. 3).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da necessidade de potencializar a produção de alimentos, o uso de agrotóxicos tem aumentado significativamente nos últimos anos, em todo o mundo. Com isso, o descarte e a destinação adequada das embalagens desses produtos têm se mostrado um verdadeiro desafio para a sociedade, especialmente diante dos malefícios que podem causar à saúde humana e ao meio ambiente.

Diante dessa problemática, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, e seu regulamento, Decreto Nº 7.404 de 23 de dezembro de 2010, trouxeram princípios e condutas, introduzindo a responsabilidade solidária pelo ciclo de vida dos produtos e seus resíduos, consolidando o conceito de logística reversa na legislação brasileira.

Apesar da previsão legal e dos avanços observados com a PNRS, verifica-se a necessidade de um envolvimento mais abrangente, incluindo a sociedade, o governo, a indústria e a comunidade acadêmico/científica, dentre outros, para que a logística reversa atinja, de fato, o objetivo a que se propõe, especialmente no que toca às embalagens de agrotóxicos.

A PNRS é o amparo legal que obriga a existência deste envolvimento e essa responsabilização solidária. Contudo, a eficácia plena da legislação depende de uma cadeia de atores, de planejamento técnico e de recursos humanos e ambientais para a sua concretização.

O presente trabalho buscou apresentar a problemática gerada pelas embalagens de agrotóxicos e como a logística reversa, prevista na PNRS, pode representar uma solução ao problema apontado, bem como a evolução da logística reversa no âmbito legislativo brasileiro e os princípios a ela relacionados.

A previsão de aumento de produção até 2050 do setor agrícola brasileiro revela que haverá também um crescente uso de agrotóxicos e, conseqüentemente, um aumento de uso de embalagens. Nesse contexto, torna-se imprescindível uma estrutura adequada para armazenagens em postos de entrega pelo agricultor com condições adequadas para o recebimento e armazenamento, mesmo que temporário, até serem levadas para seu destino final, consolidando aquilo que prevê a legislação ambiental.

REFERÊNCIAS

- ADAME MARTÍNEZ, Francisco. Tributación ambiental y haciendas locales. In: SERRANO ANTÓN, Fernando (Org.). **Tributos municipales sobre residuos em derecho comparado**. Navarra: Aranzadi, 2011.
- BALSAN, Rosane. Impactos decorrentes da Modernização da Agricultura Brasileira. **Revista de Geografia Agrária**, Rio Grande, v. 1, n. 2, ago. 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. Londres: Sage, 1992.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (Org.). A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.
- BECK, Ulrich. Autodissolução e auto-risco da sociedade industrial. O que isso significa? In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott (Org.). **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da Universidade Paulista, 1997.
- BRASIL. Sistema de Destinação Final de Embalagens. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/OE732C8D/ApresentINPEV_14e15abr10.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2017.

CARSON, Rachel. **Silent Spring**. Fortieth Anniversary Edition New York: Mariner Books, 2002.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Barcelona: Critica, 2010.

DERRY, Thomas Kingston; WILLIAMS, Trevor Illtyd. **A Short History of Technology from the Earliest Times to A.D. 1900, Parte 1900**. New York: Oxford University Press, 1993.

GEETHA, A. IT Enabled Supply Chain Management. In: RADHAKRISHNAN, P. *et al.* (Org.). **Logistics and Supply Chain Management**. Coimbatore: Allied publisher, 2001.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.

GOMES, Eduardo de Castro. A escrita na História da humanidade. **Dialógica - Revista Eletrônica da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Amazonas**, Manaus, v. 1, n. 3, 2007. Disponível em: <http://dialogica.ufam.edu.br/PDF/no3/Eduardo_Aspectos_da_escrita_na_Historia_da_humanidade.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como "Ideologia"**. Tradução de Artura Morão. Lisboa: Edições 70, 1968.

INPEV, Instituto Nacional de Processamento de Embalagens vazias. Logística Reversa das embalagens vazias de de agrotóxico. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.inpev.org.br/downloads/apresentacaoinstitucional/apresentacao_institucional_maio_2013.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2017.

MAGOC, Chris J.; BERNSTEI, David. **Imperialism and Expansionism in American History: A Social, Political, and Cultural Encyclopedia and Document Collection**. Santa Barbara: ABC-CLIO, 2014.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das Agriculturas no Mundo: do neolítico à crise contemporânea**. Tradução de Cláudia F. Falluh Balduino Ferreira. Porto Alegre: Unesp, 2009.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. Origem e Expansão da Agricultura no Mundo. In: MIGUEL, Lovois de Andrade (Org.). **Dinâmica e Diferenciação de Sistemas Agrários**. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

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

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação**. São Paulo: UNESCO, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: ONU, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

ROGERS, Dale S; TIBBEN-LEMBKE, Ronald S. Going Backwards: Reverse Logistics Trends and Practices, Nevada, 1998. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/imagens_intranet/files/logistica_reversa.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2017.

SILVEIRA, Karen Pegorari. Iniciativas sustentáveis: INPEV – Praticando a logística reversa em embalagens de agrotóxicos. **Portal Fiesp - Índices, pesquisas e publicações**, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/iniciativassustentaveis-inpev/>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

STEWART, Ian. **Uma História da Simetria na Matemática**. Tradução de Claudio Catarina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

TABOADA, Carlos Palao. El principio “quien contamina paga” y el principio de capacidad económica. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

THODE FILHO, Sérgio; MACHADO, Carlos José Saldanha; VILANI, Rodrigo Machado; PAIVA, Julieta Laudelina; MARQUES, Mônica Regina da Costa. A Logística Reversa e a Política Nacional de Resíduos Sólidos: desafios para a realidade brasileira. **Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental**, v. 19, n. 3, p. 529-538, set./dez. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/reget/article/viewFile/19322/pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 94/62/CE, do 20 de Dezembro de 1994, do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às embalagens e aos resíduos de embalagens. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISUM%3AI21207>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

ZAMBERLAN, Jurandir; FRONCHETI, Alceu. **Preservação do pequeno agricultor e o meio ambiente**. Petrópolis: Vozes, 2001.

SOCIEDADE DE RISCO E GERAÇÕES FUTURAS: OS RISCOS DAS NANOTECNOLOGIAS EM COSMÉTICOS

Danusa Terezinha Agatti Gross

Graduada em Direito na Universidade Feevale.

E-mail: danusaa@gmail.com.

Haide Maria Hupffer

Pós-doutora em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Professora na Universidade Feevale.

E-mail: haide@feevale.br.

Ana Paula ATZ

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Professora na Universidade Feevale.

E-mail: anapaulaatz@feevale.br.

1 INTRODUÇÃO

As novas tecnologias, tais como as nanotecnologias, ocasionam a proliferação de riscos e perigos abstratos e passam a exigir do Direito decisões calcadas na preocupação com as gerações futuras e com os possíveis danos ao meio ambiente e à sociedade.

Para compreender os riscos das nanotecnologias, é preciso conhecer as importantes contribuições de Ulrich Beck para o entendimento do que é a sociedade de risco. Beck fundamenta a Teoria da Sociedade de Risco indicando que os riscos da tecnologia têm consequências negativas e, ao mesmo tempo, positivas, o que demanda decisões políticas frente à obscuridade dos riscos. Para Beck, a sociedade de risco exige controle, moralidade e ética para avançar na antecipação de eventuais perigos.

Por se tratar de uma tecnologia nova, o uso das nanotecnologias em cosméticos faz um alerta sobre “o não saber”, ou seja, não se sabe a que riscos o ser humano e o meio ambiente estão expostos, fazendo com que se coloque o Direito à Informação como uma forma de prevenir sobre os riscos e perigos aos possíveis consumidores desses produtos.

O objetivo principal do presente estudo é descrever os riscos e os benefícios das nanotecnologias, examinando, em especial, os nanocosméticos e o Direito do Consumidor à informação sobre cosméticos com nanopartículas.

O método de abordagem é o dedutivo e o analítico, uma vez que a intenção é somar conhecimentos acerca do tema. Como técnica de pesquisa, utiliza-se a pesquisa bibliográfica e documental para analisar como a literatura e a legislação brasileira se posicionam sobre a necessidade da cautela no que tange às nanotecnologias e a escassez de informações sobre os riscos e a falta de normas que protejam o consumidor de nanocosméticos.

A pesquisa aqui apresentada está dividida em três subitens: no primeiro subtítulo, Sociedade de Risco e o Direito das Futuras Gerações, inicia-se contextualizando a evolução da Sociedade Industrial até a Sociedade de Risco Global sob o olhar de Ulrich Beck, na sequência contextualiza-se o não tão maravilhoso mundo das nanotecnologias e dos nanocosméticos, contemplando uma análise dos riscos e benefícios oriundos da nanotecnologia. Por fim, elege-se os nanocosméticos como estudo para observar se o Direito à Informação é observado em relação aos nanocosméticos e se o empreendedor exerce o dever de informar.

2 DA SOCIEDADE INDUSTRIAL À SOCIEDADE DE RISCOS GLOBAIS

A Sociedade de Risco é decorrência da transição evolutiva dos riscos concretos da sociedade industrial potencializados pelos riscos abstratos da pós-modernidade que

são globais, imprevisíveis, invisíveis, transtemporais e transnacionais. Com o avanço da ciência, da tecnologia e da indústria, vieram também mudanças climáticas, contaminações, degradações, manipulações genéticas e muitas tantas outras modificações (CARVALHO, 2008, p. 11-13).

O sociólogo Ulrich Beck iniciou as discussões sobre a Teoria da Sociedade de Risco destacando-se no cenário internacional como um dos sociólogos mais influentes da atualidade sobre o tema da sociedade de risco. Uma de suas obras publicada em 1986 e traduzida para mais de 30 idiomas, com o título "Sociedade de Risco" (*Riskio-gesellschaft*), impactou no cenário acadêmico e teve grande repercussão e notoriedade, sendo considerado um dos investigadores mais citados na atualidade, quando se trabalha com a questão do risco. Ao falar sobre uma outra modernidade, Carvalho (2016) expõe que Beck mostra que "a produção social da riqueza" era inseparável da "produção social de riscos". O sociólogo alemão faleceu no início do ano de 2015 e deixou um grande legado.

Em uma das passagens da Obra "Sociedade Risco: Rumo a outra modernidade", Beck (2011, p. 23) é contundente ao argumentar que a sociedade pós-moderna vive em "um mundo fora do controle" com as frequentes catástrofes, resultando que as ciências já não mais conseguem garantir "risco zero". Nesta obra e em outras que escreve na sequência, Beck elabora uma crítica à racionalidade da ciência e à adequação da sociologia para tentar compreender a sociedade daquela época. (BECK, 2011, p. 24-27).

Para Domenico DeMasi (2000, p. 11-12), o advento da revolução industrial ocorrido na metade do século XVIII ocasionou inúmeras mudanças no modo de produção, trazendo como consequência mudanças significativas na vida da população. Para o autor, as principais transformações ocorreram com o progresso tecnológico que começou a se instalar naquela época, a partir de então houve um grande avanço na formação econômica da sociedade. Como consequência, a revolução industrial gerou também a degradação ambiental em escala gigantesca, assim como aumentaram os riscos, pois até então a humanidade não associava a preservação do meio ambiente com o crescimento industrial, pois as áreas rurais ainda estavam intactas na sua essência. (DE MASI, 2000, p. 12-16).

O crescimento da produção industrial criou um universo de ameaças com potencial de afetar a saúde humana e o meio ambiente, resultante da "lógica da produção de riquezas" que passa a predominar "sobre a lógica da produção de riscos" (BECK, 2012, p. 31). A sociedade, ao realizar a opção de produzir em massa em nome do crescimento industrial, não percebe ou não quer perceber os riscos que está produzindo para as gerações presentes e futuras. Com o advento da revolução industrial,

novas tecnologias se fizeram necessárias para que a sociedade pudesse ser capaz de atender à crescente demanda de desenvolvimento da população que cada vez mais desejava bens de consumo. O que se tem constatado, na realidade, é que, ao longo dos anos, a própria sociedade vem gerando ameaças a si mesmo e às gerações futuras (BECK, 2012, p. 31).

Bosco e Di Giulio (2015, p. 1), ao analisarem a tese da Sociedade de Risco, desenvolvida por Beck, compartilham que “a produção e distribuição social de riquezas e bens de consumo” são “hoje acompanhadas da produção e distribuição social de riscos que se materializa pela crescente poluição, degradação ambiental” e aquecimento global. Isto para os autores “coincide com o novo *paradigma da sociedade de risco*” que passa a se dar conta de “que as fontes de riqueza estão ‘contaminadas’ por ‘ameaças colaterais’” que para Beck não é algo novo, mas sim, o novo está em que os riscos da Sociedade de Risco ultrapassam a noção tradicional de risco e “escapam completamente à percepção humana imediata”, e são invisíveis, irreversíveis e transtemporais (BOSCO; DI GIULIO, 2015, p. 2). A contribuição de Beck tem sido bastante valiosa, uma vez que ele traz à tona toda a problemática social ambiental dos riscos do desenvolvimento.

O período pós-revolução industrial trouxe consigo a industrialização exacerbada que visava lucrar e assegurar o poder econômico de empresas e países, o que resultou na produção contra si mesma de riscos e grandes ameaças. As indústrias se fortaleceram e o capitalismo foi se desenvolvendo, aumentando, assim, o poder de investir em sempre novas tecnologias para aumentar a produção de bens de consumo e bens de capital (LEITE; AYALA, 2004, p. 11). Em decorrência da evolução dos processos de produção, o desenvolvimento e emprego de novas tecnologias advindas das forças produtivas maximizam a contaminação de alimentos, ar, água e solo. Para Beck (2011, p. 23-28), os riscos de impactos ambientais potencializam ameaças irreversíveis, desencadeadas pelo interesse de lucro da sociedade.

Nas lições de Leite e Ayala (2004, p. 13), a produção de riscos é consequência de decisões humanas que trazem ameaças potenciais ao meio ambiente e às gerações futuras. A vida, na visão dos autores, “torna-se cada vez mais frágil diante do poder de interferência do homem no meio ambiente e de transformação adversa das suas características naturais” (LEITE; AYALA, 2004, p. 14-17). Por outro lado, a Sociedade de Risco ao refletir sobre os impactos que ocasiona tem diante de si a possibilidade de “alterar os paradigmas e fundamentos éticos relacionados à proteção ambiental, que passa a apresentar-se como elemento indispensável à manutenção da vida no planeta” (LEITE; MOREIRA, 2006, p. 156).

Demajorovic (2003, p. 11-16) reflete que na verdade os riscos sempre existiram e sempre estiveram presentes nas atividades desempenhadas pelo homem. O que

mudou é que ao longo do último século e neste início de século XXI foram privilegiados os sistemas de produção e consumo de tal forma que as novas tecnologias desenvolvidas levam a uma crescente degradação, fazendo com que a sociedade chegasse ao limite de sobrevivência no planeta. Outro fato relatado pelo autor é a ampliação da poluição em suas mais variadas formas, que tem levado à degradação dos ecossistemas que se deu, principalmente, em virtude da má utilização dos recursos pelo ser humano (DEMAJOROVIC, 2003, p. 17-18).

Uma discussão importante é diferenciar risco de perigo. Neste sentido, Carvalho (2008, p. 55) preceitua que:

O risco consiste nas consequências indesejadas e danos futuros recorrentes dos processos de tomada de decisões (de um determinado sistema), havendo certa possibilidade de controle, e vincula-se às decisões tomadas no presente, consistindo-se na fase construtiva da distinção risco/perigo, pela sua maior suscetibilidade ao controle das decisões, a partir da constatação de que as decisões vinculam o tempo, ainda que não se possa conhecer suficientemente o futuro, nem mesmo o futuro produzido pelas próprias decisões do sistema. A comunicação do risco consiste exatamente nas incertezas a respeito do futuro decorrente das decisões tomadas no presente.

Beck (2008, p. 1-2), ao conceituar risco, deixa claro que risco não significa catástrofe. Para o autor, "risco significa a antecipação da catástrofe". Ou seja, "os riscos existem em um estado permanente de virtualidade, e transformam-se 'atuais' somente até o ponto em que são antecipados. Riscos não são 'reais', eles estão se tornando 'reais'" (BECK, 2008, p. 2). A sociedade passou a exigir que o causador do dano e risco ambiental seja responsabilizado por suas ações e omissões, pois os riscos e perigos oriundos das novas tecnologias afetam as relações sociais e modificam a sociedade industrial para uma sociedade de risco, onde as consequências não delimitadas e imprevisíveis afetam o meio ambiente (CARVALHO, 2008, p. 55-56).

Diferentemente do risco, o perigo decorre de eventos da natureza ou acontecimentos naturais, quais sejam, aqueles externos os quais o sistema observador não consegue detectar, são externos à sociedade e não há sua interferência ativa. Observa-se, nesse contexto, que a maioria da sociedade vive em constante perigo por não participar das decisões tomadas acerca das ações futuras (BECK, 2012, p. 17-18).

Para Beck (2012, p. 18-19), o perigo é sempre uma construção cognitiva e social e, "por isso, as sociedades modernas são confrontadas com as bases e com os limites do seu próprio modelo até o grau exato em que eles se modificam, não refletem sobre seus efeitos e dão continuidade a uma política muito parecida".

Observa-se, neste sentido, que a principal distinção entre risco e o perigo é que no risco a observação é interna e no perigo é externa. O perigo, porque esse se manifesta de causas externas, naturais, não atribuíveis ao homem, já o risco descende de uma dimensão humana, de escolha e aceitação dos efeitos (BECK, 2011, p. 275).

Na análise de Leite e Belchior (2012, p. 16), na sociedade industrial surgiu a teoria do risco concreto que é trazida por Beck. Os autores revelam que, para Beck, o risco concreto é aquele risco considerado visível e que é passível de previsão, para os quais a ciência pode prever suas dimensões e possíveis aplicações. Apontam ainda “a existência de duas modalidades de risco: o concreto ou potencial, que é visível e previsível pelo conhecimento humano”. Para Leite e Belchior (2012, p. 16), a teoria do risco concreto é a teoria “segundo a qual o risco somente é levado em consideração como critério de imputação de responsabilidade civil por danos já concretizados”.

Nessa mesma linha de entendimento, Carvalho (2008, p. 66) define em suas palavras os riscos concretos.

Os riscos concretos ou industriais são calculáveis pelo conhecimento vigente, sendo caracterizados por uma possibilidade de análise de risco determinística, passível de uma avaliação científica segura das causas e consequências de uma determinada atividade. São riscos para os quais o conhecimento científico acumulado é capaz de determinar sua existência e dimensões. Os riscos concretos são, na verdade, consequências nocivas de uma determinada atividade ou técnica, cujo conjunto de causalidades é provável e calculável pelo conhecimento científico vigente.

Outro ponto importante para a presente discussão são os riscos abstratos que, na perspectiva de Beck (2012, p. 46-52), estabelecem a necessidade de um dever de prevenção e de tomada de decisão anterior à concretização dos riscos em danos ambientais. Com tal perspectiva, pode-se dizer que os riscos abstratos são diagnosticados pela incerteza científica, quais sejam, quando estiverem presentes as certezas científicas, de que uma determinada atividade possa representar ameaças de danos sérios ao meio ambiente ou à saúde humana. Os sistemas abstratos de que Beck (2012, p. 40-43) fala referem-se às relações sociais possíveis e sem limites, criadas pela modernidade dentro de concepções de espaço-tempo alargadas e fugidias, mas determinantes para as relações sociais em eventos localizados.

A passagem da teoria do risco concreto para a teoria de risco abstrato, para Carvalho, (2008, p. 59) se deve à “mutação da sociedade, ou seja, da transição de uma sociedade industrial para uma sociedade de risco, na qual as indústrias química e atômica demarcam uma produção de riscos globais, invisíveis e de consequências ambientais imprevisíveis”. Tais riscos são provenientes da sociedade pós-industrial,

que para o autor, são invisíveis e imprevisíveis e decorrem da transformação da sociedade. Resultam dos avanços tecnológicos e do capitalismo predatório que visam lucro a qualquer preço, sem levar em consideração os riscos produzidos a longo prazo (CARVALHO, 2008, p. 67).

Carvalho (2008, p. 67) destaca que os "riscos abstratos escapam da percepção humana" e como exemplo cita: "a contaminação nuclear ou química, poluentes em gêneros alimentícios, epidemias da civilização". O autor ainda alerta a dificuldade de se identificar os responsáveis e as vítimas dessa globalização de riscos, principalmente em razão do prolongamento temporal de seus efeitos, que não são sentidos imediatamente. Carvalho (2008, p. 67) interpreta que Beck, ao tratar da continuidade deste modelo social, entende que a sociedade está diante da possibilidade da destruição total da vida no planeta.

Para Beck (2011, p. 55), "a sociedade de risco é, nesse sentido, também a sociedade da ciência, da mídia e da informação. Nela, escancaram-se, assim, novas oposições entre aqueles que produzem definições de risco e aqueles que as consomem". Isto é, os riscos existem e não são meramente uma construção social, mas a sua transformação depende de como são percebidos socialmente (BECK, 2011, p. 55-56). A consciência dos riscos, não obstante, torna-se de certa forma uma consequência natural do próprio processo de desenvolvimento pelo qual passaram.

Nunca como hoje a humanidade se viu obrigada a delegar os conhecimentos para técnicos e neles depositar a confiança da gestão dos riscos dos avanços tecnológicos, conforme enfatiza Beck (2011, p. 59). O mais dramático é que no modelo de sociedade de risco, a marca é "uma época social na qual a solidariedade por medo emerge e torna-se uma fonte política". Tudo o que era inofensivo aos olhos da modernidade, na sociedade de risco revela-se perigoso, como "fertilizantes que convertem-se em venenos de longa duração, com efeitos que se estendem mundialmente". O que antes se celebrava como fontes de riqueza, na sociedade de risco transformam-se em "imprevisíveis fontes de perigo". Como exemplos, Beck (2011, p. 62) cita: a energia atômica, a tecnologia genética, a biotecnologia, a indústria química, entre outros. O problema é que hoje estas fontes de perigo "tratam-se de possibilidades iminentes" e que a humanidade assiste "horrorizada, pois não é uma mera possibilidade, "mas sim um fato *sob encomenda* (e não apenas uma alucinação delirante)". Além do exposto, a humanidade acredita que os cientistas detêm o conhecimento para lidar com as mais variadas formas de operar com o risco: riscos alimentares, riscos do sistema de segurança de usinas atômicas, riscos de medicamentos, riscos de veículos, riscos de contaminação radioativa por equipamentos de uso doméstico. (BECK, 2011, p. 62-63).

Beck (2011, p. 27) esclarece sua manifestação no que tange aos riscos da modernidade que, segundo ele, "cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que o produziram ou que lucraram com eles". Eles possuem uma consequência chamada por ele de *efeito bumerangue*, "que implode o esquema de classes" (BECK, 2011, p. 27). Segundo o sociólogo, nem os ricos e poderosos escaparam de seus efeitos, ao destacar que

com o reconhecimento social de riscos da modernização, estão associados desvalorizações e desapropriações ecológicas, que incidem múltipla e sistematicamente a contrapelo dos interesses de lucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização. Ao mesmo tempo, os riscos produzem novos desníveis internacionais, de um lado o terceiro mundo e do outro os países industriais (BECK, 2011, p. 27-28).

Refletindo diretamente em todos os setores da sociedade, pode-se dizer que as consequências dos riscos na maioria das vezes são tão intensas, que os próprios empreendedores do progresso tecnológico percebem que o risco pode trazer redução de lucro e, com esse prognóstico, passam a adotar medidas de restrições quanto a isso (BECK, 1997, p. 11-23).

Comprometidos com o crescimento econômico global, o Estado e o poder das empresas privadas encobrem os frutos negativos do progresso, dissimulando os reais riscos ambientais num "faz-de-conta que os riscos não são reais, numa banalização que denota a irresponsabilidade organizada" (LEITE; BELCHIOR, 2012, p. 24).

Leite e Ayala (2004, p. 22) denunciam que a tentativa das instituições e da mídia de ocultar os riscos a que a sociedade está exposta irá se sustentar até o momento em que os riscos começam a se transformar em acidentes e comecem a causar danos, na maioria das vezes, danos irreparáveis.

Parece ficar claro, segundo Beck (2011, p. 58), que a insistência na ideia de uma sociedade de risco vem para mostrar que a importância atribuída ao crescimento econômico, ancorado na ideia de produção de riquezas, com base no desenvolvimento da ciência e da tecnologia, vem levando a humanidade a uma reflexividade cada vez maior. Neste sentido, defende que a sociedade deve ter acesso à informação e ao conhecimento dos riscos a que está sujeita e não ficar refém da tensão entre "subtração do risco e comércio, produção e consumo de definições de risco" (BECK, 2011, p.58-59).

A teoria da modernização reflexiva, além de apresentar os efeitos reflexos advindos do modelo de desenvolvimento, inspira a reflexão acerca da necessidade de mudança das regras estruturais dos sistemas vigentes, que desencadeiam tantos problemas socioambientais. A característica reflexiva da sociedade divide-se em re-

flexão, em que, através do “conhecimento dos fundamentos, consequências e problemas dos processos de modernização”, se autocritica, a sociedade auto confronta as consequências não desejadas da modernização e da sociedade de risco (BECK, 2011, p. 72-75).

Fatores aos quais não se podem controlar afetam a vida de várias formas e aspectos, alcançando a coletividade como um todo. Frente ao exposto, Beck (2011, p. 76-85) instiga a humanidade a agir com lucidez e visualizar esse poder que a ciência e também as classes dominantes detêm ao criarem riscos e prejuízos, aos quais a grande parte da população está exposta e sofrerá as consequências. Giddens (2000, p. 48), em sua reflexão, remete à humanidade refletir que “não temos outra escolha senão decidir como ser e como agir”, desvelando que é através das ações e escolhas que o ser humano pode contribuir com desenvolvimento sustentável para o futuro que ainda está por vir.

Conclui-se que nunca a sociedade esteve tão exposta aos riscos como nesse início de século XXI, em que os grandes riscos são invisíveis, transtemporais e transgeracionais, ou seja, suas consequências podem se dar no tempo e no espaço. A sociedade deveria estar ciente e consciente dos riscos aos quais está exposta, e ter a reflexão de como mudar e de como confrontar esses riscos para alterar o atual quadro de exposição à riscos.

3 O NÃO TÃO MARAVILHOSO MUNDO DA NANOTECNOLOGIA E DOS NANOCOSMÉTICOS

As conquistas e descobertas no campo da tecnociência conseguiram feitos antes considerados inimagináveis. As descobertas de novas tecnologias, entre elas as nanotecnologias, avançam em ritmo acelerado. Por conseguinte, a marca dos novos tempos é a instabilidade, a incerteza, a mudança constante e célere de tudo a nossa volta (SILVA, 2012, p. 207-221).

As nanotecnologias são a expressão destes novos tempos. Existe uma vasta literatura que fala de conceitos, definições e benefícios das nanotecnologias. O termo nanotecnologia foi primeiro utilizado pelo professor Norio Taniguchi, da Universidade de Ciência de Tóquio, em 1974 (FORNASIER; ROGERIO, 2015, p. 418-432). A ISO (International Organization for Standardization) normatizou e padronizou o termo nanotecnologia ao indicar que a expressão inclui uma ou ambas das seguintes opções:

1. Compreensão e controle da matéria e dos processos em nanoescala, tipicamente, mas não exclusivamente, abaixo de 100 nanômetros de uma ou mais dimensões, onde o aparecimento dos fenômenos, dependentes do tamanho, geralmente permite uma nova aplicação.
2. A utilização da nanoescala faz com

que as propriedades dos materiais sejam diferentes das propriedades individuais de átomos, moléculas e materiais em massa, para criar melhores materiais, dispositivos e sistemas que explorem estas novas propriedades (ENGELMANN; FROHLICH; HOHENDORFF, 2015, p. 19).

Em sua abordagem, Hohendorff (2015, p. 11-12) entende que “as nanotecnologias são um conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação, obtidas graças às especiais propriedades da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões manométricas”. Para a autora, além dos benefícios, esta “tecnologia em escala nano traz consigo muitas incertezas, especialmente concernentes aos riscos altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente” (HOHENDORFF, 2015, p. 13-14).

Com o mesmo olhar, Silveira e Santos (2015, p. 362-369) também se posicionam no sentido de dizer que “nanotecnologia é o nome dado à ciência que explora materiais em escala atômica ou molecular, ou seja, que explora materiais numa escala bastante reduzida”. Para os autores, “o nanômetro (nm) é uma unidade de medida que equivale a um bilionésimo de metro”, o que possibilita “manipular estruturas muitíssimo pequenas e até então intocadas pelo homem, para formação de novas estruturas e materiais” (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 362-369).

Engelmann e Berger Filho (2010, p. 50-91) mostram o significado e a origem do termo nanotecnologia, assim expressando:

A palavra nanotecnologia deriva do prefixo grego nânos, que significa anão, têchne que equivale a ofício, e logos que expressa conhecimento. O ponto de partida para o termo nanotecnologia é a dimensão da intervenção humana sobre a matéria. Será utilizada a expressão no plural, ou seja, *nanotecnologias*, pois o nanômetro é uma escala, e ela poderá ser utilizada em diversos empregos tecnológicos, seja na química, medicina, farmácia, engenharia, entre outros

O avanço da nanotecnologia propicia “a criação de novos produtos e processos, com a diminuição de custo e aumento em escala geométrica da produção”, o que, de fato, gera no mundo científico um ganho em tempo e dinheiro. A nanotecnologia revolucionou “setores fundamentais da sociedade humana, como a economia, a ciência e o direito” (FLORES; DOSSEN JUNIOR; ENGELMANN, 2010, p. 152-175). Em termos de inovação industrial, as nanotecnologias têm um significado especial, ou seja, resultam de:

Uma longa aventura como uma alternativa para o estudo dos fenômenos e manipulação de materiais na escala atômica, molecular e macromolecular, quando as propriedades diferem significativamente daquelas observadas na escala macro e a realização do desenho, caracterização, produção de estruturas, peças e

sistemas pelo controle do seu tamanho e forma na escala nanométrica, ou 10⁻⁹ (ABDI, 2010, p. 31).

As nanotecnologias estão presentes em “várias áreas de pesquisa e produção em escala anatômica”, como na “medicina, eletrônica, computação, física, química, biologia e materiais” (DUPAS, 2009, p. 57). Um exemplo bastante promissor destacado por Fumagali, Marinho e Oliveira (2015, p. 189) é a nanomedicina, que tem apresentado avanços significativos para diagnosticar doenças e tratar enfermidades, com a utilização de nanossensores que podem propiciar o “aumento da qualidade de vida” do ser humano. Os nanossensores para Ferronato (apud FUMAGALI; MARINHO; OLIVEIRA, 2015, p. 189) são “incorporados ao próprio organismo e viajam pelo mesmo como se fossem vírus pelo sangue, onde poderão detectar doenças antes que se expandam”. Fornasier (2015, p. 425-426) referencia que:

São comercializadas nanocápsulas capazes de carregar e proteger substâncias ou materiais químicos (inclusive remédios) por diferentes sistemas (água, meio ambiente, tecidos etc.) e depositá-los exata e precisamente no local-alvo com liberação controlada. Já estão sendo utilizados na indústria de cosméticos, mas podem ser eficientes para tratamento de doenças num futuro breve.

Outro campo promissor é o ramo da alimentação, no qual é possível fabricar embalagens inteligentes, “alterar o sabor, a cor, a resistência e consistência do alimento, bem como a estética, graças ao emprego de nanotecnologia”. Destaca-se também que através das nanopartículas é possível “proteger alimentos contra fungos e bactérias” (FORNASIER; ROGERIO, 2015, p. 422). Na agricultura, a nanotecnologia é utilizada para alcançar maior produção e produtividade no campo. Na veterinária, ela está presente no desenvolvimento de nanomedicamentos para animais, entre outras inovações (ENGELMANN; FROHLICH; HOHENDORFF, 2015, p. 30-31).

As nanotecnologias também estão presentes em calçados esportivos, cosméticos, medicamentos, tecidos inteligentes, tecidos antibacterianos, pinturas para carros que não riscam, protetores solares, telefones celulares, entre outros. Além dos setores já listados, a nanotecnologia é muito utilizada em setores como: “tratamento e remediação da água, cerâmica e revestimentos, materiais compostos, plásticos e polímeros, cosméticos, aeroespacial, naval e automotivo, siderurgia, odontológico, [...], cimento e concreto, microeletrônica”, assim como para realizar “diagnóstico e prevenção de doenças e sistemas para direcionamento de medicamentos” (ABDI, 2010, p. 31).

O mundo das nanotecnologias é um mundo de possibilidades inimagináveis e constitui hoje a “nova fronteira da era global”, com acréscimos significativos “na me-

lhoria das condições de vida (quando bem aplicados)". Por outro lado, todo o avanço tecnológico trazido pelas nanotecnologias deixa a sociedade ou o "tecido social" com um sentimento de completa incerteza diante dos riscos que permeiam essa nova tecnologia (FLORES; DOSSEN JUNIOR; ENGELMANN, 2010, p. 152-175). O certo é que se trata de uma "descoberta científica poderosa, mas que ainda não se mostrou integralmente" (ENGELMANN; FLORES; WEYERMÜLLER, 2010, p. 19).

Segundo Fornasier (2015, p. 425-456), as possibilidades de produtos e aplicações com nanotecnologia podem ser "benéficas para o ser humano e para o ambiente com o seu desenvolvimento", entretanto, é preciso ter presente que elas também apresentam "possibilidades catastróficas concernentes ao seu uso desmedido e desregrado". À luz de tal perspectiva, Fensterseifer (2015, p. 425-456) alerta que "o uso de tecnologias, por vezes, expõe a existência humana a tal ponto em que o ser humano é colocado como meio ou objeto para a consecução de determinadas práticas".

Sob esse viés da ambiguidade entre risco e benefício, reveste-se de extrema relevância analisar as implicações atinentes ao tema das nanotecnologias, pois, do contrário, corre-se o risco de deixar de lado importantes observações, como: i] os impactos dessas novas tecnologias devem ser observados, uma vez que não se tem informações seguras sobre os riscos e perigos da nanotecnologia na saúde humana e no meio ambiente; ii] o acelerado desenvolvimento de novos produtos ou aplicações com nanotecnologia, sem sombra de dúvidas, dá ensejo a muitas controvérsias; iii] essas novas tecnologias estão sendo adaptadas às mais variadas áreas, desafiando inclusive o conhecimento e a compreensão do ser humano. Estes fatos, por si só, requerem reflexões para discutir as potencialidades e os riscos que envolvem esta nova tecnologia (ENGELMANN, 2011, p. 385-389).

As nanotecnologias, conforme exposto, encontram-se nos mais variados setores e produtos do cotidiano, porém, por se tratar de uma nova tecnologia, não se sabe ao certo o potencial risco da exposição humana e do meio ambiente a esses nanomateriais. Sabe-se que os efeitos positivos são variados e os benefícios que elas trazem também, porém, ainda não se tem precisamente um estudo sobre os efeitos que isso causará para o ser humano que as utiliza e para o meio ambiente (ENGELMANN, 2015, p. 107-109).

Esses riscos tornam-se um desafio tanto para o Estado quanto para a sociedade, porquanto o Estado por ter o dever de proteger o consumidor e a sociedade por ter o direito de saber sobre os riscos inerentes ao consumo de qualquer produto (AMORIN, 2014, p. 416-417). Desse modo, evidencia-se a necessidade de delimitar os riscos que decorrem da utilização dos produtos nanoestruturados. Abre-se, assim, um espaço para "desenvolver uma abordagem multidisciplinar" em relação aos riscos da

nanotecnologia, visto que, só com a reunião das várias ciências será possível avançar com indicações de como os riscos poderão ser percebidos “com mais dados científicos” (AMORIN, 2014, p. 417).

Na mesma linha, pode-se dizer que a análise e a discussão acerca desse assunto apontam que as nanotecnologias, do mesmo modo como produzem novos materiais benéficos, trazem consigo riscos que ainda não são suscetíveis de avaliação, pois as partículas nanométricas podem de fato romper barreiras se acumulando nas células e, ainda não se sabe ao certo os efeitos dessas partículas em organismos vivos, nem no curto nem no longo prazo (ENGELMANN, 2015, p.105-109).

Em sua abordagem, Andrade (2013, p. 46) também compartilha com essa preocupação, ao afirmar que “a exposição aos nanomateriais pode ocorrer em qualquer fase de seu ciclo de vida, desde o seu desenvolvimento, fabricação e uso, indo até o descarte”. O que se tem constatado é que a nanotecnologia propõe um desafio à ideia de gestão dos riscos, pois não existe paralelo na história científica. De igual modo, a ciência ainda está longe de indicar elementos de controle e segurança para sua utilização (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 362-391).

Corroborando, Fornasier (2015, p. 427) indica que a incorporação desses nanomateriais no organismo altera o metabolismo celular e o “sistema imunológico dos seres vivos também”. Não obstante as dificuldades enfrentadas em relação aos riscos, é importante refletir que não há regulamentação específica para o tema, assim como informações sobre possíveis riscos das nanotecnologias e carência de metodologias para seu desenvolvimento seguro (BERGER FILHO, 2010).

Sem dúvida alguma, existem os benefícios de todas as modificações inovadoras dos produtos que contêm a nanotecnologia. Destaca-se:

Dentre as vantagens da utilização de nanopartículas, incluem a liberação controlada e/ou prolongada da substância nelas encapsuladas, a redução de efeitos adversos associados à substância, a proteção de compostos da inativação antes de atingirem o local de ação, o aumento da penetração intracelular e o aumento da atividade farmacológica. (STYLIOS *apud* ALMEIDA, 2014, p. 36-37).

Embora o campo para essas transformações seja muito promissor, pouco se questiona sobre os limites para operar a transformação, ou se há limites para tanto (ENGELMANN; RODRIGUES, 2014, p. 231-240). Por se tratar de um campo inovador, é extremamente importante examinar os potenciais riscos oriundos dessa nova tecnologia. A partir de tal perspectiva, Engelmann (2011, p. 312-313) destaca que:

No plano da nova ciência nascem riscos que projetam possibilidades de danos, dada a incerteza da maioria dos aspectos positivos e negativos que as nano-

tecnologias poderão gerar; se desconhece os aspectos de causalidade, dada a falta de um saber empírico. Isso está circunscrito aos poucos estudos de nanotoxicologia, que ainda precisam avançar, a fim de trazer aspectos mais seguros e confiáveis em suas conclusões. Existem muitas variações de nanopartículas e pelas pequenas dimensões, elas podem atravessar membranas celulares, por vezes nucleares, não respeitando barreiras orgânicas.

Com efeito, outro relevante ponto de análise destacado por Fornasier (2015, p.296-456) é o fato de que “os nanomateriais mais comuns encontrados em produtos postos à venda no mercado mundial são compostos à base de prata, de carbono, de titânio, de silício e de zinco”. Em outras palavras: não se sabe qual será a interpretação do organismo humano quando entrar em contato com esses nanomateriais, e essa possibilidade, segundo o autor, se intensifica no ambiente de trabalho, em razão da excessiva exposição dos trabalhadores a esses resíduos (FORNASIER, 2014, p. 299-300).

Neste mesmo viés, Pereira argumenta que:

Face à mobilidade das nanopartículas no meio ambiente durante o ciclo de vida e a exposição de seres humanos às mesmas, algumas medidas fazem-se necessárias, como a realização de testes de toxicologia, desenvolvimento de instrumentos de medição e métodos de avaliação padronizados, colocação de rótulos contendo as devidas informações, etc. (PEREIRA, 2008, p. 78).

Estima-se que em 2020, segundo a *National Science Foundation*, as “nanotecnologias terão um impacto de 4 trilhões de dólares sobre a economia global e empregarão 6 milhões de trabalhadores na produção a base de nanomateriais”. O dramático é que não se tem informações sobre o potencial risco a que esses trabalhadores estarão expostos e como trabalhar com segurança para que não corram tantos riscos. Essas ainda são respostas que desafiam a compreensão (ENGELMANN; FROLICH; HOHENDORFF, 2015, p. 36).

Sendo assim, percebe-se a dificuldade de regulamentar algo desconhecido da sociedade e dos juristas, como no caso em tela: as nanotecnologias. Outro problema relevante é a quase inexistência de pesquisas científicas para acompanhar o crescimento das nanotecnologias em relação a seus riscos e perigos. O dramático é que existe uma escassez de informações sobre seus efeitos (BERGER FILHO, 2010).

Palma (2009, p. 15-24) indica que o caminho do diálogo sobre os benefícios e riscos das nanotecnologias pode propiciar a “criação de uma legislação eficaz, pautada nos direitos constitucionais a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida”.

A partir dessas colocações, denota-se que “surge, à necessidade do Direito tutelar, a vulnerabilidade do consumidor diante dessa atual realidade. As iniciativas de controle e regulamentação” precisarão ser aprimoradas para que se possa garantir ao meio ambiente e à saúde humana meios legais de prevenção e precaução (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 362-391).

A contribuição do princípio da precaução deve ser valiosa para que se proporcione uma maior adequação às decisões jurídicas relacionadas à regulação das nanotecnologias. Sua observância nos textos legais para a construção de decisões deve ser levada em consideração como um importante elemento a ser observado, uma vez que o princípio da precaução está inteiramente ligado aos riscos (FORNASIER; ROGERIO, 2015, p. 426-428).

Outro motivo de reflexão está no fato de que, no ordenamento jurídico brasileiro, inexistem normas específicas e aprovadas para as nanotecnologias, e também não existe regulamentação no que diz respeito à informação que deveria ser repassada aos consumidores. Todavia, Hohendorf e Engelmann (2014, p. 155) elucidam que não é “apenas o princípio da precaução que deve ser invocado e servir de base na tomada de decisões, mas, também, o princípio da informação precisa ser mencionado e efetivamente aplicado”.

Por se tratar de algo novo, agravado pelo fato de existirem poucos estudos sobre os riscos que essas novas áreas inovadoras causam ao ser humano e ao meio ambiente, indica-se a necessidade de avançar em pesquisas sobre os potenciais riscos das nanotecnologias para as gerações presentes e futuras (IÑIGO, 2012). Razão pela qual

a nanotecnologia deve ser desenvolvida de forma segura e responsável. Seu progresso deve respeitar os princípios éticos e será necessário estudar cientificamente os seus riscos potenciais para a saúde, segurança e meio ambiente. Suas aplicações devem atender aos requisitos mínimos para um elevado nível de proteção da saúde pública, segurança e proteção do ambiente e do consumidor. Devemos avaliar e ter em conta o impacto social de modo que será necessário manter um diálogo público com o objetivo de mostrar ao mundo que a nanotecnologia é uma ciência real e não meras demonstrações de ficção científica (IÑIGO, 2012).

No atual cenário, um dos setores que mais avança é a área de cosméticos, com a utilização de nanopartículas em protetores solares, cremes para rejuvenescimento facial e corporal, entre outros tantos produtos. Os nanocosméticos foram criados há mais de duas décadas e já são largamente produzidos e utilizados no mundo. Porém, como em todos os produtos e aplicações com nanotecnologia, a área de nanocos-

méticos ainda não está regulada e não é exigida a informação sobre a existência de nanotecnologias nos produtos e potenciais riscos.

Como benefício, a utilização de nanopartículas em cosméticos permite a proteção, o transporte e a liberação dos ativos para uma camada específica da pele, ou mais profunda (ELIPECHUK; ZANCAN, 2014, p. 3-8). Destacam-se, também, nesta linha de nanocosméticos, os “xampus, condicionadores, cremes dentais, cremes antirrugas, anti-celulite, cremes para clareamento de pele, hidratantes, maquiagens, loções pós-barba, desodorantes”. A indústria reconhece inúmeras vantagens dos nanocosméticos, tais como a proteção dos ingredientes de degradação química, prolongamento da permanência dos ativos cosméticos e uma maior capacidade de penetração desses ativos na pele (ENGELMANN; FROHLICH; HOHENDORFF, 2015, p. 41-43).

O risco está em não existir obrigatoriedade legal para informar a presença de nanoestruturas na composição de cosméticos, bem como não há regulamentações ou normas diferenciadas que possibilitem tais informações em sua rotulagem. O fato é que existe no mercado grande volume de nanocosméticos disponíveis comercialmente que utilizam nanopartículas sem que haja um registro formal (ELIPECHUK; ZANCAN; 2014). Este descaso em não regulamentar a área pode gerar, segundo Engelmann e Hohendorff (2016, p. 5) danos graves à saúde. É nesse sentido o alerta dos autores:

As ameaças à saúde geradas pelos nanocosméticos podem incluir, por exemplo, câncer, danos ao desenvolvimento de fetos e bebês expostos aos produtos químicos através de produtos do bebê ou os cosméticos utilizados pela mãe, e interrupções de vários órgãos ou sistemas hormonais no organismo (ENGELMANN; HOHENDORFF. 2016, p. 5).

Com base no entendimento de Engelmann e Hohendorff, cumpre admitir que as nanotecnologias podem representar um bem ou um mal. O certo é que:

O avanço desenfreado da nanotecnologia sem o acompanhamento de pesquisas científicas sobre seus efeitos no meio ambiente e na saúde humana podem levar à triste constatação de que a potencialidade lesiva do bem só venha a ser descoberta quando o mesmo se encontrar em circulação (CATALAN, 2010, p.113-153).

Considerando os fatos e os argumentos acima expostos, verifica-se que o ordenamento normativo brasileiro se mostra insuficiente para nortear e regular o processo de industrialização e que também não possuem precedentes para regulamentar os riscos oriundos da expansão das nanotecnologias. Não há como dizer se essa tecnologia é mais benéfica ou menos benéfica à sociedade. Como também não há como

frear as inovações. Razão pela qual sugere-se cautela em relação a exposição dos trabalhadores e consumidores, usuários finais desses produtos. Embora haja grande destaque para a evolução e para o avanço da ciência na área de nanotecnologia, o mesmo não se percebe em relação ao Direito à Informação e o dever de informar as consequências sociais e ambientais.

Por fim, parece necessário pontuar que o desenvolvimento desses produtos com nanotecnologia tem contribuído para a qualidade de vida das pessoas, no entanto, é preciso ter prudência e responsabilidade quanto às informações prestadas ao consumidor, assim como são necessários esforços para indicar mais pesquisas, para que fiquem claros os riscos oriundos dessas inovações.

4 NANOCOSMÉTICOS: DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO AO DEVER DE INFORMAR

Frente aos riscos, aos inúmeros questionamentos e às incertezas que permeiam os produtos e aplicativos com nanotecnologias, “surge a necessidade do Direito tutelar a vulnerabilidade do consumidor diante dessa atual realidade”. Do mesmo modo, “as iniciativas de controle e regulamentação” precisarão ser aprimoradas para garantir ao meio ambiente e à saúde humana meios legais de prevenção e precaução. Um caminho mais seguro é aquele que prese por prevenir os riscos, sendo que, após a ocorrência do dano só restará a possibilidade de repará-lo (SILVEIRA; SANTOS; 2015, p. 362-391).

Engelmann, Flores e Weyermüller (2010, p. 130) revelam que são insuficientes os testes realizados para comprovar o grau de risco que o uso da nanotecnologia em cosméticos pode oferecer aos consumidores. O princípio da precaução, para os autores, pode ser utilizado para estabelecer padrões de segurança, visto que o mesmo atua como “direito fundamental a partir do momento em que determinada pesquisa ou atividade gera riscos desconhecidos à manutenção da vida digna, segura e saudável do ser humano” (ENGELMANN; FLORES; WEYERMÜLLER, 2010, p. 130).

O direito à informação está elencado em vários dispositivos constitucionais e já vem sendo observado ao longo dos anos. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, estabelece que as atividades econômicas devem observar o princípio da defesa do consumidor, não sendo apenas dever do Estado. Este dever de informar tem relação com a proteção da vida, conforme disposto na Constituição, em seu art. 5º, que traz também no inciso XIV, que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (ATZ, 2015, p. 225-265). O inciso XXXIII, do art. 5º, estabelece que cabe aos órgãos públicos dar tais informações:

Art. 5º. [...]

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O art. 5º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, estabelece que:

Art. 5o. É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão (BRASIL, 2011).

Nesse ponto, é oportuno referenciar que o Código de Defesa do Consumidor também deixa claro o direito à informação, inicialmente em seu artigo 6.º, inciso III. O referido artigo trata que o direito à informação é um direito básico do cidadão e é dever do fornecedor fornecê-la e apontar as especificações, composições e riscos aos quais os consumidores poderão estar sujeitos. Tendo em vista que é o fornecedor quem possui o conhecimento sobre as características dos seus produtos ou serviços, esse deve repassá-las ao consumidor, para que o consumidor, de posse dessas informações, possa estar fazendo a escolha de adquiri-los ou não, e estar ciente dos possíveis danos que poderão ocorrer, tanto a curto como em longo prazo (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 362-391).

Diante de tais diretivas legais, não restam dúvidas de que, segundo a legislação pátria, “esses específicos direitos fundamentais exercem pretensão positiva mediata, a saber, de realização dos meios que os assegurem, editando-se leis de proteção efetiva”, ou seja, cabe ao Estado intensificar a garantia de tais informações sempre prezando pelo bem-estar dos indivíduos (LÔBO, 2001, p. 59-72).

No âmbito do sistema legal brasileiro, o direito à informação envolve intervenção ativa do Estado, ou seja, é ele quem deve garantir que o direito à informação seja garantido, cobrando, inclusive, dos fornecedores esse dever de prestação. O dever de informar tem ligação com o princípio da boa-fé objetiva, dita como “regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais”, relacionado com a confiança de que não haverá lesão tanto na prestação de serviço, quanto na aquisição de produtos. É essa confiança que os consumidores depositam ao adquirir um produto como os nanocosméticos que, como já mencionado, são muito utilizados sem nenhuma informação clara sobre seus possíveis efeitos (LÔBO, 2001, p. 59-72).

Com efeito, o acesso à informação é um direito basilar e esse direito deve ser resguardado com a indicação de quais “medidas a serem tomadas em caso de aciden-

tes, a rotulação de produtos compostos por nanomateriais e a divulgação pública da análise de riscos e do estudo prévio de impacto ambiental" (PALMA, 2009, p. 15-18). Como se pode vislumbrar, mesmo com a Constituição Federal deixando claro o direito à informação, não existe uma preocupação quanto a isso, "pois, existem inúmeros nanocosméticos que já estão circulando no mercado sem as devidas informações, o que gera certa desconfiança se existem ou não mecanismos preocupados com uma vida mais segura e saudável" (PALMA, 2009, p. 20-24).

Tal entendimento também é compartilhado por Flores, Dossen Júnior e Engelman (2010, p. 152-175) ao argumentarem que os produtos com nanopartículas, como os nanocosméticos, devem ser acompanhados da devida informação. Os autores enfatizam que a criação de "uma simbologia própria para as nanotecnologias, denotando eficazmente ao consumidor que o produto adquirido se utiliza dessas novas tecnologias" deveria ser feita para que o consumidor estivesse ciente disso.

Tanto o fornecedor quanto quem utiliza a tecnologia nano deve divulgar e informar os consumidores sobre a potencialidade de riscos. E é o Estado quem tem o dever de fiscalizar essas ações, e é sob esse viés que Martins observou que "não há dúvidas de que os deveres de informação constituem uma das mais relevantes traduções de boa-fé na vida social" (MARTINS, 2009, p. 289-290).

É da informação que nasce o conhecimento da segurança do produto ou serviço. Sem a informação, por exemplo, os produtos potencialmente perigosos e nocivos, em decorrência de sua natureza ou uso, e que não são defeituosos, se tornarão defeituosos, e o fornecedor deverá responder por defeito de informação e não por defeito do produto (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 12).

Observando os nanocosméticos, é possível afirmar que há "carência de leis que supervisionem a tecnologia utilizada no processo de produção destes cosméticos, bem como a obrigatoriedade da divulgação desta para o consumidor", ou seja, não há regulamentação para que se tenha um maior acompanhamento em relação ao processo de produção, o que dificulta a verdadeira informação que deveria ser repassada aos consumidores (NUNES, 2008, p. 7-8).

A falta de informações ao consumidor inviabiliza o seu direito de entender e poder questionar aquilo que está consumindo. Por se tratar de uma inovação, as nanotecnologias possuem influências diretas na sociedade e no cotidiano, com riscos e benefícios ainda incertos. Para tanto, considera-se "fundamental o debate sobre a necessidade de uma regulamentação específica" (NUNES, 2008, p. 9-12).

Imprescindível atentar para o que preceituam os artigos 8.º e 9.º do Código de Defesa do Consumidor, os quais materializam o direito básico à informação, destacando que:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Diante de tais possibilidades, não restam dúvidas de que, segundo a legislação pátria, os fornecedores em qualquer das hipóteses em termos de riscos concretos, previsíveis ou abstratos devem dar as devidas informações. Tal entendimento, possibilita dizer que a omissão de informações pode ser considerada crime nas relações de consumo entre fornecedor e consumidor, conforme dispõe o art. 66 do CDC, além de ser responsabilizado objetivamente por eventuais danos causados. Conforme mencionado, os nanocosméticos exigem uma abordagem aprofundada, visto que “a informação é uma ferramenta de fundamental importância para prevenir os danos”, pois segundo evidenciado neste estudo, em relação aos nanocosméticos, percebe-se que as pesquisas científicas relacionadas aos possíveis riscos oriundos do uso desses produtos não restam claras, o que de fato leva a uma preocupação. Caso as informações existissem e fossem claras, os consumidores saberiam de tais riscos e poderiam exercer o poder de escolha e minimizar ou até evitar possíveis danos (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 362-391).

À luz do exposto, não se pode negar que a incerteza científica que acompanha a nanotecnologia, exige uma legislação específica para tratar dessa nova revolução tecnológica, exigência essa que não pode ser desprezada. Contudo há que se ter presente o dizer do Deputado Sarney Filho (2013) quando diz que “as tecnologias não são, a priori, boas ou más”. As inúmeras possibilidades de aplicações e os avanços para a saúde e o bem-estar do ser humano já descritas nesta pesquisa “impressionam e entusiasmam”. Contudo, a nanotecnologia, como qualquer tecnologia, “traz também uma quantidade importante de riscos, previsíveis e imprevisíveis. É papel do Estado buscar sua implementação segura e responsável na sociedade brasileira”.

Paralelamente, surge outra preocupação: como avaliar as informações que serão repassadas para os consumidores, bem como, os mecanismos adequados e necessários aos testes de experimentação e a sustentabilidade do meio ambiente? Uma das respostas é de que o direito à informação é premissa básica. Outra resposta está na necessidade de pesquisas científicas interdisciplinares para avaliarem potenciais

riscos e perigos dos nanocosméticos e a interação dos nanocosméticos com outras nanotecnologias.

Portanto, um dos caminhos é o Código de Defesa do Consumidor e o respeito ao inciso III do art. 6º que evidencia o direito à informação como um direito básico do cidadão e o dever do fornecedor em fornecê-las e apontar as especificações, composições e riscos aos quais os consumidores poderão já estar sofrendo ou poderão vir a sofrer no contexto da equidade intergeracional. O legislador foi sábio ao determinar ao fornecedor o dever de informar, tendo em vista que é ele que possui o conhecimento sobre as características dos seus produtos ou serviços, devendo repassá-las ao consumidor, para que esse, em virtude dessas informações, possa estar fazendo a escolha de adquiri-los ou não e estar ciente dos possíveis danos que poderão ocorrer, tanto a curto como em longo prazo. Ou seja, é direito ter uma escolha segura sobre adquirir ou não determinado produto (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 362-391).

Resta claro que os produtos com nanopartículas ou produzidos por meio da nanotecnologia, como os nanocosméticos, devem ser acompanhados da devida informação. É nesse sentido que novamente busca-se em Flores, Dossena Júnior e Engelmann (2010, p. 152-175) o fundamento para indicar a importância da criação de “uma simbologia própria para as nanotecnologias” com o objetivo de informar ao consumidor que o produto que está adquirindo contempla em sua fórmula nanopartículas, indicando, ainda, quais as nanopartículas que o compõe e quais os riscos associados.

E é nessa linha de pensamento que o Deputado Sarney Filho (2013a), criou o projeto de lei 5133/2013 que trata sobre a regulamentação da rotulagem de produtos que fazem uso da nanotecnologia, ao defender a efetividade do princípio da informação. Salienta em sua proposta que, “o mercado não será inibido e nem vai gastar mais se tiver que informar ao consumidor sobre o que ele está consumindo. É melhor informar, ser transparente, do que criar uma imagem de quem oculta informações” (SARNEY FILHO, 2013a).

Entre as justificativas para a regulação da Nanotecnologia, o Deputado Sarney Filho (2013) explica que a necessidade de uma regulação específica se dá em virtude do comportamento das partículas, que é diferente das partículas existentes na natureza, e que ao não se ter certeza de seus reais efeitos sobre a saúde humana e o meio ambiente, há que se informar o consumidor. “Daí a proposta de alguns cientistas para que cada novo produto seja avaliado individualmente” (SARNEY FILHO, 2013a).

Cabe esclarecer que o objetivo do projeto, segundo Sarney Filho (2013b), “não é coibir as pesquisas ou o mercado”. Pelo contrário, o Deputado assim se posiciona:

Considerando os muitos benefícios que a nanotecnologia pode trazer para a humanidade, este projeto pretende estimular o setor. Cada vez mais exigente com relação à transparência das informações e à responsabilidade social das empresas, o consumidor encontra no nanoproduto uma incógnita, a falta de regras gera insegurança na sociedade. Assim, a situação atual de total descontrole não serve nem aos cientistas, nem aos empresários. A supervisão das pesquisas e da produção, na conformidade deste projeto, dará respaldo e credibilidade para o setor, e segurança para o mercado (SARNEY FILHO, 2013b).

Por fim, não é possível desconsiderar que o desenvolvimento de produtos e processos com nanotecnologia estão contribuindo muito para a melhoria da qualidade de vida da população, tanto na área da saúde, tecnologia, beleza, agricultura, têxtil entre outras que já possuem essa inovação agregada a seus produtos e aplicações. Entretanto, é necessário elaborar um marco regulatório com políticas claras para o desenvolvimento correto dessas tecnologias, sempre pensando no bem-estar das futuras gerações e no direito à informação do consumidor. Em nenhum momento se teve a intenção de dizer que há a necessidade de paralisar essas inovações. O que se quis deixar claro é que a ciência deve caminhar com mais cautela e deve investir recursos e pesquisas na observação dos riscos dos nanocosméticos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo em que se vive hoje é um mundo carregado de riscos e perigos em que a incerteza é tema recorrente. É possível verificar que a Sociedade de Risco evoluiu com a modernidade juntamente com a crescente produção de riscos. O processo de industrialização e o avanço das novas tecnologias trazem consigo um quadro de incertezas científicas permeadas pelo não saber, potencializando assim, riscos e danos irreparáveis à sociedade.

No cenário das novas tecnologias, a nanotecnologia surge como uma nova promessa tecnológica em produtos e aplicações nas mais diversas áreas, entretanto, é preciso ter prudência e responsabilidade quanto às informações prestadas ao consumidor, assim como são necessários esforços para ampliar pesquisas, para que fiquem claros os riscos oriundos dessas inovações.

Concorda-se que o direito do consumidor pode, de fato, contribuir em conjunto com o princípio da precaução para amenizar possíveis riscos decorrentes da incerteza científica, que permeia as nanotecnologias. O cuidado ainda deve ser maior ao se tratar de nanocosméticos, uma vez que são aplicados diretamente na pele. Por isso, acredita-se que a informação adequada ao usuário é um dever do fornecedor e um direito do consumidor, uma vez que este terá a livre escolha de adquiri-lo ou não.

Por fim, pode-se dizer que não é apenas inserir nos rótulos dos produtos e aplicações as expressões que estes “contém nanotecnologia” que se resolverá o problema. O direito à informação é um direito de todo o consumidor e este deverá ser respeitado. Por outro lado, além das informações, os empreendedores que desenvolvem produtos com nanopartículas têm o dever de informar e o dever de desenvolver pesquisas sobre quais seriam os riscos à saúde humana e ao meio ambiente, no médio e longo prazo. Saber dos riscos e perigos de cada nova descoberta tecnocientífica é, também, garantir que as gerações futuras sejam preservadas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. Estudo prospectivo nanotecnologia. Brasília: ABDI, 2010.

ALMEIDA, Maria Beatriz de Miranda *et al.* Aplicabilidade da nanotecnologia em dermocosméticos em Farmácia Comunitária de Belo Horizonte-MG. **Parlatorium**, a. 3, n. 8, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/265749852/Revista-Cientfica-Vol-10>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

ANDRADE, Luis Renato Balbão. **Sistemática de ações de segurança e saúde no trabalho para laboratórios de pesquisa com atividades de nanotecnologia**. 2013. 257 f. (Tese de Doutorado) - Escola de Engenharia, Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/96396/000915100.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 out. 2017.

ATZ, Ana Paula. O gerenciamento do risco no direito do consumidor a partir da observação do princípio da informação. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 100, p. 225-265, jul./ago. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015c11135d-32fefc05b4&docguid=l870318406c3d11e5bc13010000000000&hitguid=l-870318406c3d11e5bc130100000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=12&-crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMulti-Summ=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 out. 2017.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott (Org.). **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**: Política, tradição e estética na ordem social moderna. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.

BECK, Ulrich. "Momento Cosmopolita" da sociedade de risco. Traduzido por Germana Barata e Rodrigo Cunha. **Com ciência**, Campinas, n. 104, 2008. Disponível em: <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151976542008000700009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 16 out. 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a outra modernidade. Traduzido por Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed.34, 2011.

BERGER FILHO, Airton Guilherme. Nanotecnologia e o princípio da precaução na sociedade de risco. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 72, jan. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7084>. Acesso em: 19 out. 2017.

BOSCO, Estevão; DI GIULIO, Gabriela Marques. Ulrich Beck: considerações sobre sua contribuição para os estudos em Ambiente e Sociedade e desafios. **Ambiente & Sociedade**. São Paulo, v. 18, n. 2, abr./jun. 2015, p. 1-2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2015000200010&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

CARVALHO, Delton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARVALHO, Cláudia Lima. Morreu Ulrich Beck, o sociólogo alemão da "**sociedade de risco**". Público. Lisboa, 04 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.publico.pt/culturaipsilon/noticia/morreu-o-prestigiado-sociologo-alemao-ulrich-beck-1681159>>. Acesso em: 26 set. 2017.

CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. **Revista de Direito do Consumidor**, v.

74, p. 113-153, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014f99762a-9d6f247804&docguid=lcb9f8c302d4111e0baf30000855dd350&hitguid=lcb9f-8c302d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=50&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 out. 2017.

DE MASI, Domenico. **A Sociedade Pós-Industrial**. 3. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade sócio-ambiental: perspectivas para a educação corporativa**. São Paulo: Senac, 2003.

DUPAS, Gilberto. Nanotecnologias: mais um mito do progresso. In: NEUTZLING, Inácio; ANDRADE, Paulo Fernando Carneiro de (Org.). **Uma sociedade pós-humana: possibilidades e limites das nanotecnologias**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

ELIPECHUK, Natasha; ZANCAN, LaliRonsoni. Aplicação de Nanotecnologia em Formulações Fotoprotetoras. **Revista Oswaldo Cruz**, mar. 2014, p. 1-11. Disponível em: <<http://revista.oswaldocruz.br/Content/pdf/Natasha%20Elipechuk.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e os novos Direitos: a (necessária) revisão das Fontes do Direito. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevideo, a. 17, 2011, p. 385-389. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3973/3489>>. Acesso em: 17 out. 2017.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e a gestão transdisciplinar da inovação. In: Wilson Engelmann (Org.). **As novas tecnologias e os direitos humanos: os desafios e as possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar**. Curitiba: Honoris Causa, 2011.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de modelos regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.). **Constitucionalismo Democrático na América Latina: Desafios do século XXI**. Curitiba: Multideia, 2015, p. 105-122.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e Direito Ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

ENGELMANN, Wilson; BERGER FILHO, Airton Guilherme. As nanotecnologias e o direito ambiental: a mediação entre custos e benefícios na construção de marcos regulatórios. **Revista de Direito Ambiental**, v. 59, p. 50-91, set. 2010.

ENGELMANN, Wilson; Rodrigues Zimmer Augusto. O direito e a inovação tecnológica: os (novos) Desafios do emprego das tecnologias. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 38, n. 2, p. 212-240, jul. /dez. 2014. Disponível em: <<https://revistas.ufg.br/revfd/rt/metadata/16422/18318>>. Acesso em: 13 out. 2017.

ENGELMANN, Wilson. FROHLICH, Afonso Vinício Kirschner, HOHENDORFF, Raquel Von. Das Nanotecnologias aos nanocosméticos: Conhecendo as novidades na escala nanometrica. In: ENGELMANN, Wilson (Org.). **Nanocosméticos e o Direito à Informação**. Erechim: Deviant, 2015.

ENGELMANN, Wilson; MAFALDO, Camila. Nanorregulação – Condições e Possibilidades para a sua estruturação In: ENGELMANN, Wilson (Org.). **Nanocosméticos e o Direito à Informação**. Erechim: Deviant, 2015.

ENGELMANN, Wilson. HOHENDORFF, Raquel Von. Nanocosméticos e o Direito à Informação: Construindo os elementos e as condições para aproximar o desenvolvimento tecnocientífico na escala nano da necessidade de informar o público consumidor. In: Esocit 2016 e XI Jornada Latino-Americana de estudos sociais da ciência e da tecnologia, Curitiba, 25 a 28 jul. 2016. **Anais...** 2016, p. 3-12. Disponível em: <http://www.esocite2016.esocite.net/resources/anais/6/1472133392_ARQUIVO_WILSONENGELMANN.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

FLORES, André Stringhi; DOSSEN JUNIOR, Juliano; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e código de defesa do consumidor: um olhar a partir do princípio da precaução. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo. v. 19, p. 152-175, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001547bc6575a64b81e9d&-docguid=l1cbdf0603e5f11e09ce30000855dd350&hitguid=l1cbdf0603e5f11e09ce30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=59&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 set. 2017.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. O óbice da falta de conhecimento contra a efetividade do princípio constitucional da participação democrática na regulação do risco nanotecnológico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 91, p. 425-456, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000156a80bc3dc8088f708&docguid=lf682c9013fb11e5af3d010000000000&hitguid=lf682c9013fb11e5af3d010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=8&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMulti-Summ=&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 18 out. 2017.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. Princípio da precaução e regulação do risco nanotecnológico: Consequências Econômicas, **EconomicAnalysis of Law Review**, v. 5, n. 2, p. 296-314, jul./dez., 2014. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/5%20EALR%20296>>. Acesso em: 20 out. 2017.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; ROGERIO, Marcele Scarpin. Inovação nanotecnológica: criação, transformação e possíveis efeitos sobre o meio ambiente e o ser humano. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 418-432, nov. 2015. Disponível em: doi: <http://dx.doi.org/10.18617/liinc.v11i2.794>>. Acesso em: 18 out. 2017.

FUMAGALI, Ellen de Oliveira; MARINHO, Maria Edelvacy; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Nanowastesriscos para saúde humana e meio ambiente: diálogos entre o princípio da precaução e a sociedade de risco. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, Araucária, a. 17, n. 33, p. 183-209, 2015. Disponível em: <http://institucional.us.es/araucaria/nro33/monogr33_3.pdf>. Acesso em: 19 out. 2017.

GIDDENS, Anthony. **Em defesa da Sociologia**: ensaios, interpretações e trélicas. Traduzido por Roneide Venancio Majer e Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Unesp, 2000.

HOHENDORFF, Raquel Von. Revolução nanotecnológica, riscos e reflexos no direito: os aportes necessários da Transdisciplinaridade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos Humanos e Novas Tecnologias**. São Paulo: Paco Editorial, 2015.

HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson. **Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil**: A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do Direito. Curitiba: Jaruá, 2014.

IÑIGO, E. **El mercado de La Nanotecnología en la República Checa**. Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Praga, 2012. Disponível em: <<http://www3.icex.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?-doc=4639340>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade. Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). **Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco**: aspectos jurídicos, técnicos e sociais. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

LEITE José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In: LEITE José Rubens Morato; FERREIRA, HeleneSivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (Org.). **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 37, p. 59-72, jan. 2001. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015c12f8b2f1408598a4&docguid=Id38afba02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Id38afba02d4111e0baf30000855dd350&spos=14&epos=14&td=16&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

MARTINS, Judith Hoffmeister Costa. Ação indenizatória. Dever de informar o fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: ANCONA, Lopes (Org.). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 812, 2009.

NUNES, Denise Maria. **Beleza nanoestruturada, a carência de debates envolvendo seus riscos e benefícios no contexto brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://iris.ufsc.br/files/2014/11/36359.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

PALMA, Carol Manzoli. Perspectivas para a regulamentação da nanotecnologia no Brasil: uma abordagem jurídico-ambiental sobre o conteúdo da análise de riscos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 55, p. 15-24, jul./set. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015743e453ab74730449&docguid=I6621dea0f25211dfab6f0100000000000&hitguid=I6621dea0f25211dfab6f0100000000000&spos=8&epos=8&td=18&context=46&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015743e453ab74730449&docguid=I6621dea0f25211dfab6f010000000000&hitguid=I6621dea0f25211dfab6f0100000000000&spos=8&epos=8&td=18&context=46&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 19 abr. 2017.

PEREIRA, Marlene de Paula. Direito ambiental e nanotecnologia: implicações éticas, sociais e jurídicas. **Revista Jurídica UNIJUS**. Uberaba-MG, v. 11, n. 14, p. 73-82, mai. 2008.

SARNEY FILHO, José. 2013a. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5133/2013**. Regulamenta a rotulagem de produtos da nanotecnologia e de produtos que fazem uso da nanotecnologia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567257>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

SARNEY FILHO, José. 2013b. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6741/2013**. Dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600333>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

SILVA, Tânia Elias M. da. Nanotecnologia aplicada aos alimentos e biocombustíveis: interações sociotécnicas e impactos sociais. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 207-221, mar. 2012. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3351>>. Acesso em: 19 out. 2017.

WEYERMÜLLER, André Rafael. **Direito Ambiental e Aquecimento Global**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA AGRICULTURA FAMILIAR E A IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INERENTES AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Angela Martins

Graduada em Direito na Universidade Feevale.

Email: angelataq@yahoo.com.br.

Luis Augusto Stump Luz

Doutor em Direito pela Universidad de Burgos (Espanha).

Professor na Universidade Feevale.

Email: augustoluz@terra.com.br

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A finalidade do presente artigo é analisar a importância dos princípios alicerçadores da agricultura familiar para a implantação de políticas públicas direcionadas ao desenvolvimento econômico do país de forma sustentável. O estudo considera o sistema agrícola familiar como um mecanismo promotor da sustentabilidade da produção agrária, considerando-se a sua alta complexidade e articulação com as esferas ambiental, social e econômica. O intuito é reconhecer a necessidade de renovar a forma de produção agrária brasileira, haja vista os prejuízos causados pelo padrão adotado atualmente, cujos sinistros afetam profundamente o equilíbrio do ecossistema e da economia e, conseqüentemente, os grupos sociais mais fragilizados são violentamente atingidos, retirando-lhes inclusive direitos inerentes à dignidade humana. Os acontecimentos internacionais e nacionais decorridos entre o final da década de oitenta e início da década de noventa influenciaram o Estado brasileiro a implantar políticas públicas sociais, utilizando métodos territorialistas para promover o desenvolvimento social no setor agrário. Em virtude da falta de sincronia da União, estados e municípios, as políticas específicas direcionadas à fomentação do desenvolvimento regional e local não alcançaram os resultados almejados. Para isso, as medidas reguladoras da produção, abastecimento e mercado de consumo devem proteger os produtores agrícolas familiares das instabilidades comerciais e políticas, estas que afetam diretamente a referida categoria. As múltiplas formas, as características e restrições inerentes à agricultura familiar devem ser consideradas para que as políticas públicas de desenvolvimento sustentável implantadas no meio agrário alcancem a efetivação do Estado Ambiental de Direito.

A discussão deste texto divide-se em dois capítulos. O primeiro está distribuído em quatro subcapítulos. Desses quatro, os dois primeiros tratam sobre a sustentação principiológica ambiental e agrária respectivamente; o terceiro subcapítulo aborda os fundamentos constitucionais da propriedade rural familiar; e, por fim, o quarto analisa a forma como as propriedades rurais desenvolveram-se ao longo dos tempos, associando-se à relevância do efetivo exercício dos direitos e deveres específicos para a obtenção da sustentabilidade mediante a agricultura familiar. O segundo capítulo verifica a atual conjuntura da agricultura familiar no Brasil, dividindo-se em dois subcapítulos. O primeiro desses tem como objetivo analisar a realidade da agricultura familiar brasileira com ênfase nas suas características e nas restrições enfrentadas pela referida classe. O derradeiro, mas não menos importante, subcapítulo tem como propósito detectar o alcance das políticas públicas inerentes ao desenvolvimento sustentável do setor agrário brasileiro, em especial aos grupos de agricultores familiares.

2 NATUREZA E EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE RURAL E DA AGRICULTURA FAMILIAR

2.1 A CONCEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO AMBIENTAL

Os princípios são mandamentos condutores das relações humanas, visam à harmonização dos vínculos sociais por meio de regras a serem cumpridas por todos, tanto Estado quanto sociedade. Os princípios do Direito Ambiental perseguem a sustentabilidade do desenvolvimento socioeconômico, orientando a aplicação de métodos, regulamentos, proibições e permissões nos setores social, econômico e ambiental. Portanto, conforme a dinâmica dos vínculos sociais, os princípios acompanham as constantes transformações da humanidade, adequando-se às novas dimensões com o passar dos tempos. Essa evolução principiológica é fundamental para o adequado amparo ao ordenamento jurídico diante à progressiva complexidade das relações sociais, especialmente aquelas relacionadas ao meio ambiente, em que as transformações são contínuas, necessitando, com isso, de princípios norteadores habilitados ao estabelecimento de condutas e legislações (ARAÚJO, 2010), que “dão base para o operador jurídico agir, fundado em norma superior, para a consecução da proteção ambiental” (LEITE, 2004, p. 66), com o propósito de garantir, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, inclusive mediante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (ARAÚJO, 2010).

A manifestação do Direito Ambiental é verificada desde as relações iniciais entre o ser humano e a natureza. Na antiguidade, as normas consuetudinárias estabelecidas no Código de Hamurabi e, posteriormente, na Lei das XII Tábuas, visavam à proteção ambiental e animal (TUPIASSU, 2011).

O rápido desenvolvimento e expansão dos institutos da tecnologia e da ciência, ocorrido no final do século passado, foram responsáveis por graves danos ambientais, que, em muitos casos, as suas dimensões não foram sequer possíveis de serem mensuradas. Tais circunstâncias provocaram a eclosão de ideais ambientais, ao constatar-se que o processo evolutivo da humanidade desencadeou um vertiginoso aumento da exploração dos bens naturais. E diante da gravidade das consequências advindas do uso indiscriminado da natureza, a “humanidade começa a perceber que a proteção ao meio ambiente é um determinante de sua própria sobrevivência” (SPARREMBERGUER, 2005, p. 84).

Com a constatação do atual colapso ecossistêmico planetário, essa problemática passa a ser amplamente discutida por muitas áreas científicas, tendo em vista a magnitude dos prejuízos por ela provocados (PORTANOVA, 2016).

Nesse diapasão, o Direito Ambiental, por um conjunto de dispositivos jurídicos de repressão, prevenção e reparação às práticas degradadoras do meio ambiente, oriundos muitas vezes de normas internacionais, é aplicado para a inserção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nos ordenamentos jurídicos (ANTUNES, 2014).

Os conteúdos das matérias socioambientais devem ser albergados pelas Constituições para garantir medidas eficazes, a fim de reter a degradação do ecossistema. Nessa perspectiva, Benjamin (2012) afirma:

[...] em Constituições mais recentes, observa-se uma nítida preocupação com a implementação, isto é, com a indicação, já no próprio texto constitucional, de certos direitos e deveres relacionados à eficácia do Direito Ambiental e dos seus instrumentos, visando a evitar que a norma maior (mas também a infraconstitucional) assuma uma feição retórica – bonita à distância e irrelevante na prática. O Direito Ambiental tem aversão ao discurso vazio; é uma disciplina jurídica de resultado, que só se justifica pelo que alcança, concretamente, no quadro social das intervenções degradadoras (BENJAMIN, 2012, p. 93).

Sirvinskas (2013) assevera que os princípios atuam em consonância com as regras. São eles que determinam o “conteúdo valorativo” das normas estabelecidas pela Constituição Federal assim como pelas leis infraconstitucionais. Conforme o autor, “vê-se, pois, que os princípios do direito ambiental têm por escopo proteger toda espécie de vida no planeta, propiciando uma qualidade de vida satisfatória ao ser humano das presentes e futuras gerações” (2013, p. 137).

A vinculação do Direito Ambiental com o Direito Constitucional deve-se à elevação do direito ao meio ambiente equilibrado (SCHONARDIE, 2011) como fundamental e indisponível, de abrangência transfronteiriça, que outorga a sua titularidade a todos os sistemas sociais, abarcando os direitos individuais de primeira dimensão, tais como direito à vida, à liberdade e aos direitos sociais, econômicos e culturais inerentes à segunda dimensão, todos englobados pelos direitos transindividuais de terceira dimensão, à luz dos princípios da fraternidade e da solidariedade. (SCHONARDIE, 2011).

Da Lei Maior, o fundamento de validade do Direito Ambiental origina-se. As demais especialidades do Direito, albergadas pelo sistema jurídico brasileiro, estão a ele vinculadas, visto tratar-se de “um Direito que sugere aos demais setores do universo jurídico o respeito às normas que o formam” (ANTUNES, 2014, p. 21). O exercício do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é somente efetivado quando estiver em consonância com os demais direitos, mediante a compatibilização das atividades socioeconômicas com a preservação ambiental, cujo escopo é a conservação da vida no planeta (TUPIASSU, 2011).

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é salvaguardado em benefício da coletividade, visto que o meio ambiente trata-se de bem indisponível, de uso e proveito de todos de modo adequado. O exercício individual desse direito fundamental implica na qualidade de vida do ser humano de forma universal. O ambiente ecologicamente equilibrado é aplicado concomitantemente como um direito transgeracional e também como um dever inerente ao indivíduo, para que ele colabore para a obtenção do direito à vida e à dignidade do ser humano, cujo seu alcance é lato. Para a efetivação desse direito, dependerá da conduta de cada cidadão, bem como do dever do Estado em implantar e aplicar políticas capazes de garantir melhor qualidade de vida (BAHIA, 2012).

2.2 A CONCEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO AGRÁRIO

O Direito Agrário nasceu em uma “típica sociedade industrial moderna”, implantada mundialmente. Esta, por sua vez, influenciou profundamente as práticas agrárias, cujo objetivo é a ampliação da produção e sua rentabilidade. A partir da aplicação do sistema capitalista, as atividades agrárias aumentaram consideravelmente, assim como a sua produção, tendo em vista a utilização das “tecnologias agrícolas”, fenômeno esse responsável pela geração de prejuízos das mais diversas ordens que, por sua vez, afetam a sociedade como um todo (GONÇALVES NETO, 2013). Conforme Baldi (2013), no modelo agrário moderno ocorre “as injustiças sociais e ambientais que recaem de forma desproporcional sobre etnias vulnerabilizadas” (BALDI, 2013, p. 212-258).

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 10, em 1964, tornou-se possível a implantação da Lei nº 4.504, o Estatuto da Terra, constituindo e propiciando a autonomia legislativa ao Direito Agrário brasileiro. Sobre o tema, Luz (1996) esclarece: “A Emenda Constitucional erigiu o Direito Agrário como ramo de direito, incluindo-o na Constituição Federal então vigente ao lado dos demais ramos de direito existentes. Na Constituição de 1988, o dispositivo é repetido na redação do art. 22, I” (LUZ, 1996, p. 10).

Lehfeld (2014) assevera que a utilização dos imóveis rurais se sujeita às limitações de cunho “jurídicos, políticos e econômicos, em razão da necessidade do cumprimento de sua função socioambiental e do desenvolvimento sustentável como princípios informadores do exercício da propriedade”. Além disso, à esfera Estatal é imposto, por mandamento constitucional, o dever de assegurar à nação, por meio de dispositivos legais, a preservação e proteção ambiental. Conforme Lehfeld (2014), “O Estado de Direito Ambiental está sendo construído. Um dos pilares fundamentais é a agricultura familiar que, sob um novo olhar, uma consciência de seu papel na busca de um desenvolvimento sustentável” (LEHFELD, 2014). Nessa continuidade, o autor afirma que:

A agricultura familiar é elo entre a sustentabilidade das atividades agropecuárias, a função social da propriedade e o desenvolvimento do Estado de Direito Ambiental, por suas características peculiares, baseadas na solidariedade, em destaque, a cooperação dos produtores, e na preocupação em minimizar os impactos ao meio ambiente, com a utilização reduzida, por exemplo, de agrotóxicos, preservando a agrobiodiversidade, bem como na troca de experiências quanto às boas práticas agrícolas (LEHFELD, 2014).

Destarte, o Direito Agrário visa à harmonização do desenvolvimento produtivo rural com a preservação das reservas naturais e das classes sociais inseridas no meio agrário, notadamente aquelas voltadas à agricultura familiar (GONÇALVES NETO, 2013).

2.3 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROPRIEDADE

Os preceitos supramencionados foram amparados pela Constituição Federal vigente, são fundamentos utilizados para a instituição da função social da propriedade com a finalidade de garantir à sociedade o exercício de direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal eleva como objetivos basilares da nação o desenvolvimento e o bem-estar da sociedade (MILARÉ, 2015). Nessa senda, conclama a proteção da relação estabelecida entre o sujeito (proprietário) e o objeto (propriedade), a partir da sua função social, em que o interesse público sobrepõe-se ao interesse individual do proprietário, buscando a promoção social, a proteção ambiental e a fomentação da economia, o qual permite a utilização adequada do meio ambiente e estabelece limitações ao exercício da propriedade em prol da função socioambiental, valorizando o manejo adequado do meio ambiente para a geração de renda (LEMOS, 2012).

Nesse sentido, Manguiera (2000) assevera:

É fácil notar a coerência da Constituição, e a conseqüente importância da vinculação da função social à proteção do meio ambiente, na medida em que este é direito das presentes e futuras gerações, vinculado ao direito à vida, o que explica porque a defesa do meio ambiente também é princípio conformador da ordem econômica (art. 170, VI) (MANGUEIRA, 2000, p. 5).

A função social da propriedade impõe restrições para a utilização das propriedades rurais, ou seja, a sua exploração deve ser ecologicamente equilibrada, conforme estabelece o artigo 186 da Carta Magna. A Constituição Federal estabeleceu no seu capítulo III, inserido dentro do Título da Ordem Econômica, os preceitos da política agrícola e fundiária, regulamentando a função social da propriedade rural, que trouxe ao proprietário direitos e deveres, conforme observa-se no artigo 186 da Constituição Federal. A Ordem Econômica, além de ser baseada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, fixou a função social da propriedade como um de seus fundamentos, a fim de promover

o bem-estar social, normatizada no artigo 170, inciso III (MILARÉ, 2015). Outro princípio desse instituto, a defesa do meio ambiente, foi fixado com o propósito de direcionar o crescimento econômico do país ao atendimento da preservação e proteção do ecossistema, atribuindo-lhe a função ambiental, conforme o estabelecido no artigo supramencionado, em seu inciso VI. (LEMOS, 2012). No entanto, apesar de exaltar tal preceito como fundamento da ordem econômica, ele continua subordinado aos ditames desta, devido à cultura antropocêntrica e baseada na economia (MILARÉ, 2015).

Fiorillo (2015), em abono ao que se afirmou, escreve que:

Assim, a livre iniciativa, que gera as atividades econômicas, começou a ter outro significado. A liberdade de agir e dispor tratada pelo texto constitucional (a livre iniciativa) passou a ser compreendida de forma mais restrita, o que significa dizer que não existe a liberdade, a livre iniciativa voltada à disposição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este deve ser o objetivo. Busca-se na verdade, a coexistência de ambos sem que a ordem econômica inviabilize um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sem que este obste o desenvolvimento econômico (FIORILLO, 2015, p. 79-80).

Segundo Pereira (2000), a propriedade rural como bem produtivo é classificada a partir da utilização econômica dos bens de produção, os quais buscam a geração de outros bens indispensáveis para subsistência do ser humano. E sob essa ótica, a função econômica da propriedade rural somente será observada se atribuir à propriedade a geração e renda por meio das atividades nela exercidas, convertendo-se na produção de bens de consumo para a sociedade. Logo, a função social da propriedade da terra possui papel bem mais relevante em comparação à função social de outros patrimônios, visto que é utilizada para a produção extremamente diversificada de outros bens, por isso é necessária a intervenção do governo com o propósito de exigir a adequada utilização econômica da propriedade rural (PEREIRA, 2000).

Fiorillo (2015) destaca ainda que, na esfera constitucional, as propriedades agrárias devem essencialmente exercer atividades produtivas em respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, normatizado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, salvaguardando o bem geral e, mais especificamente, a minimização das desigualdades sociais, em especial, a eliminação da fome, objetivo fundamental disposto no artigo 3º, inciso III (FIORILLO, 2015).

O esgotamento dos recursos naturais, o desequilíbrio econômico e o colapso social provocados pelo modelo agrário tradicional causaram a necessidade de estabelecer uma nova forma de utilização da propriedade rural, impondo a observância de normas que promovam a sua função socioambiental, a fim de atender as necessidades da sociedade, não só da presente, mas também das futuras gerações (LEMOS, 2012).

A Constituição Federal traz um conjunto estratégico que visa o equilíbrio entre as questões de ordem econômica, social e ambiental, e tais normas devem ser interpretadas de forma conjunta e amparadas por políticas públicas que garantam a aplicação dos referidos ditames, com o objetivo de salvaguardar a dignidade da pessoa humana, alicerce de todos os direitos fundamentais, devendo todos persegui-la com a finalidade de assegurar uma vida mais saudável das gerações atuais e futuras, à luz dos preceitos trazidos pelos direitos difusos (LEMOS, 2012).

Ao fixar o direito à propriedade como um direito fundamental, a Constituição Federal o restringiu ao estabelecer parâmetros para a sua utilização, impondo a observância do princípio da função social da propriedade. Dessa forma, o Estado deve definir padrões nas relações entre proprietários e propriedades com o propósito de restabelecer o equilíbrio social e ambiental para as gerações presentes e futuras (LEMOS, 2012).

Conforme as observações de Godoy (1999), a propriedade rural deve obedecer ao princípio da função social, atendendo concomitantemente a utilização adequada, a preservação do ecossistema e ainda propiciar o bem-estar social. O inciso I do artigo 186 da Constituição Federal normatiza a utilização racional e adequada da propriedade rural, visto que, apesar de o seu propósito ser a produção de alimentos e matéria-prima, o exercício da atividade agrária deve levar em consideração as características naturais do local onde ela está inserida. Para tanto, o artigo 187 da Constituição Federal estabelece que a política agrícola tenha como objetivo a produção das atividades agrárias (GODOY, 1999).

Frise-se que as atividades realizadas na propriedade rural abrangem não somente aquelas praticadas para a manutenção da família do agricultor, mas uma pluralidade de relações oriundas da estrutura produtiva destinadas ao setor industrial (DANTAS, 1991). Conforme se extrai do Estatuto da Terra, inciso II, artigo 4º, a propriedade rural familiar difere-se basicamente da patronal pelo formato laboral e de produção dessas estruturas (FOGUESATTO, 2016).

Segundo Peixoto Neto (2014), a função social foi introduzida pelo constituinte originário brasileiro entre os anos de 1930 a 1940. Apesar disso, tais dispositivos não alcançaram as propriedades rurais, isso porque os latifundiários, detentores de grande influência sobre a política nacional, obstruíram a efetivação dos programas agrários, entretanto esses que provocaram um grande período de hostilidade quanto à justa repartição de terras. A omissão do Estado quanto às desinteligências agrárias e à criação de programas estatais direcionados para o desenvolvimento do setor agrário do país fomentaram ainda mais a exploração econômica desenfreada dos imóveis rurais. Esses fatores foram determinantes para o desencadeamento de conflitos agrários extremamente violentos em todo o território nacional. Esse período foi mar-

cado pela migração do modelo da República das Oligarquias para o sistema produtivo voltado para o agronegócio que, focado no abastecimento do mercado externo, consolidou a influência direta na implantação e aplicação das políticas públicas nacionais que beneficiaram a expansão latifundiária, esta, por sua vez, tem como característica a utilização indiscriminada das reservas naturais (PEIXOTO NETO, 2014).

Assim, as Constituições regidas pelo Estado Democrático de Direito elevam o direito de propriedade como direito fundamental, o que restringe a intervenção estatal. No entanto, a legitimação do Poder Público para limitar os direitos fundamentais justifica-se para garantir o bem-estar social (GIORDANI, 1991), visto que “o interesse público deve preponderar sobre o particular” (HAVRENNE, 2014, p. 71).

No direito de propriedade brasileiro, apesar de ser empregado originariamente de forma absoluta, atualmente há a observância da função social em diversos dispositivos constitucionais fundamentados em preceitos transfronteiriços e transtemporais (PACCAGNELLA, 1997). Paccagnella (1997) é esclarecedor acerca do assunto, veja-se:

Assim, a propriedade só existe enquanto direito, se respeitada a função social. Desatendida esta não existe direito de propriedade amparado pela Constituição. O cumprimento da função social é condição sine qua non para o reconhecimento do direito de propriedade (PACCAGNELLA, 1997, p. 5-19).

Todavia, observa-se o desvirtuamento dos ditames norteadores da função social da propriedade rural, tema que é bem resumido nas palavras de Dias (1999) ao afirmar que:

Apesar da República Federativa do Brasil ter como sagrado fundamento, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º da CF/1988 (LGL\1988\3)); apesar do objetivo deste Estado (único motivo que justifica a sua existência) ser constituir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, (art. 3.º da CF/1988 (LGL\1988\3)), temo que a questão agrária brasileira está muito distante de revelar-se um exemplo de êxito em nossa política (DIAS, 1999, p. 63-75).

Para a efetivação da função social da propriedade rural deve-se considerar a aplicação conjunta dos ditames constitucionais do artigo 186, tendo em vista que o imóvel rural não possui apenas características econômicas. Assim, ao desrespeitar apenas um dos quatro requisitos necessários para o cumprimento da sua destinação socioambiental, a propriedade será objeto de desapropriação, conforme o estabelecido no artigo 184 da Constituição Federal (HAVRENNE, 2014).

Nessa continuidade, ao comentar sobre a abrangência da função social da propriedade rural, afirma Barrancos (2015):

A despeito de a função social da propriedade agrária abarcar quatro elementos, quais sejam, a produção, a ecologia, o social e o bem-estar dos proprietários e trabalhadores, percebe-se que este dispositivo constitucional apenas abarca o “elemento produtividade” da função social como impeditivo da desapropriação. Referida menção pode ser lida como inconsistente tendo em vista os outros elementos ou, a partir de uma interpretação sistemática, apenas como salientadora da importância dada aos imóveis produtivos pela Constituição Federal (BARRANCOS, 2015, p. 239-250).

Giordani (1991) assevera que o “aproveitamento racional e adequado” do imóvel rural, previsto no inciso I do artigo 186, diz respeito a melhor utilização da propriedade, condizente ao tipo de área e ao seu melhor aproveitamento, bem como o emprego de métodos e tecnologia qualificados para as práticas realizadas na propriedade rural. Em seu próximo inciso, o artigo acima mencionado condiciona as atividades exercidas na terra à preservação das reservas ambientais disponíveis no bem. Esse dispositivo é de grande relevância, pois se trata da aplicação do princípio da função social em prol do equilíbrio do meio ambiente (GIORDANI, 1991).

Barrancos (2015) preleciona que a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente” significa que a propriedade deve adaptar a sua utilização às peculiaridades ecossistêmicas existentes na área, visando à estabilidade ambiental, dentro e fora dos seus limites (BARRANCOS, 2015).

As atividades produtivas dos imóveis rurais que desempenham a sua função de acordo com os preceitos socioambientais possuem amparo constitucional. Por outro lado, ainda que a propriedade não gere produtividade, a partir do momento que um particular toma como seu, parte de um legado pertencente à sociedade, adquire a responsabilidade pelo domínio exercido sobre o patrimônio coletivo, cuja fruição e gozo deste são direitos exercidos à luz do princípio da função social (DERANI, 2002).

O cuidado com a terra deve ser constante. O processo evolutivo da atividade rural, conforme acrescenta Monti (2014), deve ser construído de forma sustentável nos seguintes termos:

Por essa razão, se por um lado o produtor deve se preocupar com a produtividade rural, por outro não pode esquecer que a terra é um bem de todos e há de ser preservada para as presentes e futuras gerações, de maneira que a gestão ambiental do agronegócio deve alicerçar-se em uma abordagem ecológica, cujo enfoque implica no tratamento integral, antes, durante e depois da produção, de todas as questões ambientais relevantes, de forma a exercitar o conceito de desenvolvimento sustentável do agronegócio (MONTI, 2014, p. 195-210).

Nesse segmento, Derani (2002) sustenta que a utilização dos recursos ambientais disponíveis na propriedade refere-se ao consumo particular de bens de titularidade universal, por conseguinte, devendo-se a destinação desses favorecer a sociedade atual e futura. Tal prerrogativa é decorrente de que o indivíduo faz parte de um organismo social, cuja subsistência depende da conscientização ecológica dos seus membros (DERANI, 2002).

2.4 A TRAJETÓRIA DAS PROPRIEDADES RURAIS FAMILIARES E O EXERCÍCIO DE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

Conforme já mencionado no item 1, foi na civilização romana que a propriedade nasceu como instituto jurídico. Foi regulada na Lei das XII Tábuas para disciplinar a relação de propriedade entre os romanos, concedendo, a esses, poderes absolutos e eternos sobre as propriedades por eles adquiridas. Contudo, havia limitações que visavam à primazia da coletividade, como, por exemplo, o direito de vizinhança. Já, na época medieval, transferiu-se aos senhores dos feudos os poderes atinentes às propriedades. Os movimentos iluministas – que surgiram em detrimento do tratamento desumano desse sistema – suplantaram o regime absolutista e, a partir desse episódio, os direitos individuais passaram a serem enaltecidos pelos ordenamentos jurídicos adeptos ao pensamento revolucionário francês, com isso, o direito de propriedade resgata o caráter absoluto (MESQUITA, 2007).

Ao final do século XX, foi inserida, por meio da influência jurídica alemã, a concepção de que a propriedade deve necessariamente desempenhar atribuições sociais. Com o desenvolvimento das sociedades, a propriedade adquiriu novas dimensões. Atualmente, os ordenamentos jurídicos norteados pelos princípios democráticos, em atendimento aos clamores sociais, mantêm restrições às atribuições atinentes à propriedade, devendo contribuir para o benefício social. Constata-se que, ao longo dos tempos, a propriedade da terra é utilizada como forma de produção e, conseqüentemente, à geração de renda, tornando-se alvo de conflitos das mais diversas ordens (BRANDÃO, 2001).

A Revolução Verde, elaborada em meados da década de quarenta por instituições multinacionais, a partir de uma pesquisa realizada pela Fundação Rockefeller para analisar os problemas do sistema agrícola mexicano, caracteriza-se pelo incremento de tecnologias com o propósito de aumentar a produção agrícola, compreendendo a modificação de sementes, a fertilização da terra, a aplicação de agrotóxicos e a mecanização do setor agrícola (ÁVILA, 2015).

No Brasil, a partir da década de 1930, foram criadas políticas de incentivo industrial e de abertura de investimentos internacionais, com o objetivo de tornar intensa a produção agrícola capaz de abastecer o mercado mundial, visando o desenvolvimento do país. Assim, para viabilizar a implantação desse modelo, o governo federal

passou a investir maciçamente na realização de obras de infraestruturas. Como por exemplo, a disponibilização de verbas para amplificação da forma concentrada de terra para a atividade agrária voltada para a demanda mundial. Tais ações resultaram em um significativo aumento da economia brasileira. No entanto, ignoraram-se os prejuízos causados ao meio ambiente e o desenfreado aumento das desigualdades sociais, corroborando inclusive para o agravamento da fome (VERDUM, 2010).

Neves, Binkowski e Fleury (2010), ao enfrentarem o assunto, esclarecem que:

Em relação à agricultura familiar, o desenvolvimento mediante a modernização tem, no contexto brasileiro, sua expressão mais manifesta naquilo que se conhece como Revolução Verde, isto é, no processo de padronização da agricultura brasileira por meio da quimificação, da mecanização e da homogeneização das técnicas agrícolas (NEVES, 2010, p. 36).

A implantação do referido modelo agrário no Brasil albergou apenas uma pequena parte dos produtores rurais, favoreceu somente os latifundiários, grandes detentores de capital, cujas atividades caracterizam-se pela utilização de técnicas de modernização agrícola e exploração de mão de obra, submetendo, muitas vezes, os seus trabalhadores a condições extremamente precárias e homogeneizando a paisagem local. Na atualidade, temos a constatação dos efeitos degradantes causados ao meio ambiente pelo processo de modernização agrícola e da forma com que a sociedade conduziu o desenvolvimento do setor econômico e industrial, cuja evolução adquiriu proporção mundial – a qual provocou desastres ambientais em escala imensurável – e comprometeu todo o ecossistema (VERDUM, 2010).

Dessa forma, tornou-se imperiosamente necessário rever o modelo atual de agricultura, buscando a implantação de uma nova forma de atividade agrícola que seja capaz de utilizar os recursos naturais de forma sustentável. No entanto, para que isso aconteça, é imprescindível que o poder público busque outras diretrizes orientadoras para a criação e implantação de programas, ações e atividades voltadas à exploração da agricultura de forma responsável (SOGLIO, 2009), visando à consonância da atividade econômica com a proteção do ecossistema.

Verifica-se que, ao longo dos tempos, os colapsos sociais forçosamente transformaram a forma de exercer direitos e deveres inerentes à dignidade da pessoa humana. Busca-se incessantemente a valoração da vida em dimensões cada vez maiores, atingindo não só o indivíduo, mas a vida planetária como um todo. A dignidade subjetiva só é alcançada quando o meio em que se vive apresenta condições adequadas de vida. Percebe-se, dessa forma, que, entre deveres e direitos fundamentais, os conflitos são aparentes, pois ambos os mecanismos devem ser aplicados simultaneamen-

te, para que, com isso, obtenha-se a efetiva garantia dos direitos transgeracionais (BRANDÃO, 2001).

Contemporaneamente à evolução dos direitos fundamentais, surgiu a necessidade de fixar deveres individuais com o propósito de primar pela dignidade humana. Tanto os deveres quanto os direitos fundamentais possuem basicamente os mesmos fundamentos principiológicos. A sociedade regida pela democracia é baseada na solidariedade de seus atores, os quais são responsáveis pelos problemas sociais que colocam em risco o exercício dos direitos fundamentais dos seus membros da atualidade e do futuro. Por isso, conforme o entendimento de Basso (2014), é necessário que os Estados estabeleçam direta ou indiretamente dispositivos constitucionais para a imposição dos deveres fundamentais, podendo, inclusive, ter regulamentação especial para melhor efetivação das regras constitucionais. Em relação à aplicabilidade dos direitos e deveres fundamentais na Constituição Federal de 1988, essa declara expressamente, em seu artigo 5º, §1º, que o cumprimento dos direitos e das garantias fundamentais é imediato, no entanto, não há no referido texto referência quanto à eficácia dos deveres fundamentais impostos. Entretanto, já que ambos – direitos e deveres – buscam o mesmo fim, qual seja, salvaguardar a dignidade da pessoa humana, os deveres fundamentais estão implicitamente incluídos no dispositivo constitucional acima mencionado. Como a dignidade humana é o âmago dos Estados de Direito Democrático, os direitos e deveres estabelecidos nas suas Constituições originárias são cláusulas pétreas (BASSO, 2014).

3 PANORAMA ATUAL DA AGRICULTURA FAMILIAR

3.1 AS CARACTERÍSTICAS E AS LIMITAÇÕES EXISTENTES NO SISTEMA DA AGRICULTURA FAMILIAR

Conforme a conceituação estabelecida pelo Estatuto da Terra, a agricultura familiar é aquela propriedade da qual é retirada o sustento do seu titular e seus familiares, os quais aproveitam os serviços ambientais disponíveis para o autoconsumo, bem como para gerar renda aos seus membros (DANTAS, 1991).

Em nações com níveis de desenvolvimento superiores ao do Brasil, o sistema da agricultura familiar é tema tradicionalmente estudado, visto o reconhecimento da sua importância para o bom desempenho da sociedade. Não obstante, em nosso país, tal organismo passou a ter ampla repercussão nacional a partir de 1990. Em tal época, o setor rural sofreu fortes impactos, principalmente pela implantação da abertura comercial, pelo baixo valor oferecido pela produção, bem como pela ausência de financiamentos agrícolas, excluindo do mercado consumidor a grande maioria dos grupos

rurais brasileiros, provocando, com isso, a eclosão de diversos movimentos sociais que, na sua grande maioria, foram coordenados por entidades sindicais rurais, cuja promoção fortaleceu a população rural marginalizada, da qual a agricultura familiar faz parte (SCHNEIDER, 2006).

A diversidade dos grupos familiares e a participação desses atores na produção agropecuária brasileira possui destaque desde a sua colonização, apesar das constantes discriminações sofridas ao longo dos tempos. Nesse sentido, Altafin (2007) destaca que:

[...] a história dos produtores de alimentos no Brasil está ligada à diferente trajetória desses cinco grupos: índios, negros, mestiços, brancos não herdeiros e imigrantes europeus. Apesar de diferentes, estão ligados sob uma mesma unidade: a posição secundária que ocupavam dentro do modelo de desenvolvimento do País desde sua origem (ALTAFIN, 2007, p. 9).

O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF) foi criado em meados da década de noventa com o propósito de atender aos clamores dos grupos sociais ligados ao setor agrário, marginalizados pelos sistemas político e socioeconômico praticado na época (SCHNEIDER, 2006).

Ainda nesse período, o espaço agrário despertou o interesse de estudiosos. Contemporaneamente, os movimentos sociais, as políticas públicas e as instituições acadêmicas vêm reconhecendo a relevância da agricultura familiar na sociedade brasileira. A ruralidade e todas as suas nuances passaram a ser objetos de debates, estudos científicos e de pesquisas, voltados principalmente para o meio ambiente, questões sociais e econômicas, transformando a visão simplista do mundo rural para a descoberta de um sistema altamente complexo, responsável por um emaranhado de fenômenos das mais variadas ordens (SCHNEIDER, 2006).

Altafin (2007) ressalta que o Estado utilizou o método "operacional" para identificar a agricultura familiar, como, por exemplo, o PRONAF e a Lei 11.326/2006, precursores em estabelecer regras acerca da Política Pública Nacional da Agricultura Familiar, optando pela "caracterização geral de um grupo bastante heterogêneo". Segundo a autora, a partir dos estudos acadêmicos surgiu uma nova abordagem, extensiva aos diversos aspectos formadores da agricultura familiar, relevante para o alcance de uma adequada identificação desse organismo (ALTAFIN, 2007).

Além dos laços consanguíneos, o sistema em estudo é formado por circunstâncias das mais diversas ordens, tais como a histórica, cultural, social, econômica, tecnológica e ambiental. Por conseguinte, a agricultura familiar deve receber especial atenção de toda a sociedade (BUAINAIN, 2004).

O Ministério do Desenvolvimento Agrário (2010) corrobora com tal entendimento ao afirmar que a agricultura familiar:

[...] compõe a parte mais significativa do Brasil rural e ocupa uma vasta diversidade de ambientes físicos, recursos naturais. Está presente em todo o País e representa uma ampla variedade de culturas, relações sociais, formas de organização social e padrões tecnológicos, demonstrando a diversidade do espaço rural brasileiro (BRASIL, 2010, p. 21).

Tem-se uma ideia distorcida de que a agricultura familiar é um segmento agrário incapaz de colaborar com o quadro socioeconômico do país. No entanto, apesar da existência de tantos entraves que dificultam o desenvolvimento produtivo da agricultura familiar, as suas atividades não estão relacionadas somente ao próprio autossustento, mas cada vez mais se tornam fontes geradoras de renda, contribuindo significativamente para o desenvolvimento econômico, social e ambiental do nosso país (BUAINAIN, 2004).

Na atualidade, a agricultura familiar brasileira contribui significativamente para o desenvolvimento econômico do agronegócio. Nesse sentido, o censo demográfico de 2006 identificou a atuação socioeconômica dos agricultores familiares, utilizando as regras da Lei 11.326 de 2006 (BRASIL, 2010) e constatou a existência de 4.367.902 estabelecimentos pertencentes a essa categoria, que representa 84% das propriedades rurais brasileiras, apesar de ocuparem um pouco mais de 24% da área total (BRASIL, 2006). A tabela abaixo demonstra o número expressivo de propriedades familiares rurais existentes no Brasil, possibilitando o comparativo com a agricultura patronal, veja-se:

Tabela 1 – Utilização das terras nos estabelecimentos, por tipo de utilização, segundo a agricultura familiar – Brasil – 2006

Agricultura familiar	Total de estabelecimentos	Área total (ha)	Utilização das terras nos estabelecimentos					
			Lavouras					
			Permanentes		Temporárias		Área plantada com forrageiras para corte	
			Estabelecimentos	Área (ha)	Estabelecimentos	Área (ha)	Estabelecimentos	Área (ha)
Total	5.175.489	329.941.393	1.480.243	11.612.227	3.127.255	44.019.726	3.313.322	4.114.557
Agricultura familiar – Lei nº 11.326	4.367.902	80.250.453	1.233.614	4.290.241	2.719.571	12.012.792	2.851.616	1.338.027
Não familiar	807.587	249.690.940	246.629	7.321.986	407.684	32.006.933	461.706	2.776.530

Fonte: IBGE, Censo Agropecuário (2006)

O Ministério do Desenvolvimento Agrário (2010) ressalta que, no ano de 2006, o Censo Agropecuário pela primeira vez realizou pesquisas específicas sobre a agricultura familiar, revelando que fazem parte desse organismo no Brasil “12 milhões de pessoas, que ocupam apenas 24% da área agricultável brasileira, mas respondem por 38% da renda bruta no campo”. Essas informações demonstram o grande potencial produtivo desses grupos (BRASIL, 2010, p. 12). A participação dos estabelecimentos familiares na receita da produção agrária brasileira pode ser constatada na tabela 2, apresentada abaixo.

Tabela 2 – Receitas obtidas pelos estabelecimentos no ano, por tipo, segundo a agricultura familiar – Brasil – 2006

Agricultura familiar	Receitas obtidas pelos estabelecimentos no ano, por tipo							
	Estabelecimentos	Valor (1.000 R\$)	Venda					
			Produtos vegetais		Animais e seus produtos		Animais criados em cativeiros (jacaré, escargô, capivara e outros)	
			Estabelecimentos	Valor (1.000R\$)	Estabelecimentos	Valor (1.000R\$)	Estabelecimentos	Valor (1.000R\$)
Total	3.620.670	121.833.136	2.306.576	91.165.433	2.096.110	20.058.611	12.611	461.926
Agricultura familiar – Lei nº11.326	3.031.170	41.322.443	1.970.265	27.883.780	1.729.341	8.693.506	9.802	121.293
Não familiar	589.500	80.510.693	336.311	63.281.653	366.769	11.365.105	2.809	340.633

Fonte: IBGE, Censo Agropecuário (2006)

Muitos são os obstáculos que comprometem a manutenção da agricultura familiar. A expansão da atividade agropecuária está diretamente relacionada à utilização de tecnologias implantadas por meio da Revolução Verde. Essa, por sua vez, desestabilizou drasticamente os sistemas familiares de produção agrícola, visto a precária capacidade de esses assumirem compromissos financeiros. Além disso, os efeitos oscilantes dos sistemas comercial e cambial retiram-lhes a oportunidade de inserção no mercado. As condições ambientais também são relevantes para o sucesso das propriedades produtivas da agricultura familiar, como a fertilidade da terra, a formação geográfica da região, o clima, entre outros fatores que são determinantes para o bom desempenho agropecuário. Ainda, as etapas de comercialização, armazenamento e distribuição dos produtos advindos da agricultura familiar são, muitas vezes, impossíveis de realizar, pois a falta de padrão, a incapacidade de armazenar e transportar seus produtos dentre outros entraves, forçam os agricultores a venderem a produção para intermediários por valores muito abaixo do mercado (SOUZA FILHO, 2005).

O êxito das atividades realizadas pela agricultura familiar depende da colaboração dos agentes financeiros, tecnológicos e governamentais, haja vista que a macroeconomia, regida pelo poder público, afeta principalmente o equilíbrio financeiro dos agricultores familiares. “Mudanças na política comercial ou cambial, ao alterarem preços relativos, elevam ou reduzem a rentabilidade da produção destinada ao mercado”. A sobrevivência da agricultura familiar está vinculada a muitos fatores oscilantes, como, por exemplo: “Disponibilidade e adequação de crédito; acesso a insumos e serviços, inclusive assistência técnica; condições socioeconômicas e edafoclimáticas da região” (SOUZA FILHO, 2005, p. 7).

O sistema em estudo está relacionado com as condições relativas ao solo e clima, essenciais para o exercício da atividade rural, diferentemente do setor industrial, em que a prática agropecuária depende de elementos naturais para concluir o ciclo produtivo. Já as relações socioeconômicas desses grupos estão sujeitas às interferências das entidades responsáveis pela imposição de oportunidades e barreiras no cenário nacional e regional, tais como o governo e as instituições financeiras, que influenciam de forma crucial a disponibilidade para a aquisição de componentes necessários para realizar a atividade produtiva bem como a comercialização da produção agropecuária das famílias rurais (SCHNEIDER, 2006).

A diversidade de formas da agricultura familiar é um elemento que dificulta a articulação do referido organismo com outros setores. No entanto, tal fator não impede que a produção agropecuária das famílias rurais seja inserida no mercado consumidor. Conforme Schneider (2006), um dos modos de estímulo é a interação entre agricultura familiar e indústria que fomenta toda a cadeia produtiva que envolve os agricultores familiares, ampliando a geração de renda destes e, conseqüentemente, favorecendo para a redução da migração dos membros das famílias rurais para os centros urbanos (SCHNEIDER, 2006).

A essência do organismo socioeconômico em estudo é composta por laços familiares existentes entre os seus membros que, de acordo com a consanguinidade e os acontecimentos sucessórios, transformam-se continuamente devido aos fenômenos históricos, culturais, ambientais econômicos e sociais peculiares a cada grupo. Além disso, a sua sobrevivência e desenvolvimento dependem das deliberações individuais e coletivas, conforme os objetivos pessoais e comuns do grupo familiar. Schneider (2006) destaca que, em razão da complexidade dos ambientes em que cada uma dessas famílias está inserida, a identificação da existência de grupos de agricultores familiares depende do conjunto dos fatores que envolvem a realidade de cada uma dessas famílias (SCHNEIDER, 2006).

O bom desempenho do sistema produtivo da agricultura familiar decorre da aplicação de um conjunto de práticas capazes de atender a multiplicidade de obstáculos que dificultam a atividade produtiva das famílias rurais. Bianchini (2005) afirma que, dentre as diversas ferramentas utilizadas para o enfrentamento dos problemas que assolam a agricultura familiar, a "Assistência técnica, acesso ao crédito e desenvolvimento tecnológico são temas importantes sobre os quais atuam um conjunto expressivo de políticas públicas". Além disso, para o desenvolvimento da produção agrícola oriunda das diversas atividades realizadas pelas famílias rurais, é importante o engajamento dessas para que, em conjunto, busquem o aperfeiçoamento das suas atividades, utilizando a sabedoria obtida pela prática agropecuária juntamente com apoio técnico, visando à racionalização da mão de obra, dos recursos naturais e econômicos (BIANCHINI, 2005).

3.2 O ALCANCE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA AGRICULTURA FAMILIAR

Bachelet (1995) ressalta a primordialidade das políticas agrárias adequarem-se "aos objetivos de políticas ecológicas locais, regionais e globais, quando estas são definidas com clareza e não permitem que se faça aquilo que pretendem proibir" (BACHELET, 1995, p. 200).

Observa-se que o Poder Público brasileiro, ao longo dos tempos, estabeleceu políticas públicas sob a influência do mercado comercial mundial com o propósito crucial de impulsionar o desenvolvimento econômico. A função do setor agrário nesse contexto, até o final da década de oitenta, era secundária, como, por exemplo, o abastecimento do mercado de consumo, a conquista de divisas e a assimilação da mão de obra sobressalente. Contudo, a partir desse período, com a redemocratização, as políticas públicas agrárias direcionaram-se também para o atendimento das complexas demandas sociais dos grupos pertencentes ao meio rural (MIELITZ NETTO, 2010).

A expansão da produção agrária nacional foi um dos resultados do modelo de desenvolvimento aplicado atualmente por meio do mercado de exportação. Não obstante, a divisão do capital obtido desse segmento prejudica o crescimento do setor interno de consumo, evidenciando a incongruência da forma de desenvolvimento adotada. Além disso, o sistema agrário utilizado no país interfere profundamente nos aspectos ambientais, legais, econômicos, demográficos e sociais. Mielitz, Melo e Maia (2010) citam alguns exemplos das consequências negativas provocadas pela atual prática agrária brasileira, quais sejam: a degradação do ecossistema; a exclusão de milhares de pessoas ao exercício de seus direitos fundamentais; a exploração dos trabalhadores; o aumento do desemprego; a improdutividade de amplas áreas

de terra; a interferência no deslocamento e estabelecimento populacional; e o desequilíbrio social provocado por violentos conflitos em bairros periféricos de centros urbanos e de áreas rurais (MIELITZ NETTO, 2010).

As intervenções estatais brasileiras, orientadoras das questões agrárias, influenciadas inicialmente pelo modelo de modernização agrícola, promoveram a facilitação de crédito para a aquisição de novas tecnologias. Tais vantagens foram gozadas, a princípio, pelos proprietários rurais de grande e médio porte e somente após a década de noventa que os pequenos agricultores tiveram acesso ao crédito (TONEZER, 2011). Frise-se que, nesse mesmo período, esta classe rural detinha mais de 85% dos imóveis agrários e o sistema de agricultura familiar contribuiu em torno de 40% da produtividade agropecuária nacional (MAIA, 2009). Atualmente, percebe-se que “o caráter heterogêneo da agricultura brasileira e as disputas de poder na destinação de recursos financeiros para agricultura vêm orientando os tipos de subsídios, por vezes indireto, aplicados pelas políticas agrícolas do país” (MIELITZ NETTO, 2010, p. 78).

O desenvolvimento econômico sustentável e a igualdade no meio rural requerem a sincronicidade dos dispositivos políticos implantados. No Brasil, os órgãos encarregados pelo direcionamento do desenvolvimento rural são dois, quais sejam: o Ministério da Agricultura, Abastecimento e Pecuária (MAPA), cuja missão é a expansão da produtividade e estimular o fluxo do mercado econômico; e o Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), criado para implantar e desenvolver políticas dirigidas ao “abastecimento, a formulação de estoques reguladores e preços mínimos” (PACÍFICO, 2009, p. 43-44). Este é responsável por planos, como por exemplo, o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) (TONEZER, 2011), entretanto, sem dúvidas, o PRONAF é considerado o programa mais importante para a promoção social no setor rural. Este é o marco do reconhecimento estatal quanto à necessidade de proteger e promover a agricultura familiar (TONEZER, 2011). Tal programa foi criado como forma de “internalizar nas políticas públicas, a partir do compromisso de construir a Agenda 21 brasileira, os princípios do desenvolvimento sustentável” (MAIA, 2009, p. 78).

Conforme o entendimento de Pacífico (2009), em relação à consonância entre políticas públicas criadas pelos dos Ministérios acima mencionados, a autora constata que:

Essa polarização política – embate de interesses e visão de mundo – é refletida também nas perspectivas de desenvolvimento de cada órgão: para o primeiro há uma supervalorização do agronegócio; para o segundo, a importância está na agricultura familiar, na reforma agrária, na perspectiva das famílias no campo e na segurança alimentar (PACÍFICO, 2009, p. 44).

Maia (2009) observa a oposição entre as políticas implantadas por esses órgãos. A utilização do método operacional para distinguir a agricultura familiar da patronal não contempla as “diferenças relevantes que distinguem os dois grupos”. Segundo o autor, a definição aplicada para a agricultura familiar propicia contendas e inviabiliza o processo de politização do setor agrário brasileiro (MAIA, 2009). Tonezer et al. (2011) compartilham do mesmo pensamento acerca do tema, veja-se:

O espaço agrário brasileiro inscreve-se, hoje, dentro de uma lógica na qual as políticas públicas comprovam, institucionalmente, a dualidade do mundo rural, fato esse evidenciado na partilha desigual de terras entre a agricultura familiar e a agricultura patronal. Essa dualidade é responsável pela existência de dois Ministérios, o Ministério da Agricultura, da Pecuária e do Abastecimento (MAPA) e o Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), responsáveis, respectivamente, pelas políticas direcionadas à agricultura patronal e à agricultura familiar (TONEZER, 2011, p. 69).

Tonezer et al. (2011) alertam para a relevância de afirmar as particularidades inerentes a cada região, bem como da atuação da União, estados e municípios para impulsionar os mercados regionais (TONEZER, 2011). Para tanto, o Poder Público tem como função essencial o dever de promover o desenvolvimento social em todas as suas ordens. Para melhor aplicação de medidas públicas direcionadas ao desenvolvimento do país é preciso considerar a heterogeneidade da atividade agrária, assim como a sua repercussão. A motivação das políticas públicas agrárias deve ser estruturada observando as adversidades enfrentadas pelo setor (MIELITZ NETTO, 2010). “A partir do entendimento das características, das potencialidades, desafios, riscos e limitações de cada cadeia produtiva agrícola ou agroindustrial, inserida em sua respectiva região” (TONEZER, 2011, p. 57).

Cazzela, Bonnal e Maluf (2009) enfatizam a importância do direcionamento das políticas públicas para uma compreensão territorial, abrangendo os “elementos do enfoque da multifuncionalidade da agricultura”. Os autores afirmam que o processo de redemocratização iniciado na década de oitenta propiciou, na década posterior, a implantação de políticas dirigidas à promoção territorial. Esse formato, segundo os autores, é indispensável para promover a articulação regional entre o sistema social com as peculiaridades ambientais em que estão inseridos (CAZELLA, 2009). Nesse segmento, a Constituição Federal de 1989 estabeleceu, no seu artigo 21, que cabe à União criar e aplicar políticas nacionais e regionais dirigidas à estruturação territorial e desenvolvimento socioeconômico (MIELITZ NETTO, 2010). É pertinente destacar que a adoção da territorialidade na elaboração das políticas públicas foi introduzida pela forte influência dos grupos populares do meio rural que, organizados, alcançaram o

poder de reivindicar direitos perante o Estado. Cazzela, Bonnal e Maluf (2009) alertam para a urgência do reconhecimento da agricultura familiar como classe “sociopolítica”, além de incorporá-la ao arcabouço estatal mediante políticas públicas adequadas, interrompendo o controle político dos latifundiários (CAZELLA, 2009).

Entretanto, o Estado demonstrou desequilíbrio para coordenar a dinâmica territorial adotada, a falta de comunicação e coesão entre os entes federativos, prejudicou a descentralização das políticas socioeconômicas (CAZELLA, 2009), culminado em uma “fragmentação dos espaços públicos, afetando sua capacidade de participar das decisões acerca das políticas públicas e de atuar como espaços de compartilhamento do poder entre sociedade civil e autoridade estatal local” (CAZELLA, 2009, p. 84).

Parreiras (2007) atesta que é necessário aplicar medidas capazes de solucionar as controvérsias existentes entre as classes sociais rurais por meio de destinação de verbas e estabilidade do mercado econômico, da promoção da segurança alimentar e da reorganização social do setor agrário (PARREIRAS, 2007). Nesse sentido, o autor acrescenta que um dos grandes desafios para que a sociedade desenvolva-se em todas as suas dimensões é a necessidade de a miséria ser afastada, tendo em vista que o desenvolvimento econômico é apenas um de seus elementos. Dessa forma, o autor preleciona que:

[...] uma concepção de superação da pobreza que significa muito mais do que ultrapassar determinado nível de renda familiar per capita, determinada “linha de pobreza”, por maior que seja essa conquista. Da mesma forma, hoje já se compreende que o verdadeiro desenvolvimento, aquele que realmente importa, será melhor qualificado se for chamado de humano, e que o antigo adjetivo – econômico – qualifica apenas um de seus aspectos (PARREIRAS, 2007, p. 195).

A ONG Repórter Brasil e o Centro de Monitoramento de Agrocombustíveis (2011), ao manifestarem sobre o assunto, acrescentam que:

Sem projetos eficientes para a redistribuição das riquezas no campo, ou sem capacidade de implementação dos projetos que já se propôs, o governo está diante do enorme desafio de encarar de frente os vultosos problemas que, como apontou o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) em estudo divulgado em setembro deste ano, faz dos pequenos agricultores o grupo social mais atingido pela pobreza extrema no Brasil. Responsáveis por esta tragédia, aponta o Ipea, são a gradativa diminuição das terras nas mãos dos camponeses, a baixa disponibilidade de insumos agrícolas, a falta de assistência técnica e os baixos preços pagos pelos produtos da agricultura familiar. E nas situações de pobreza extrema, o meio ambiente é o primeiro a ser sacrificado na luta pela sobrevivência (ONG REPÓRTER BRASIL E CENTRO DE MONITORAMENTO DE AGROCOMBUSTÍVEIS, 2011, p. 16).

Nesse diapasão, a Conferência Mundial de Agricultura Familiar realizada em outubro de 2011, na cidade de Bilbao, na Espanha, enfatizou a importância da agricultura para o desenvolvimento mundial. Conforme o documento, o ano de 2008 caracterizou-se pela grande elevação dos preços dos alimentos no mundo, principalmente daqueles advindos das culturas tradicionais. Uma das grandes responsáveis por tal crise foi a forma de atuação dos mercados de alimentos, o qual provocou profunda instabilidade no setor. Os países em desenvolvimento, subordinados às imposições do mercado externo, foram, com isso, severamente atingidos pela crise. Ainda no mesmo ano, o Banco Mundial emitiu um relatório sobre o desenvolvimento global, no qual se enfatizou a necessidade da ampliação do acesso aos mercados consumidores por meio da implementação de mecanismos capazes de garantir a estabilidade dos preços, a fim de possibilitar a inserção dos pequenos agricultores nos mercados (ONG REPÓRTER BRASIL E CENTRO DE MONITORAMENTO DE AGROCOMBUSTÍVEIS, 2011).

A proteção e o fomento das atividades realizadas pela agricultura familiar, bem como por outras classes de pequenos agricultores rurais, são medidas fundamentais para combater a fome mundial (CONFERÊNCIA MUNDIAL DE AGRICULTURA FAMILIAR, 2011).

De acordo com o documento, o grau de integração das propriedades agropecuárias com os mercados consumidores depende da capacidade de produção e desenvolvimento de cada uma delas. No entanto, para que estes objetivos sejam atingidos, deve, primeiramente, ser efetiva a incorporação desses grupos agrários nos mercados locais e regionais. Essas estratégias, além de estimularem a economia interna, permitem o fortalecimento dessas categorias diante da ocorrência de fenômenos impostos pelo mercado internacional (CONFERÊNCIA MUNDIAL DE AGRICULTURA FAMILIAR, 2011).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho é analisar e verificar a importância do caráter socioeconômico da agricultura familiar no país. É necessário o reconhecimento de um novo padrão de produção agrícola, tendo em vista o esgotamento do modelo agrícola atual. Destarte, a definição de uma nova forma produtiva do setor agrário, capaz de valorizar as sinergias do sistema rural que abarquem princípios ambientais e agrários, é uma condição de urgência. Uma das consequências do desenvolvimento capitalista implantado mundialmente foi a modernização do sistema agropecuário. Essa, por sua vez, provocou prejuízos para o ecossistema e para os setores econômicos e sociais, tais como a utilização desenfreada e incoerente do meio ambiente e a intensa segregação dos indivíduos inseridos no espaço rural.

A agricultura familiar afasta-se do padrão agrícola atual, sendo que este é um dos grandes responsáveis pela deterioração das condições ambientais em proporções ainda não conhecidas. O adequado manejo do meio ambiente deve ser observado em conjunto com o justo comércio, estimulando o abastecimento e o consumo da produção advinda da agricultura familiar. Dessa forma favorecerá para um melhor aproveitamento dos recursos locais, propiciando uma oferta de produtos diferenciados num contexto de uma economia orientada pela demanda. É indispensável a implantação de uma forma de produção agropecuária que vise o manejo adequado dos ecossistemas e contribua para desenvolvimento socioeconômico. Verificou-se, ainda, que a diversificação produtiva da agricultura familiar é responsável por grande parcela da produção agropecuária no país, além de permitir um melhor equilíbrio na distribuição populacional e de possuir importante papel para a promoção do progresso social, em consonância com a função social da propriedade, fortalecendo as energias sociais, ecológicas e econômicas.

O modelo agrário atual intervém na economia, causando profundos danos nas dinâmicas sociais e no meio ambiente. Excluindo, conseqüentemente, grande parte da população rural ao acesso dos direitos fundamentais. Percebe-se, ainda, a existência da exploração laboral, da escassez de empregos, da ociosidade dos imóveis rurais, da violência rural e urbana, entre outros fatores prejudiciais.

A compreensão das peculiaridades e da capacidade produtiva dos organismos agropecuários é fundamental para que as medidas públicas destinadas ao desenvolvimento do setor obtenham o controle e minimização das discórdias entre os atores do meio rural. A adequada aplicação da territorialidade nas políticas públicas é imprescindível para a harmonização regional dos dispositivos sociais e das características ambientais. Verificou-se a relevância da agricultura familiar para o aumento da geração de renda, a segurança alimentar, a diminuição do êxodo rural, entre outros fatores que beneficiam toda a sociedade. Nesse contexto, é premente a necessidade, em nosso ordenamento jurídico, de aplicar regras e princípios capazes de disciplinar com eficácia as condutas dos indivíduos, garantindo, assim, a melhor qualidade de vida à população atual e futura.

Portanto, a análise dos dados expostos neste trabalho possibilitou verificar que a agricultura familiar é uma entidade que visa à sustentabilidade. Trata-se de organismos que se desenvolvem favorecendo a harmonização entre os recursos naturais e o ser humano, o resgate da cultura e da identidade familiar. Visa à melhora na qualidade de vida e, conseqüentemente, na valorização do direito à dignidade humana, vinculado diretamente com os princípios basilares do Direito Ambiental e Direito Agrário.

REFERÊNCIAS

ALTAFIN, Iara. **Reflexões sobre o conceito da agricultura familiar**, 2007. Disponível em: <http://mstemdados.org/sites/default/files/Reflex%C3%B5es%20sobre%20o%20conceito%20de%20agricultura%20familiar%20-%20Iara%20Altafin%20-%202007_0.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. **Princípios jurídicos do direito ambiental**, 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2965218>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

ÁVILA, Dione Ferreira de; GRIEBELERA, Marcos Paulo Dhein; BRUMA, Argemiro Luís. Inovação: a modernização da agricultura no planalto gaúcho (Brasil). **UNOPAR Científica – Ciências Jurídicas e Empresariais**, Londrina, v. 16, n. 2, p. 156-164, set. 2015. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/viewFile/3316/2987>>. Acesso em: 21 set. 2016.

BACHELET, Michel. **A ingerência ecológica: direito ambiental em questão**. Tradução de Fernanda Oliveira. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1995.

BAHIA, Carolina Medeiros; MAIA, Fábio Fernandes. Equilibrado nos 20 anos da Constituição Brasileira: uma análise da cláusula da proibição do retrocesso ecológico a partir de casos concretos. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da (Org.). **Princípios do direito ambiental**, Caxias do Sul: Educus, 2012, VI.

BALDI, César Augusto. A renovação do direito agrário e os quilombos: identidade, território e direitos culturais. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 37, n. 2, p. 212-258, 2013. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/viewFile/30869/16833>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

BARRANCOS, Luciana Rossi. A realização da função social da propriedade do agro-negócio. **Revista de Direito Empresarial**, v. 8, p. 239-250, mar./abr. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001588f1d415cbd52d423&docguid=I385c3f90d9c211e485da010000000000&hitguid=I385c3f90d9c211e485da010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=468&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

BASSO, Joaquim. O dever fundamental de produção agrária com sustentabilidade e segurança alimentar. **Revista dos Tribunais Sul**, v. 6, 7 e 8, p. 13-46, jul./ago./set./out./nov./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001588ec52603b-78576df&docguid=l9fed1f70874811e4ac6e010000000000&hitguid=l9fed-1f70874811e4ac6e010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=218&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

BIANCHINI, Valter. Prefácio. In: SOUZA FILHO, Hildo Meirelles de; BATALHA, Mário Otávio (Org.). **Gestão integrada da agricultura familiar**. Edufscar: São Carlos, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BIANCHINI, Valter. Prefácio. In: SOUZA FILHO, Hildo Meirelles de; BATALHA, Mário Otávio (Org.). **Gestão integrada da agricultura familiar**. Edufscar: São Carlos, 2005.

BRANDÃO, Júlio César Lima. Aspectos jurídicos das florestas de preservação permanente e das reservas legais: proteção ambiental e propriedade. **Revista dos Tribunais**, v. 22, p. 114-146, abr./jun. 2001. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001588e6ecd7b2f694508&docguid=l3ffb4ce0f25511dfab-6f01000000000000&hitguid=l3ffb4ce0f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=278&context=65&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

BRASIL. IBGE. **Censo Agropecuário 2006**. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/50/agro_2006_agricultura_familiar.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. Ministério do Desenvolvimento Agrário. **Um novo Brasil rural**. Brasília: 2010. p. 21. Disponível em: <<http://www.mda.gov.br/sitemda/publicacoes/revista-um-novo-brasil-rural>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

BUAINAIN, Antônio Márcio; SABBATO, Alberto Di; GUANZIROLI, Carlos Enrique. **Agri-cultura familiar**: um estudo de focalização regional, 2004. Disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/12/090437.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

CAZELLA, Ademir A.; BONNAL, Philippe; MALUF, Renato S. (Org.). **Agricultura familiar: multifuncionalidade e desenvolvimento territorial no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2009. Disponível em: <http://www.iicabr.iica.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Agricultura_familiar_multifuncionalidade_e_desenvolvimento_territorial_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.

CONFERÊNCIA MUNDIAL DE AGRICULTURA FAMILIAR. Agricultura familiar: Acesso a mercados y volatilidad de los mercados agrícolas. **Bibao**, Espanha, 5-7 out. 2011. p. 2-3. Disponível em: <<http://www.reafmercosul.org/index.php/acerca-de/biblioteca/documentos/item/26-conferencia-mundial-de-agricultura-familiar>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Posse agrária, posse agroecológica e expansão do princípio da função social. **Revista dos Tribunais**, v. 669, p. 47-56, jul. 1991. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad81815000001588edc690c6e-d9618e&docguid=l8425fd40fc7a11e59f05010000000000&hitguid=l8425fd40fc7a11e59f05010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=298&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da "função social". **Revista de Direito Ambiental**, v. 27, p. 58-69, jul./set. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad81816000001588f172acd18ad3d4e&docguid=l325a1a10f25211dfab6f0100000000000&hitguid=l325a1a10f25211dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=449&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. O imposto territorial rural e a questão agrária brasileira. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 26, p. 63-75, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad81815000001588f0726e549563146&docguid=lf41d1c00f-25311dfab6f0100000000000&hitguid=lf41d1c00f25311dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=420&crumb-action=append&crumb-label=-Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOGUESATTO, Cristian Rogério et al. Fatores relevantes para a tomada de decisão dos jovens no processo de sucessão geracional na agricultura familiar. **Revista Paranaense de Desenvolvimento**, Curitiba, v. 37, n. 130, p. 15-28, jan./jun. 2016, p. 17. Disponível em: <<http://www.ipardes.pr.gov.br/ojs/index.php/revistaparanaense/article/view/786/999>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

GIORDANI José Acir Lessa. Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 669, p. 47-56, jul. 1991. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad81816000001588ed3de5e2f694a31&docguid=IObOd2300f25011dfa-b6f0100000000000&hitguid=IObOd2300f25011dfab6f010000000000&spos=1&e-pos=1&td=1&context=265&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

GODOY, Luciano de Souza. **Direito agrário constitucional**: o regime da propriedade. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES NETO, João da Cruz; TAYER NETO, Pedro Felipe. Transformações do direito e desenvolvimento agrário na sociedade de risco. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 41, p. 24-40, nov./dez. 2013. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/4149/3010>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

HAVRENNE, Michel François Drizul. A compra e venda como meio de implementação da reforma agrária no Brasil. **Revista dos Tribunais**, v. 949, p. 71, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad81815000001588eebca2ec4f-c8797&docguid=I47442ed0503f11e4b0210100000000000&hitguid=I47442ed0503f11e4b0210100000000000&spos=1&e-pos=1&td=1&context=327&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Agricultura familiar como instrumento de desenvolvimento do estado de direito ambiental**, 2014. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2014/11/12/agricultura-familiar-como-instrumento-de-desenvolvimento-do-estado-de-direito-ambiental/>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

LEMOS, Patrícia Fagalglecias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LUZ, Valdemar P. da. **Curso de direito agrário**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra - DC Luzzatto, 1996.

MAIA, Cláudio Machado. Percepções que permeiam o conceito de agricultura familiar e a cronologia da luta pela sustentabilidade: panorama nacional e internacional. In: SOGLIO, Fábio Dal; KUBO, Rumi Regina (Org.). **Agricultura e sustentabilidade**. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

MANGUEIRA, Carlos Octaviano de M. Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente: notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 146, abr./jun. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/594/r146-18.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 860, p. 91-133, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001588e9b3d152f69478b&docguid=I590fba80f25111dfab6f010000000000&hitguid=I590fba80f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=156&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

MIELITZ NETTO, Carlos Guilherme Adalberto; MELO, Lenivaldo Manoel de; MAIA, Cláudio Machado. **Políticas públicas e desenvolvimento rural no Brasil**. Porto Alegre: UFRGS, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTI, Rafael Ferreira Fumelli. A proteção constitucional do agronegócio. **Revista de Direito Empresarial**, v. 6, p. 195-210, nov./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001588f2ab4495386da23&docguid=I3507c3f07ab811e4b37a010000000000&hitguid=I3507c3f07ab811e4b37a010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=495&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

NEVES, Fabrício Monteiro; BINKOWSKI, Patrícia; FLEURY, Lorena Cândido; PIEVE, Stella Maris Nunes; WEDIG, Carine; SOUZA, Gabriela Coelho de. A modernização da agricultura e os eixos temáticos. In: ALMEIDA, Jalcione (Org.). **A modernização da agricultura**. Porto Alegre: UFRGS, 2010, p.36.

ONG REPÓRTER BRASIL E CENTRO DE MONITORAMENTO DE AGROCOMBUSTÍVEIS. A agricultura familiar e o debate do Novo Código Florestal. Biblioteca - Portal do Consumo Responsável, 2011, p. 16. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gszfdb7qFLCJ:biblioteca.consumoresponsavel.org.br/items/show/80+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. **Revista de Direito Ambiental**, v. 8, p. 5-19, out./dez. 1997. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad81816000001588ef4efd42f694aba&docguid=I718cd7e0f25211dfa-b6f0100000000000&hitguid=I718cd7e0f25211dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=3&context=369&crumb=-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

PACÍFICO, Daniela A. história da modernização da agricultura: um conceito de muitas facetas. In: SOGLIO, Fábio Dal; KUBO, Rumi Regina (Org.). **Agricultura e sustentabilidade**. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

PARREIRAS, Luiz Eduardo. **Negócios solidários em cadeias produtivas**: protagonismo coletivo e desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: IPEA: ANPEC. Fundação Banco do Brasil, 2007. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livrocompleto2.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

PEIXOTO NETO, Pedro Accioly de Sá. O direito fundamental à propriedade rural em face da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 3, 3º quadrimestre de 2014, p. 1304-1305. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 27 out. 2016.

PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica da propriedade. In: STROZAQUE, Juvenil José (Org.). **A questão agrária e a justiça**, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

PORTANOVA, Rogério. O papel civilizatório do direito ambiental diante das ameaças globais (o que o Direito tem a ver com o Antropoceno). In: BENJAMIN, Antônio Herman; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Jurisprudência, ética e justiça ambiental no século 21**. 21º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016. Disponível em: <www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2017.

SCHNEIDER, Sérgio. Agricultura familiar e desenvolvimento rural endógeno: elementos teóricos e um estudo de caso. In: FROEHLICH, J. M.; DIESEL, Vivien. (Org.). **Desenvolvimento rural: tendências e debates contemporâneos**. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 1. Disponível em: <<http://ifibe.edu.br/arq/2015081315271368961277.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. Direito ambiental e sustentabilidade. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 36, p. 17-28, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/2189/1733>>. Acesso em: 22 set. 2016.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOGLIO, Fábio Dal; KUBO, Rumi Regina. Prefácio. In: SOGLIO, Fábio Dal; KUBO, Rumi Regina (Org.). **Agricultura e sustentabilidade**. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

SOUZA, Gabriela Coelho de (Org.). **Transformações no espaço rural**. Porto Alegre: UFRGS, 2011.

SPARREMBERGUER, Raquel Fabiana Lopes; SILVA, Danielle Aita da. A relação homem, meio ambiente, desenvolvimento e o papel do Direito Ambiental. **Vere-das do Direito**. Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 81-99, jul./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.terrabrasilis.org.br/ecotecadigital/pdf/a-relacao-homem-meio-ambiente-desenvolvimento-e-o-papel-do-direito-ambiental.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

TONEZER, Cristiane; SCHUBERT, Maycon Noremborg; WANDSCHEER, Elvis Robe; WAQUIL, Paulo Dabdab; SCHULTZ, Glauco. Políticas públicas e privadas para a promoção da competitividade das cadeias produtivas agroindustriais e do desenvolvimento rural. In: SCHULTZ, Glauco; WALQUIL, Paulo Dabdab (Org.). **Políticas públicas e privadas e competitividade das cadeias produtivas agroindustriais**. Porto Alegre: UFRGS, 2011.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. **Revista de Direito Ambiental**, v. 30, p. 155-78, abr./jun., 2003. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. v. 7, p. 111-137, out. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015c02db5912e4a66fbd&docguid=l38bffa0f25211dfab6f010000000000&hitguid=l38bffa0f25211dfab6f010000000000&spos=2&e-pos=2&td=4000&context=4&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

VERDUM, Roberto. A natureza, o meio e o despertar da questão ambiental. In: FONTOURA, Luiz Fernando Mazzini; VERDUM, Roberto (Org.). **Questão agrária e legislação ambiental**. Porto Alegre: UFRGS, 2010.

A EFICÁCIA DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

Fernando da Rosa Coelho

Graduado em Direito na Universidade Feevale.

E-mail: fernandocoelhodir@gmail.com.

Claudia Maria Petry de Faria

Doutora em Qualidade Ambiental na Universidade Feevale.

Professora na Universidade Feevale.

E-mail: claudiampetrydefaria@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da eficácia da prisão civil do devedor de alimentos e o recolhimento ao sistema carcerário, através da análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial atinente ao caso.

O Direito de Família pertence ao ramo do Direito Privado, porém devido a sua importância o Estado intervém restringindo a autonomia da vontade dos envolvidos. A proteção à família inserida na Carta Magna impõe ao Estado deveres em relação à proteção das famílias, mas tal situação não deve ser vista como sendo inserção do Direito de Família no ramo do Direito Público.

A doutrina e jurisprudência, tem entendimento diverso em relação à prisão civil do devedor de alimentos, no que tange ao modo de cumprir a coerção, em regime fechado ou em regime menos gravoso, semiaberto ou aberto. Tal discussão encontra partidários de ambos os lados, favoráveis ao regime estritamente fechado, como previsto na legislação, e outros que postulam o cumprimento no regime aberto ou semiaberto. Os partidários desta última embasam sua tese no fato de que se o devedor estiver no cárcere, não poderá produzir fundos suficientes para adimplir com sua obrigação.

A prisão não pode ocorrer de ofício pelo julgador, cabendo a solicitação pelo credor, que tem interesse na sua quitação, no Processo de Execução de Alimentos. O necessitado, muitas vezes, encontra-se em situação de risco em relação a sua manutenção e entende ser esta a maneira mais efetiva, pois busca por qualquer meio ter atendido seus anseios. Os alimentos são de vital importância para a subsistência de quem não tem condições de se manter por seus próprios meios, razão pela qual o Estado deve adotar medidas para que seja adimplida a obrigação em caso de atraso.

O tema é complexo, pois trata-se da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, direito a ter as condições mínimas para a sua manutenção. A divergência encontrada demonstra que o tema não se esgota e tão pouco é pacífico, merecendo ter a atenção sempre presente por parte do Estado e da sociedade.

2 A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

A dissolução de relacionamentos conjugais implica em uma série de medidas que devem ser adotadas, principalmente no âmbito judicial, seja na esfera patrimonial dos bens que faziam parte da constância matrimonial, quanto da obrigação de prestar alimentos, quando for o caso. Os conflitos resultantes do inadimplemento de alimentos representam dever jurisdicional do Estado em resolvê-los, trazendo à luz da legislação as medidas específicas para que seja cumprido o estipulado. O Estado tem interesse no adimplemento da obrigação e, acima de tudo, no cumprimento das

normas estabelecidas. Para Rizzardo (1994, p. 670), "o Estado tem interesse na fiel observância das normas que tratam da matéria, e oferece meios capazes e eficazes para o seu cumprimento, como o desconto em folha de pagamento ou a prisão do devedor contumaz".

Torna-se imperioso, portanto, verificar quais os modos de satisfação do débito alimentar.

3 MODOS DE SATISFAÇÃO ALIMENTAR

Ao devedor, a sanção imposta na execução da obrigação é a prisão, que encontra amparo legal no art. 528, §3º do CPC/2015, com previsão de reclusão de 1 a 3 meses, sendo que o §4º do mesmo artigo, prevê seu cumprimento em regime fechado, separado dos presos comuns. Deve ser ressaltado, ainda, a previsão contida no Código Penal em seu art. 244, *caput*, que trata do crime de abandono material, pois aquele que, sem justa causa, deixa de prover os alimentos ao filho menor de 18 anos, tem a pena agravada, com previsão de detenção de 1 a 4 anos, verificada a conduta criminosa, justifica-se a prisão:

Por isso, é aconselhável que o juiz, de ofício, ou a requerimento, remeta cópia dos autos do processo de execução de alimentos ao Ministério Público criminal, verificada, em tese, a conduta criminosa do art. 244 do Código Penal, para que proponha, se for o caso, a competente ação penal, em cuja demanda poderá ser proposta a suspensão condicional do processo, pelo prazo de três anos, por exemplo, estabelecendo-se, em uma das condições, o pagamento regular da pensão alimentícia durante o prazo de suspensão (WELTER, 2003, p. 395).

O Código de Processo Civil/2015, em seus artigos 528, § 3º e 911, parágrafo único, torna-se a única hipótese para prisão civil no Brasil por dívida, admitida na Constituição Federal, art. 5º, Inc. LXVII. No texto da Carta Magna ainda consta a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, porém a jurisprudência pôs fim a essa possibilidade, restando a prisão civil somente como meio coercitivo de saldar dívida alimentar.

Os procedimentos para cobrança de alimentos de forma executiva estão previstos nos artigos do Código de Processo Civil/2015: a) art. 911, título executivo extrajudicial, ação judicial que visam à prisão; b) art. 913, na posse de título executivo extrajudicial, pode ocorrer a expropriação; c) art. 528, pode ocorrer por meio de sentença ou decisão interlocutória na cobrança de alimentos pelo rito de prisão; d) art. 530 e cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para cobrança de alimentos pelo rito de expropriação (DIAS, 2015, p 69).

Com relação ao título executivo extrajudicial conforme art. 911 do CPC/2015, a instituição de alimentos fora do processo, tem força executiva, como ocorre na sepa-

ração ou divórcio por escritura pública, gerando título executivo extrajudicial que irá conter a obrigação de prestar alimentos. Essa obrigação tem a aplicação subsidiária da previsão contida no art. 911, parágrafo único do CPC/2015. Será citado o devedor para pagamento, em três dias, das parcelas vencidas e as vincendas no decurso do processo. Não realizando o pagamento, sendo rejeitada a impossibilidade de saldar a dívida, terá prosseguimento a execução, com a possibilidade de desconto em folha de pagamento e prisão civil (TONIOLO, 2015, p. 670).

Na posse de título executivo extrajudicial, poderá haver a expropriação prevista no art. 913 do CPC/2015, pois, o exequente pode renunciar ao procedimento que poderá levar a prisão do executado, ou desconto em folha de pagamento, recaindo, assim, a execução de acordo com a previsão do arts. 824 e 825 do CPC/2015, denominada execução por quantia certa. Caso seja a título de pensão alimentícia, o adimplemento dependerá do que resultar a expropriação de bens ou, mesmo, o pagamento voluntário do executado (TONIOLO, 2015, p. 672).

A expropriação adentra no patrimônio do executado, substituindo os bens pela dívida que deveria ser saldada. A adjudicação, a alienação patrimonial e apropriação de frutos e renda, ressalvada a execução relativa a alimentos:

Isso se dá pelos três meios arrolados no art. 825, quais sejam a adjudicação, a alienação patrimonial (para transformar bens em dinheiro) e a apropriação de frutos da empresa ou rendas de bens, faltando à norma indicar a apropriação direta de dinheiro que seja localizado no patrimônio do executado. O artigo 825 ressalva as execuções especiais, notadamente aquela contra a Fazenda Pública (art. 910) e a de alimentos (arts. 911-913) quando fundadas, uma e outra, em título extrajudicial, hipóteses não reguladas no CPC/73. Nesses casos, a via da cobrança não será a da expropriação, exceto nos alimentos, se frustrada a técnica da coação pelo aprisionamento do devedor ou do desconto em folha (RODRIGUES, 2015, p. 568).

O adimplemento da obrigação alimentar pode ser imposto por meio de sentença ou decisão interlocutória na cobrança de alimentos, pelo rito de prisão, conforme disposição no art. 528 do CPC/2015. Para José Miguel Garcia Medina, a sentença definida pelo Código de Processo Civil/2015, pode ser a) uma decisão final, findando a lide ou uma de suas etapas, b) uma decisão definitiva ou terminativa. Definitiva, resolvendo o mérito; terminativa, pois ausente algum requisito processual que incapacita a resolução de mérito. Em relação à decisão interlocutória, seria qualquer decisão diferente da sentença. As decisões interlocutórias, entretanto, não se enquadram na previsão contida no art. 203, §1º do CPC/2015. Essa definição é importante, pois visa definir o recurso cabível, sendo Apelação em caso de Sentença ou Agravo de Instru-

mento em decisão interlocutória (MEDINA, 2015, p. 338-339). Para Didier Jr (2016), não será o caso de sentença o pronunciamento judicial, que não findar uma fase do processo, podendo ser definida como decisão interlocutória. Ainda que, mesmo tendo como fundamento o exposto nos arts. 485 ou 487 do CPC/2015 será uma decisão interlocutória.

Em caso de existência de sentença estipulando alimentos ou alimentos provisórios, a obrigação alimentar será executada como cumprimento de sentença:

Existindo decisão judicial definidora do dever de prestação de alimentos, aplicar-se-á o disposto nos arts. 528 a 533. A nova sistemática processual apresenta uma série de inovações em relação à execução visando o cumprimento de obrigação de natureza alimentar. O primeiro aspecto a ser posto em destaque diz respeito à adoção do posicionamento no sentido de que a obrigação alimentar passa a ser executada como cumprimento de sentença, quer se refira a alimentos provisórios e aqueles fixados em sentença ainda não transitada em julgado, quer sejam definitivos. No primeiro caso, o procedimento de cumprimento da decisão judicial que fixou a obrigação alimentar será efetivado em autos apartados e na segunda hipótese, será realizada nos próprios autos do processo em que foi fixada a verba. A fase de cumprimento de decisão que fixa obrigação alimentar não poderá ser instaurada de ofício pelo juízo, observando-se o princípio da inércia da jurisdição, de forma que somente terá início mediante pedido da parte credora (XAVIER, 2015, p. 670).

Em relação ao cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para cobrança de alimentos pelo rito de expropriação (art. 530 CPC/2015), uma vez não cumprida a obrigação, deverão ser observadas as disposições dos arts. 831 e seguintes do CPC/2015, que tratam sobre bens à penhora, bens impenhoráveis e inalienáveis e à exceção frente à verba alimentar:

A primeira parte, do § 2º, do art. 833, versa sobre exceções às impenhorabilidades previstas nos incisos IV e X em face da cobrança de verba alimentar. Vale dizer, a penhora para pagamento de pensão alimentícia pode incidir sobre os valores de contraprestação pelo trabalho, aposentadoria, pecúlios, etc. (inc. IV), assim como sobre depósitos em poupança inferiores a 40 salários mínimos (inc. X). Há de acrescentar-se a possibilidade de quebra da impenhorabilidade também nas hipóteses do inciso I e VI, na linha das anotações registradas acima (RODRIGUES, 2015, p. 575-576).

As medidas executórias para garantir o pagamento da verba alimentar ocorrida por inércia do devedor, podem adentrar tanto no patrimônio do devedor, na penhora on-line de valores, na incidência de valores nos rendimentos e frutos de bens inalie-

náveis ou, ainda, nos rendimentos, desde que não ultrapasse cinquenta por cento do que recebe, ou pela prisão do devedor, que são duas maneiras distintas para coibir o inadimplemento, porém podem ocorrer no mesmo processo de execução de maneira sucessiva. Os bens a serem nomeados à penhora devem ser indicados pelo credor através de manifestação expressa (DIAS, 2015, p. 156).

A execução pode ser um meio eficaz para a realização da cobrança dos alimentos, nos títulos executivos judiciais e extrajudiciais. A parte ganha eficácia para o recebimento da verba, tendo no processo a possibilidade de adentrar na esfera patrimonial do devedor, com o intuito de verificar a existência de bens penhoráveis. Poderá, ainda, incidir a penhora, inclusive, nos valores recebidos a título de salários, pensões, pecúlios ou até mesmo em poupança com depósitos de até 40 salários mínimos.

4 AS MEDIDAS COERCITIVAS PARA CUMPRIR O ADIMPLEMENTO

No entendimento de Maria Berenice Dias, a possibilidade mais eficaz para realizar a cobrança de alimentos ocorre por meio da iminente possibilidade de prisão civil do devedor. Pode ser deferida na hipótese de inadimplemento dos alimentos fixados judicialmente em função do que determina o art. 528, §3º ou, ainda, como título executivo extrajudicial, art. 911 ambos do CPC/2015 (DIAS, 2015, p. 169).

As autorizações para prisão civil, conforme expressado na Súmula nº 309 do STJ, são referentes a três parcelas vencidas, não podendo ocorrer sobre parcelas anteriores a esse período:

Acompanhando a orientação constante do enunciado da súmula nº 309 do STJ, o débito alimentar que autoriza a prisão civil é aquela que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem durante o seu curso (XAVIER, 2015, p. 670).

Segundo Alexandre de Moraes não deve haver prisão civil por dívidas, com excepcionalidade, porém, há a previsão de dois casos no ordenamento brasileiro. Deve a ordem ser decretada por autoridade judicial competente, referente ao inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentar e na hipótese de depositário infiel. O amparo está alicerçado no art. 5º, LXVII da Constituição Federal, disciplinando a aplicabilidade da prisão civil no ordenamento jurídico, ressalvada a constrição para depositário infiel. A decretação da prisão civil poderá ser efetivada tão logo seja emanada a ordem judicial, não havendo a necessidade de haver o trânsito em julgado do processo, pois, seu caráter é coercitivo e não punitivo, como ocorre na prisão penal (MORAES, 2012, p. 126).

Para Júnior (2014, p. 423): “o Código de Processo Civil abre ao credor de alimentos duas vias executivas: a) a de execução comum de obrigação de quantia certa; e b) a de execução especial, sem penhora e com sujeição do executado inadimplente à prisão civil”. Para o autor, a prisão civil do devedor de alimentos, “não deve ser decretada *ex officio*. É o credor que sempre estará em melhores condições que o juiz para avaliar sua eficácia e oportunidade”. Relata, ainda, que, “o cumprimento de pena privativa de liberdade não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas ou vincendas”. O tempo de prisão para o devedor de alimentos pode variar de um a três meses, conforme previsão do art. 528, § 3º do CPC/2015.

Com o advento da entrada em vigor da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar a partir de março de 2016, surge uma nova modalidade de coerção ao devedor de alimentos, que começa a ser imposta. Conforme o art. 782, § 3º, a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do devedor no cadastro de inadimplentes. Em julgamento unânime de Recurso Especial nº 1.533.206 - MG (2014/0345653-7), ocorrido em novembro de 2015, com relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, foi determinado a inclusão do devedor de alimentos no cadastro de inadimplentes dos órgãos de proteção ao crédito. No seu voto, o Ministro ressalta a urgência da medida de coerção com a finalidade de sanar o débito:

Os §§ 3º e 4º (art. 782) não encontram paralelo no CPC/15 atual e permitem que o magistrado determine a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes até que a obrigação seja cumprida. Na hipótese, o recorrido, executado na ação de alimentos, devidamente citado, não pagou o débito, sendo que, determinando-se diligências, não foram encontrados bens passíveis de penhora em seu nome. Portanto, considerando-se que os alimentos devidos exigem urgentes e imediatas soluções - a fome não espera - mostra-se juridicamente possível os pedidos da recorrente, ora exequente, de protesto e de inclusão do nome do devedor de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito (SPC e Serasa), como medida executiva a ser adotada pelo magistrado para garantir a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (BRASIL, 2015).

O presente julgado, no entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão, torna célere o processo para que ocorra o adimplemento da obrigação. Para Tannuri (2010), antes mesmo da inscrição do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito estar codificada na legislação infraconstitucional, a medida adotada em alguns julgados era maneira de contribuir para o pagamento da dívida, pois, muitas vezes, o devedor trabalha no mercado informal, não havendo a possibilidade de inserir o desconto em folha de pagamento, podendo ainda o inadimplemento não levar à prisão do devedor por estar o obrigado homiziado da justiça ou ainda já ter cumprido o período de prisão.

Conforme Pradella (2016), a novidade instituída pelo Código de Processo Civil, qual seja, inscrição nos órgãos de proteção ao crédito não é uma novidade nas codificações de alguns países, já sendo utilizado esse meio de forçar o pagamento da prestação. Segundo Barcellos (2016), uma das inovações advindas com o CPC/2015, em relação à execução de alimentos, tem por escopo agilizar e adicionar eficácia nas providências jurisdicionais, dando autonomia ao juiz, que poderá encaminhar a protesto a decisão judicial, caso não ocorra, por parte do inadimplente, justificativa que seja aceita, ou deixar de realizar o pagamento. A dívida tornar-se-á pública após o tabelião tomar a providência registral. Com o protesto, o juiz poderá requisitar a inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes.

Segundo Sarlet (2016), a prisão civil do devedor de alimentos é singular dentro da normatização internacional que protege os direitos humanos. Em relação à prisão por dívidas, se justifica devido à substancial importância que a verba tem para a sobrevivência do alimentando, por satisfazer suas necessidades primordiais.

Uma nova modalidade para compelir o devedor de alimentos a saldar seu débito começa a ganhar respaldo, principalmente no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul: trata-se da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), com base no art. 139, Inc. IV do CPC/2015. A medida de suspensão da carteira nacional de habilitação foi deferida nos autos do Processo nº 068/1.14.0001426-1. Anteriormente à suspensão de dirigir, o Juízo da 2ª Vara Judicial de São Sebastião do Caí/RS, não acatou pedido da parte exequente, que solicitava a inclusão do nome do executado no cadastro de inadimplentes, SPC e SERASA. Entendia o Julgador de Primeiro Grau que o processo tinha iniciado pelo rito do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual não acolheu o pedido da parte. A parte exequente interpôs Agravo de Instrumento, o qual foi acolhido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, que determinou a inclusão do nome do executado no cadastro de devedores, pois, após a entrada em vigor do Novo CPC/2015, aplicam-se essas regras, ressalvados os atos anteriormente praticados, conforme o Desembargador Relator Rui Portanova:

EMENTE: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. RITO DA CONSTRIÇÃO. INSCRIÇÃO NO SPC E SERASA. PROTESTO DO TÍTULO. As regras do novo CPC/15 se aplicam aos processos em curso, resguardados os atos praticados anteriormente ou aqueles cuja determinação tenha se dado antes da entrada em vigor da nova lei. Pela nova lei processual, é viável inscrever o nome do devedor de alimentos em cadastros de inadimplentes, bem assim protestar o título de alimentos impagos. De qualquer forma, mesmo na vigência da lei processual anterior isso já era possível, na esteira do entendimento do egrégio STJ. Precedentes. DERAM PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70069593887,

Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/07/2016) (RIOGRANDE DO SUL, 2016).

A Juíza Marisa Gatelli, da 2ª Vara Judicial da Comarca de São Sebastião do Caí/RS, anteriormente ao julgamento do Agravo de Instrumento, que decretou a inscrição nos órgãos de proteção ao crédito, determinou a suspensão do direito de dirigir do devedor de alimentos:

Processo de Execução de Alimentos. 2ª Vara Judicial da Comarca de São Sebastião do Caí Nota de Expediente Nº 121/2016. 068/1.14.0001426-1 (CNJ 0002768-39.2014.8.21.0068). "(...)Diante do exposto, DETERMINO a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor do executado, até que haja o pagamento do valor devido, o que deve ser informado com urgência à Autoridade de Trânsito. Oficie-se. Intime-se. OFÍCIO PARA A AUTORIDADE DE TRÂNSITO, À DISPOSIÇÃO À CONTRACAPA DOS AUTOS PARA SER ENCAMINHADO PELA PARTE AUTORA JUNTO AO DETRAN/RS. Processo de Execução de Alimentos Nº 068/1.14.0001426-1, 2ª Vara Judicial da Comarca de São Sebastião do Caí do RS, Juíza Marisa Gatelli, Julgado em 28/11/2016, RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Após a determinação da suspensão de dirigir, exarada pelo Juízo de Primeiro Grau, o executado impetrou *Habeas Corpus*, no Tribunal de Justiça do RS, alegando que a medida fere o Direito Constitucional de locomoção. Referiu, ainda, que outras medidas poderiam ter sido tomadas antes da suspensão da CNH. Em seu voto o relator Desembargador Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, refere que medida mais severa poderia ser adotada em se tratando de alimentos (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Em algumas restritas decisões pelo País, a modalidade de suspensão do direito de dirigir e do passaporte, tentam uma nova forma de coação ao adimplemento por dívida. No caso relatado, em matéria de execução de alimentos, a decisão do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul torna-se um marco na execução de dívida alimentar.

Assim sendo, ao analisar a inscrição do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito conforme o Novo Código de Processo Civil e a prisão civil do devedor de alimentos, surge o questionamento que enseja a presente pesquisa: são medidas realmente eficazes para satisfazer a verba? Caso transcorrido o tempo da prisão e a inscrição, quem efetivamente vai dar guarida às necessidades do alimentando?

5 A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

A prisão civil por dívidas remonta à Antiguidade, onde o devedor poderia sofrer as penalidades em diversas modalidades. Este instituto foi, ao longo da história, inserido nas diversas sociedades, até chegar aos dias atuais, sendo apresentado de formas distintas (LIMA, 2016).

O Código vigente na Babilônia há dois milênios antes de Cristo, previa ao credor o direito de tomar uma pessoa como garantia relativa a crédito de trigo ou prata. O Código de Hamurabi trazia previsão semelhante no art. 116, Empréstimos a Juros, do Capítulo VII:

Se a garantia morreu na casa de seu credor por pancada ou mau-trato, o dono da garantia comprovará contra seu mercador. Se a garantia foi o filho, matarão o filho; se foi escravo, ele pesará 1/3 de mina de prata e além disso perderá tudo que tiver emprestado (AZEVEDO, 2012, p. 3).

A palavra prisão, segundo o Dicionário Aurélio, trata-se de “qualquer coisa que restringe a liberdade” (AURÉLIO, 2016). A prisão é o ato pelo qual o indivíduo fisicamente é cerceado de sua liberdade, ficando sob a guarda do Estado, tendo o ato que ser emanado por autoridade legitimada, a qual pode impor o recolhimento (AZEVEDO, 2000a, p. 51). Em relação à prisão civil, segundo Azevedo, faz parte do Direito Privado, como meio coercitivo do devedor saldar suas dívidas (AZEVEDO, 2012b, p. 34).

A prisão civil do devedor de alimentos pode ser determinada por inadimplemento da obrigação, porém, ressalta-se que essa forma coercitiva tem origem no direito de família, não cabendo a prisão por relação contratual ou voluntária:

Somente os alimentos legais ou legítimos pertencem ao direito de família. Assim, a prisão civil pelo não pagamento de dívida de alimentos, permitida pela Constituição Federal (art. 5º, LXVII), somente pode ser decretada no caso dos alimentos previstos nos arts. 1.566, III e 1.694 e s. do Código Civil, que constituem relação de direito de família, sendo inadmissível em caso de não pagamento dos alimentos *indenizatórios* (responsabilidade civil *exdelicto*) e dos *voluntários* (obrigacionais ou testamentários) (GONÇALVES, 2014, p. 509).

Com a finalidade de ocorrer o cumprimento da obrigação alimentar, cuidou o legislador de implantar formas para que ocorresse a satisfação do débito. Assim, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LXVII, traz a previsão que não poderá ocorrer a prisão por dívida, porém ressalva que, se essa prisão for em decorrência do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, pode ser essa forma de coerção a maneira de forçar o adimplemento:

Trata-se de exceção ao princípio segundo o qual não há prisão por dívidas, justificada pelo fato de o adimplemento da obrigação de alimentos atender não só ao interesse individual, mas também ao interesse público, tendo em vista a preservação da vida do necessitado, protegido pela Constituição Federal, que garante a sua dignidade (art. 5º, *caput*) (GONÇALVES, 2014, p. 570).

Assim como a Constituição Federal tem a previsão legal para prisão do inadimplente, a Lei nº 5.478/68 que regula a ação de alimentos, também traz a possibilidade de prisão do devedor. Como mostra Venosa (2012b, p. 394), “o art. 19 da Lei de Alimentos permite que o juiz tome as providências possíveis para a satisfação dos alimentos determinados, inclusive a decretação de prisão do devedor”.

Há uma desarmonia entre a previsão encontrada no CPC/2015 e o art. 19 da Lei de Alimentos quando da execução de alimentos, com prazos diferenciados e, também, se são alimentos provisórios ou definitivos:

Existe profundo e lamentável descompasso em relação ao prazo de prisão em sede de execução de alimentos. O Código de Processo Civil alude a alimentos provisionais e fixa o interregno de um a três meses. Por outro lado, a Lei de alimentos limita o tempo de custódia a sessenta dias, quando o objeto da pretensão constituir alimentos definitivos (DIAS, 2011, p. 586).

Para Gonçalves (2014, p. 575), a decretação de prisão civil por dívida alimentar, que não contenha o período a ser cumprido pelo devedor torna-se ineficaz, tornando omissa o mandamental. Se nova decretação, portanto, estiver nos ditames legais, deverá ser cumprida.

A Ministra Nancy Andrichi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *habeas corpus* da qual era relatora, demonstra que a prisão civil do devedor de alimentos é medida que se impõe na ação de execução. A prisão visa coação da pessoa do devedor para saldar seu débito e ainda determina que o regime seja o fechado, sendo que outro regime seria em situação extraordinária, como é verificado no referido julgado:

STJ - HABEAS CORPUS HC 104454 RJ 2008/0082486-8 (STJ) Data de publicação: 23/06/2008 Ementa: Processual civil. Habeas Corpus. Ação de execução. Pensão alimentícia. Cumprimento. Regime semiaberto. Excepcionalidade. - É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo. Precedentes. - Inviável a apreciação de provas na via estreita do HC. - A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de, considerando que a finalidade da prisão civil é justamente coagir o devedor a honrar a obrigação, determinar o seu cumprimento nos moldes do regime fechado, tão somente admitindo a conversão para forma de cumprimento mais benéfica em hipóteses excepcionais, nas quais não se amolda a presente. Ordem denegada. (HABEAS CORPUS HC 104454 RJ 2008/0082486-8, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Nancy Andrichi, Julgado em 17 jun. 08) (BRASIL, 2008).

Em algumas hipóteses, como ressaltado no caso do *Habeas Corpus*, da Ministra Nancy Andrighi, que denegou o referido pedido, recebem tratamento diferenciado no momento de ser determinada a prisão civil do devedor de alimentos, devendo ser o cumprimento na forma mais benéfica em caso de excepcionalidade. No Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 38824, a Ministra Andrighi, deu provimento ao recurso, pois na execução de alimentos observou que o paciente, em idade avançada, era portador de patologia grave, tratando-se assim de caso excepcional, podendo ser concedido o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar. Ressaltou no seu voto, a dignidade da pessoa humana e determinou a prisão civil do devedor de alimentos (BRASIL, 2013).

Após ser cumprida a pena, o devedor poderá sofrer nova sanção coercitiva, com a finalidade de cumprimento da obrigação alimentar, porém não poderá sê-lo com fundamento nas prestações pretéritas, pois acabaria por ferir a dignidade da pessoa humana (GONÇALVES, 2014, p. 577). **A prisão civil do devedor da verba alimentícia pode acarretar inúmeros problemas, tanto para quem irá cumprir a referida prisão, mas sobretudo para quem é o credor da verba, pois não se trata de uma pena e, sim, uma forma de coagir o devedor em adimplir ao seu débito, ainda, recolhido a instituição prisional, não obterá os recursos necessários para que o alimentando possa fazer frente às vicissitudes. Nesse contexto, destaca-se o Habeas Corpus, concedido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:**

Ementa: HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. DÍVIDA DE ALIMENTOS. EXECUÇÃO. **PRISÃO CIVIL.** REGIME. Em se tratando de **prisão** em que o objetivo é coagir o alimentante ao pagamento da dívida, ou seja, sendo a **prisão civil**, não cabe falar em regime de **cumprimento** da segregação, pois a punição não constitui pena. No entanto, a manutenção do segregado em regime análogo ao regime fechado, na maior parte dos casos, não viabilizará a obtenção de renda para tanto. Logo, a **forma** do **cumprimento** da **prisão civil** análoga ao regime aberto é o que melhor se aplica ao caso vertente. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70057625550, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 15/01/2014) (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Deve ser observado que, no *habeas corpus* julgado no Superior Tribunal de Justiça e o julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, há divergência com relação ao cumprimento da medida imposta ao devedor de alimentos. São unânimes, entretanto, em determinar que a prisão é uma forma de coação com a finalidade de saldar a dívida.

Quando os motivos do não pagamento ocorrem por fatos alheios à vontade do credor, a reclusão não é medida mais eficaz, pois impossibilita a busca de meios para

sanar a dívida e dar a assistência necessária ao alimentando, além de causar danos psicológicos pela restrição da liberdade e incapacidade de resolver a situação do alimentando, que fica desassistido. Mesmo com previsão constitucional de não haver prisão civil por dívidas, a Carta Magna dispõe desse instituto para satisfação da obrigação alimentícia:

Trata-se de exceção ao princípio segundo o qual não há prisão por dívidas, justificada pelo fato de o adimplemento da obrigação de alimentos atender não só ao interesse individual, mas também ao interesse público, tendo em vista a preservação da vida do necessitado, protegido pela Constituição Federal, que garante a sua inviolabilidade (art. 5º, *caput*) (GONÇALVES, 2014, p. 504).

Sobre a decretação da prisão do devedor de alimentos, Venosa (2014a, p. 416) explica que: “Apesar da aparente peremptoriedade da lei, não se decretará a prisão de ofício”. Insta dizer que a prisão do devedor de alimentos pode ser reiterada quantas vezes forem necessárias, para que a verba seja saldada com o credor, destino final da obrigação:

A prisão civil do alimentante pode ser decretada a cada inadimplemento da obrigação alimentar, à medida que representa relação de trato sucessivo, tantas vezes quantas sejam necessárias para constrangê-lo ao pontual cumprimento de sua obrigação, desde que não envolva a mesma prestação, pois, caso contrário a pena se tornaria perpétua, o que contraria suas finalidades (WELTER, 2003, p. 374).

Fachin (2014), quando analisa a Constituição em relação ao processo e a prisão civil do devedor de alimentos, entende que a prisão civil do devedor de alimentos deve ser medida extrema, devendo ser vista em caráter extraordinário. A decretação da prisão visa à garantia de direito fundamental do alimentando, efetivando a assistência familiar, resguardando os interesses do menor ou daquele que necessita da verba para manter-se. Pretendeu o Estado, por meio da prisão civil, que pode ser decretada quantas vezes forem necessárias para efetivação do pagamento (sempre por dívidas novas), impelir, ao inadimplente, medida para saldar seu débito. A coerção mais grave tem o fito de evitar e, sobretudo, ver os direitos do necessitado respeitados.

Em teoria, a prisão civil não se enquadra como uma prisão penal, porém a realidade torna-se diferente, pois o preso por dívida alimentar sofrerá a discriminação de ser ex-preso. A decretação da prisão não garante a efetividade da execução, em relação a quem não tem condições de pagar a verba alimentar e o recolhimento à prisão, agrava a situação vez que não terá possibilidade de gerar divisas suficientes para efetuar o pagamento. A medida, entretanto, gera a confiança de que seus efeitos serão

impositivos, principalmente sobre aqueles que, tendo condições, não satisfazem seu compromisso com o alimentando.

Em relação à predominância favorável à decretação da prisão civil, não há, no seio da sociedade, preocupação para que seja retirada do ordenamento jurídico a prisão civil por alimentos. É medida que recebe apoio da população mais carente, pois torna-se imperiosa para a sobrevivência de muitas crianças. Assim, o Poder Público, também, não demonstra o interesse em desativar tal medida coercitiva. O legislador constitucional manteve a previsão no texto da Carta Magna da prisão por dívida alimentar embasada no inadimplemento voluntário e inescusável (MARMITT, 1989).

Para Porto (2011), não se trata de caráter de pena a prisão do devedor de alimentos, mas um meio de coagir, no ato executório, o devedor a saldar seu débito. Não tem caráter de pena pois, sendo saldada a dívida, a prisão será levantada.

Formou-se uma corrente liberal que, apesar de avaliar a necessidade do alimentando, é contrária à prisão do devedor sem antes ter ocorrido a busca da satisfação do débito por todos os meios possíveis que antecedem à prisão. A tese que embasa esta doutrina está alicerçada no fato de ser exigido, pelos Tribunais, o esforço máximo para evitar a prisão, antes de tomadas todas as modalidades admitidas para cobrança. Essa corrente tem a preocupação com a integridade física do executado (ASSIS, 2009).

A determinação legal de cumprimento no regime fechado da prisão do devedor de alimentos, mesmo em separado dos demais presos, não a capacita, do ponto de vista da legitimidade constitucional, pois trata-se de meio mais gravoso que o regime semiaberto, impedindo que o devedor realize o pagamento do débito vencido ou, até mesmo, por deixar de pagar as parcelas vincendas (SARLET, 2016). No entendimento de Rizzardo (2011), poderia ser concedida prisão mais favorável, sob o título de regime aberto, pois, o devedor poderia sair durante o dia para exercer suas atividades, dirigindo-se a uma casa de custódia ou albergue no período noturno, para cumprir sua pena, sendo uma alternativa mais apropriada para que fosse saldado o débito alimentar. Deve ser observado, contudo, se a relativização do regime a ser cumprida a pena, passando do fechado para o regime aberto, não poderia causar, de certa forma, um encorajamento à inadimplência.

Para Fachin (2016) poderia ocorrer solução por outra via para o inadimplemento do devedor de alimentos. Portugal, a título de exemplo, adota um fundo público garantidor que propicia a manutenção do alimentando, quando inviável a possibilidade momentânea do alimentante em saldar o débito decorrente da prestação alimentícia.

A matéria objeto do presente estudo não encontra consenso seja na doutrina, seja na jurisprudência, a despeito das disposições do Novo Código de Processo Civil, no

sentido de determinar o recolhimento do devedor inadimplente ao regime fechado, devendo ser observado o devido processo legal. Como já referido, é possível determinar outras medidas coercitivas, como a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação e Passaporte, a fim de compelir o inadimplente à concretização da obrigação decidida judicialmente ou acordada espontaneamente entre as partes.

No centro da controvérsia encontra-se o alimentando que é quem precisa da verba alimentar para manter sua subsistência. O Estado, por meio do Poder Judiciário de acordo com as previsões legais, deve estender a eficácia das normas para forçar o cumprimento da obrigação.

5 CONCLUSÃO

A prisão civil do devedor de alimentos em diversas situações é entendida como uma pena imposta ao devedor, porém não se reveste dessa finalidade. A prisão civil tem o caráter coercitivo, impondo ao alimentante o cumprimento da obrigação, não havendo referência a pena, pois quando saldado o débito, o devedor deverá ser solto de imediato. Cumprindo o período estipulado pelo juiz e não sendo pago valor que está em atraso, a dívida permanece, porém sobre aquelas parcelas não poderá ser decretada nova prisão. A prisão do devedor pode ser reiterada quantas vezes forem necessárias, incidindo sobre as novas parcelas. Nesse ínterim, o devedor é recolhido ao sistema prisional, cumpre a prisão, não paga, permanecendo a dívida, porém quem sofre seus efeitos é o alimentando, que fica totalmente desassistido e carente da verba que garantiria sua subsistência. Quanto a este fato, a jurisprudência e a doutrina divergem em relação ao recolhimento ao sistema fechado na prisão civil do devedor de alimentos.

O processo de execução é a via onde o alimentando pode exigir a prisão civil do devedor de alimentos, porém essa decretação não pode ocorrer de ofício pelo julgador, que deve observar outros meios menos gravosos antes de editar o decreto. O Julgador pode buscar no patrimônio o valor que deve ser saldado em contas mantidas pelo alimentante e só assim deverá decretar a medida.

Importante salientar que as parcelas que dizem respeito à cobrança são dos três meses anteriores ao processo, podendo ser incluídas as parcelas que vierem a vencer no transcurso do processo. O falecimento do devedor não impede o pagamento do débito, pois sua herança responderá pela dívida, sendo que aos herdeiros será imposta a parcela, dentro da força do quinhão herdado.

A doutrina divide-se quanto a prisão civil, pois parte entende que seria de bom alvitre cumprir a sanção no regime aberto ou semiaberto, pois assim o devedor poderia levantar fundos para adimplir a obrigação. Outra corrente entende que o sistema fe-

chado no cumprimento seria o que melhor se adequaria, pois forçaria o cumprimento, sendo o devedor compelido a saldar o débito, na iminência da prisão.

O novo Código de Processo Civil busca nova medida, quando permite a inscrição do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito, visando compelir o devedor ao pagamento. O recolhimento da CNH e a apreensão do passaporte, de maneira lenta, porém progressiva, são medidas que estão sendo implementadas para forçar o pagamento da verba alimentar. Tais medidas são previstas em caso de dívida.

Independente da separação dos casais, das discussões sobre bens e valores que fazem parte da dissolução de um relacionamento, há que se ter em mente que os filhos devem estar acima dessas discussões. Os alimentos são vitais, independentemente da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, dos códigos editados e da proteção que o Estado impõe. Acima de tudo isso, cabe ao pai ou mãe respeitar e reconhecer as necessidades do filho e cumprir o seu papel como participante ativo, contribuindo para o seu desenvolvimento como ser humano.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual de Execução**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DICIONÁRIO AURÉLIO. Dicionário de Português. Disponível em: <<https://dicionario-doaurelio.com/prisao>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000a.

_____. **Prisão Civil por dívida**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012b.

BARCELLOS, Mariana de Moraes Medros. **O NCPC/15 e as medidas coercitivas na execução de alimentos-lei 13.105/15**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI251124,101048-O+NCPC/15+e+as+medidas+coercitivas+na+execucao+de+alimentos+lei+1310515>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS RHC: 38824 SP 2013/0201081-3. Ministra Relatora Nancy Andrigli. Terceira Turma. Data de julgamento: 17 out. 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24320860/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-38824-sp-2013-0201081-3-stj>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. HABEAS CORPUS HC 104454 RJ 2008/0082486-8. Ministra Relatora Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data de julgamento: 17 jun. 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780956/habeas-corpus-hc-104454-rj-2008-0082486-8>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. Recurso Especial nº 1.533.206 - MG (2014/0345653-7), Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Quarta Turma STJ. 26 nov. 2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/260667255/andamento-do-processo-n-2014-0345653-7-recurso-especial-26-11-2015-do-stj?ref=topic_feed>. Acesso em: 6 jul. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **A cobrança dos alimentos no novo CPC/15**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI229778,21048-A+cobranca+dos+alimentos+no+novo+CPC/15>>. Acesso em: 23 abr. 17.

_____. **A cobrança dos alimentos no novo CPC/15**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13004\)A_cobranca_dos_alimentos_no_novo_CPC/15.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13004)A_cobranca_dos_alimentos_no_novo_CPC/15.pdf)>. Acesso em: 10 mai. 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 205.

FACHIN, Luiz Edson. **Constituição, Processo e Prisão Civil do Devedor de Alimentos**: diálogos entre o pretérito, o presente e o porvir. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI212115,61044-Constituicao+Processo+e+Prisao+Civil+do+Devedor+de+Alimentos+dialogos>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 6.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2014.

LIMA, Gabriela Fernandes Correia. **A prisão civil no pacto de San José da Costa Rica e sua influência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-prisao-civil-no-pacto-de-san-jose-da-costa-rica-e-sua-influencia-na-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-feder,55820.html>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

MARMITT, Arnaldo. **Prisão civil por alimentos e Depositário infiel**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Recomeçar: família, filhos e desafios**. São Paulo: Editora UNESP; Cultura Acadêmica, 2009.

PORTO, Sérgio Roberto. **Doutrina e Prática dos Alimentos**. 2. ed. 2 tir. Rio de Janeiro, Aide, 1993.

_____. **Doutrina e Prática dos Alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADELLA, Thiago Carvalho. **Execução de alimentos e a inscrição do nome do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46086/execucao-de-alimentos-e-a-inscricao-do-nome-do-devedor-de-alimentos-nos-orgaos-de-protecao-ao-credito-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

QUEIROGA, Antonio Elias de. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70069593887. Desembargador Relator Rui Portanova. Oitava Câmara Cível. Data de Julgamento: 28 jul. 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. Habeas Corpus nº 70057625550. Desembargador Relator Alzir Felipe Schmitz. Oitava Câmara Cível. Data de Julgamento: 15 jan. 2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113629216/habeas-corpus-hc-70057625550-rs>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Hábeas Corpus nº 70072211642. Desembargador Relator RICARDO MOREIRA LINS PASTL. Oitava Câmara Cível. Data de Julgamento: 23 mar. 2017. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Processo de Execução de Alimentos nº 068/1.14.0001426-1. Juíza Marisa Gatelli. 2ª Vara Judicial da Comarca de São Sebastião do Caí/RS. Data de Julgamento: 28 nov. 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994, v. II.

_____. **Direito de Família**. 8. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Ruy Zoch. **Novo código de processo civil anotado/OAB**. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novoCPC/15anotado/novo_CPC/15_anotado_2015.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais**: Prisão civil do devedor de alimentos deve ser a última alternativa. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-18/direitos-fundamentais-prisao-civil-devedor-alimentos-ultima-alternativa>>. Acesso em 8 mai. 2017.

TANNURI, Claudia Aoun. **Devedor de Pensão tem nome incluído no SPC**. Disponível em: <<https://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/2295798/devedor-de-pensao-tem-nome-incluido-no-spc>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

TONIOLO, Ernesto José. **Novo código de processo civil anotado/OAB**. Porto Alegre: OAB RS, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novoCPC/15anotado/novo_CPC/15_anotado_2015.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014a.

_____. **Direito Civil**. Direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012b.

WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no Código Civil**: de acordo com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

XAVIER, José Tadeu Neves. **Novo código de processo civil anotado/OAB**. Porto Alegre: OAB RS, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novoCPC/15anotado/novo_CPC/15_anotado_2015.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O CASAMENTO HOMOAfetivo: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADI 4.277 DO DISTRITO FEDERAL, ADPF 132 DO RIO DE JANEIRO E A RESOLUÇÃO NORMATIVA 175 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Jéferson Alexandre Rodrigues

Graduado em Direito na Universidade Feevale.

E-mail: jefeerod@gmail.com.

Henrique Alexander Grazzi Keske

Doutor em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Professor na Universidade Feevale.

E-mail: henriquek@feevale.br.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal, de forma emblemática e paradigmática, decidia acerca da possibilidade de pessoas do mesmo sexo poderem ter acesso ao *status* de companheiros(as), por meio da União Estável. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça promulga a Resolução Normativa 135, com amparo das decisões ora referidas, onde outorgou-se o direito aos pares homossexuais de casarem-se. Neste sentido, o país estava formalizando um grande passo na busca pela apreciação e efetivação dos direitos fundamentais e preambulares da Constituição Federal de 1988.

As relações entre pessoas do mesmo sexo não encontram amparo na esfera infraconstitucional e tampouco na constitucional. Mesmo que estejam exercendo o seu direito de autonomia da vontade, tenham o laço de afetividade, uma vida pública e, por último, e talvez mais importante, o intuito de constituir família. Mesmo com todos estes requisitos, que em isonomia se mostram ao casamento entre pessoas de sexo diferentes, a legislação se mostra obsoleta em relação a uma realidade tão recorrente. Nada obstante, salienta-se que alguns Projetos de Lei tramitam no Congresso Nacional, tendo a sua primeira menção desta matéria, um Projeto de Lei de 1994, da Deputada Martha Suplicy, mas que ainda se encontra em processo de “tramitação”.

Desta forma, o presente estudo buscará analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, bem como, a Resolução Normativa 175, sendo as mesmas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça, respectivamente, a fim de extrair de suas fundamentações os elementos jurídicos que permearam os pensamentos dos Ministros da Suprema Corte brasileira, tal qual, referenciando em coaduno a Resolução Normativa.

O método utilizado para abordagem da pesquisa é o indutivo com fulcro na análise descritiva, a qual persiste em: descrição, registro, análise e interpretação de fenômenos atuais, objetivando o seu funcionamento no presente. Tem como premissa o fato social, ou o próprio estudo sociológico, fazendo assim analogias/comparações com aspectos históricos, da formação da lei e de determinados conceitos.

O intento do presente artigo é asseverar os pormenores dos princípios da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e liberdade, princípio da intimidade e vida privada, princípios estes constitucionais e mais remetidos pelos Ministros, a fim de corroborar as decisões referidas e dar mais ênfase em como se posicionou bem o Conselho Nacional de Justiça, permitindo que os pares homoafetivos tivessem acesso ao casamento.

2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DO DISTRITO FEDERAL, ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 DO RIO DE JANEIRO E A RESOLUÇÃO NORMATIVA 175 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

No ano de 2011, de forma emblemática e paradigmática, o Supremo Tribunal Federal, decidiu a favor de uma União Homoafetiva, reconhecendo-a como um Instituto Jurídico. Desta forma, a Corte Suprema do país, pela primeira vez, decidiu acerca da temática, rompendo todo e qualquer ensino dogmático, no que tange à ampliação do direito e abrindo uma gama de “novos” direitos que decorreriam das próximas decisões no que tange ao conteúdo. O presente subtítulo trabalhará os pontos mais relevantes das referidas decisões, aludindo aos embasamentos jurídicos trazidos à baila pelos Ministros que julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental do Rio de Janeiro, que são apresentadas em coaduno. Salienta ainda, que a ADPF continha seu pleito subsidiário para posterior recebimento como ADI. Imperioso se mostra tal concepção, mesmo que a temática se revele pela União Estável, pois, a partir desta decisão, é que se chegou ao entendimento atual dado ao Casamento Homoafetivo, concedido por meio da Resolução Normativa 175 do Conselho Nacional de Justiça.

2.1 VOTOS DOS MINISTROS AYRES BRITTO E LUIS FUX

A referida ADPF e ADI, tratam de uma equiparação de uma União Estável entre pessoas do mesmo sexo, que estavam buscando incluir-se no plano previdenciário do regime de servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro. Ambos os magistrados deram provimento aos devidos pleitos. Conforme o Ministro Ayres Britto, fora a apreciação de um mérito tão recorrente e essencialmente relevante, uma vez que, há muitas controvérsias em torno da União Estável entre pessoas do mesmo sexo e todos os seus conseqüentes. De forma categórica, e também crítica, assevera que, em torno do contexto histórico, não há nada mais que incomode as pessoas do que a preferência sexual alheia, haja vista, que nem toda a preferência corresponde ao padrão social da heterossexualidade. (BRASIL, 2011)

Conforme aludido anteriormente, acerca da interpretação conforme a constituição, fora este mesmo método usado pelo Magistrado Ayres Britto em seu voto, pois é na Constituição que se encontram as respostas que devem ser dadas ao tratamento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo, ao passo que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento público (afastando a famosa clandestinidade), conti-

nuidade, além do propósito anseio de constituição de uma família. Ainda nesta linha constitucional, o referido Ministro menciona o dever de equiparação entre o sexo das pessoas, aludindo que o gênero não deve ser motivação para discriminação, vedando a Constituição em seu art. 3º, § IV, de qualquer preconceito, justamente para que se promova o bem de todos (BRASIL, 2011).

Neste diapasão de bem de todos, pode-se perceber objetivamente este intuito, uma vez que está talhado em nossa Constituição. Já no preâmbulo da nossa Carta Maior, se extrai a ideia de "Constitucionalismo Fraternal", onde se valora a integração comunitária das pessoas, adotando políticas públicas que visem uma igualdade civil-moral. Políticas que tenham como propósito a erradicação do preconceito, para que se busque uma plena aceitação e, por conseguinte, a experimentação utópica do pluralismo sócio-político-cultural, onde possa haver uma respeitosa convivência entre contrários. O sexo não deve ser objeto de diferenciação/interiorização do indivíduo, pois ninguém é menos digno ou mais digno por ter nascido homem ou mulher (BRASIL, 2011).

Doutro giro, o direito, como mecanismo de controle social, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, busca submeter as relações deflagradas a partir dos sentimentos e de seus instintos, normas que lhe sirvam de repertório e essência da condição humana, em suas manifestações. Conforme a máxima negativa de Kelsen, "tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido", saque kelsiano este que fora aceito e recepcionado por nossa Constituição, em seu art. 5º, § II, em outras palavras, este silêncio normativo, acerca de determinada matéria, atua como absoluto respeito a algo que esteja no âmago do ser humano. Fazendo analogia com a explanação anterior, percebe-se que a preferência ou orientação sexual das pessoas não é atributo ou interesse do Estado. Dito isso, há uma proteção constitucional sobre a livre disposição da sexualidade do indivíduo, compreendendo um tipo de liberdade elementar da dignidade, sendo este inviolável na esfera da autonomia da vontade privada do indivíduo (BRASIL, 2011).

O Estado não tem apenas o dever de assegurar que os direitos fundamentais sejam garantidos aos particulares, abstendo-se assim, de qualquer tipo de violação, mas, sim, atuando positivamente na proteção à lesão desses direitos fundamentais, seja no exercício da esfera legislativa, jurisdicional ou administrativa. Desta forma, cumpre ao Estado o dever de intervir, mesmo que preventivamente, protegendo estes direitos de lesão contra os poderes públicos e também contra agressões provenientes de particulares e até mesmo de outros Estados. Desta forma, o Estado adota medidas positivas, das mais diversas naturezas, com o escopo de salvaguardar, de forma efetiva, o exercício dos direitos fundamentais (BRASIL, 2011).

A jurisdição tem como intento primordial do Estado a consagração dos direitos fundamentais, sendo assim, essa é a razão de ser do próprio Estado. Aduz-se que, em situações de violação destes direitos, como o da personalidade, objeto desta apreciação, o Estado tem o dever de operar com os mecanismos necessários, para que haja uma fiscalização de constitucionalidade propícia a suplantar estes abusos. Assim sendo, não há qualquer impedimento para que um Estado haja positivamente para proteger seus cidadãos da violação de seus direitos substanciais (BRASIL, 2011).

Tal como já dito, a análise se circunscreve em torno da personalidade do indivíduo, sendo a homossexualidade o cerne da discussão. Homossexualidade é um fato da vida, competindo ser uma orientação e não uma opção, sendo uma característica da própria personalidade do seu titular. Constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em um convívio contínuo e duradouro. Muito embora, por apreensão, pares homoafetivos, por medo de discriminação e retaliação, não vêm a público, pois seus relacionamentos são de orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da sociedade (BRASIL, 2011).

O sujeito é homossexual apenas porque é, não cabendo abrir discussão acerca da origem da homossexualidade, seja ela cultural, social ou biológica. Doutro modo, a concepção que o indivíduo detém de si, não deve lhe restringir qualquer direito ou prerrogativa constitucional, isto é, todo cidadão é titular da sua liberdade e esta liberdade se manifesta, também, na sua livre escolha de com quem irá se relacionar. Não há qualquer impedimento constitucional, ou ilegalidade nas uniões homoafetivas, mas, sim, estas geram efeitos juridicamente relevantes, que merecem tratamento e resguardo do direito (BRASIL, 2011).

2.2 VOTOS DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI E DA MINISTRA CÁRMEM LÚCIA

A Carta Política de 1988 prevê três tipos de constituição familiar, sendo elas: a constituída pelo casamento entre homem e mulher, a união estável, manifestando em expresso a diferenciação dos gêneros, e as famílias monoparentais, aquelas formadas por um dos genitores da criança. Desta forma, não há como encaixar as uniões entre pessoas do mesmo sexo nas referidas famílias, pois se está a falar de uma quarta entidade familiar, não previsto no art. 226 da Carta Maior, mas que, em muito se assemelha, à união estável heteroafetiva. Deve-se, todavia, para decidir a questão, a partir de uma leitura sob o método sistemático do texto constitucional, assegurar a materialização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual (BRASIL, 2011).

Em razão da ausência de regulamentação legal específica, seja na esfera constitucional ou de leis ordinárias, teria o intérprete que aplicar a técnica da integração, mediante emprego da analogia, para que se tentasse preencher as lacunas que poderiam existir no ordenamento jurídico, uma vez que o Direito não convive com anomia. Desta forma, imprescindível se faz saber se o rol do art. 226 é meramente explicativo ou exemplificativo. Nesta linha, atenta-se, que pela razão da natureza aberta das normas constitucionais, o rol citado seria meramente exemplificativo, não sendo *numerusclausus* (BRASIL, 2011).

Ainda sob o exame do art. 226 da Constituição Federal, se faz alusão ao parágrafo quarto, que o substantivo “também” tem o caráter de inclusão e não de exclusão de entidades familiares, advindas de posteriores formações, díspares das já elencadas; e mesmo que se adote o duplo sentido, haveria ainda de preponderar aquele que melhor respondesse e prestigia-se a realização da dignidade da pessoa humana. Estas entidades familiares, que não se mostram claras na norma constitucional, se mostram implícitas ao texto, haja vista a natureza do seu conceito indeterminado, pois necessita de concretização de tipos, na experiência de vida, se encaminhando assim para a tipicidade. Frisa-se, ainda, que esta subliminaridade deixada pelo legislador, não exaurindo todas as formas de família, tenha ligação com o fato de que, mesmo o legislador constituinte, não caberia a ele dizer como o povo deveria constituir sua família (BRASIL, 2011).

Ademais, a realidade das uniões homoafetivas são irrefragáveis, mas ao mesmo passo, o entendimento avançou, desde a família patriarcal até a convivência familiar baseada no afeto, onde se busca a felicidade, o respeito e o desenvolvimento pessoal dos seus integrantes. Sem embargo, ao empregar o método de integração do direito, não se busca substituir a vontade do legislador constituinte por outra forma arbitrária, mas, sim, em razão de um vácuo no texto normativo diante de uma realidade social, quer-se, mesmo que de forma provisória (até que o Parlamento se pronuncie sobre o devido tratamento legislativo), proteger os direitos desses pares, que tanto batem à porta do judiciário (BRASIL, 2011).

Na esteira dos anos, percebe-se que a aquisição de direitos é tão difícil quanto intrigante, ao passo que, enquanto gerações travam batalhas para a concretização de determinada diretriz, outras banalizam-no, uma vez que, pensar de o direito não pensar naquela situação em coaduno, é inconcebível que não o proteja. Muito embora alguns direitos já tenham sido alcançados, ainda há contínua violência às minorias e as discriminações ainda persistem. Ressalta-se, ainda, que há uma grande manifestação de preconceitos por aqueles que optam pela convivência homossexual (BRASIL, 2011).

2.3 VOTOS DOS MINISTROS JOAQUIM BARBOSA E MARCO AURÉLIO

Inicialmente, acentua-se a relevância da temática, e justamente por um não aparato do Direito neste tema, mostra o grande descompasso entre o mundo dos fatos e o direito. Desta forma, se está diante de uma dinâmica social que o direito não foi capaz de acompanhar, diante das profundas mudanças das estruturas sociais, e por isso, neste momento, é que há um agigantamento das Cortes Constitucionais. Neste diapasão, sobre o descompasso, frisa-se sobre a relevância que o direito tem dado às relações homoafetivas, haja vista que tais uniões sempre existiram, e isso é inconteste, agora, se outrora o direito deixou à sua margem tais pares, não há mais como se esquivar de tal realidade (BRASIL, 2011).

O ordenamento jurídico brasileiro em nada fala sobre relações homoafetivas, seja em esfera constitucional ou infraconstitucional, muito embora, haja um projeto de lei (PL 1.151/95) da ex-Deputada Martha Suplicy, com objetivo de regular estas uniões, mas que está em trâmite no Congresso Nacional desde 1994. A Constituição é silente sobre a matéria, mas o fato da mesma não se pronunciar sobre, não permite que tal tema seja tratado com indiferença ou desprezo, mantendo, assim, um número apreciável de cidadãos, em uma espécie de limbo jurídico. Deste modo, o Supremo Tribunal Federal, em se manifestar sobre determinada matéria, desempenha uma de suas mais nobres funções: de impedir o desprezo, sufocamento e indiferença de um minoritário grupo pelas maiorias estabelecidas (BRASIL, 2011).

Não reconhecer as relações homoafetivas caracteriza um Estado que afirma que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Neste pensamento, se estaria indo de encontro ao entendimento constitucional, pois a mesma prima pelos direitos fundamentais e acolhe de forma significativa o princípio de vedação da discriminação. Com outro fulcro, a Carta Maior optou pela Igualdade, seja ela formal ou substantiva, para que se pudesse extinguir, ou pelo menos mitigar as desigualdades sociais ou desigualdades fundadas no preconceito, deixando claro a sua busca pela promoção da justiça social e igualdade de tratamento entre cidadãos (BRASIL, 2011).

Com o reconhecimento das uniões homoafetivas, não se está a falar de uma dada política pública, mas se enfrenta, sim, uma questão de direitos fundamentais básicos. Assim sendo, o Estado tem um dever de proteção e retribuição a esses direitos e a outros que venham a emanar daquele. A legitimação do STF, enquanto Corte Constitucional, advém do fato de se aplicar a Constituição enquanto norma. Dito isso, para que se chegue a um entendimento que abarque as uniões homoafetivas, junto do art.

226, §3º, da Constituição Federal, é necessário interpretá-lo para além da sua literalidade, de modo que não se excluam outras formas de uniões (BRASIL, 2011).

Direito e moral, vistos cada qual em sua esfera, se constituem em uma das grandes conquistas do Iluminismo, onde se restaurou a racionalidade do discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo da moral religiosa. Neste sentido, denota-se que direito e moral devem ter critérios distintos, mas devem caminhar lado a lado, pois o direito não está estritamente contido na moral e vice-versa. Sem embargo, é muito fácil encontrar resquícios da moral no Direito, fazendo um giro nas concepções do casamento, nas quais havia os “crimes contra os costumes”, os quais teriam o seu nascedouro em sentimentos morais e religiosos. Mas devido às garantias de liberdade religiosa e ao Estado Laico, há um impedimento de que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal, dispensando a arguição dos direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, direito à autodeterminação, direito à privacidade e o direito à liberdade sexual (BRASIL, 2011).

Frente à ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que resguardariam tal tese, retirando a morosidade do processo em si, demonstra, em efetivo, a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas, revelando, assim, um preconceito intrínseco, tanto na esfera privada quanto pública, demonstrando, dessa forma, a dimensão do problema. O reconhecimento de efeitos jurídicos destes arranjos representa a superação de ranços, costumes e convenções sociais que, por muito tempo, permearam o Direito Civil e, notoriamente, o Direito de Família. A solução para a celeuma, independe também do legislador, pois decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2011).

Mesmo os avanços e mudanças pelos quais a família passou, não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais perduraram e alguns ainda perduram na concepção contemporânea. Doravante, cumpre mencionar os avanços paradigmáticos trazidos pela Constituição, e deste modo, por meio da sua interpretação do conceito de família, paulatinamente se começa a falar em direito “das famílias”, isto é, as famílias plurais e todas as suas formas de concepção, e não mais somente a família matrimonial, oriunda do casamento (BRASIL, 2011).

2.4 VOTOS DOS MINISTROS GILMAR MENDES E CELSO DE MELLO

Preliminarmente, deve-se atentar com esmero, acerca da possibilidade de se legitimar tal pretensão, a partir do momento que se deve interpretar o art. 1.723 do Código Civil, à luz da Constituição Federal. Doutra banda, claro se mostra que muitos questionamentos decorrem acerca dos métodos hermenêuticos de interpretação

e os seus limites, para que se possa aplicar no caso em tela. Dito isso, sinaliza-se que a interpretação conforme a Constituição reconhece limites, sendo estes limites oriundos da expressão literal da lei, como a tão referida “vontade do legislador”. Deste modo, a interpretação só é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (BRASIL, 2011).

A problemática no entorno aos limites da interpretação conforme a Constituição, se liga ao tema dos limites da interpretação em geral. Menciona-se, ainda, que os limites interpretativos devem atentar às diferenciações entre texto e norma, pois, assim o vendo, se perceberá que a interpretação conforme a Constituição não altera o texto da norma, mas produz uma norma a partir do parâmetro constitucional. Em outras palavras, somente a partir dessa parametricidade, e não a partir de analogias ou outras formas de extensão de sentido, é que se pode atribuir o referido significado. Assim, a diferenciação entre texto e norma, não quer dizer que se aplicará qualquer norma ao texto, mas que se trabalhará, dentro dos limites já aludidos, as concepções do sentido do texto (BRASIL, 2011).

Por meio do provimento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, se mostrou efetivo e assegurado, pelo STF, o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por meio deste julgado, o Brasil dá um passo de extrema importância contra a discriminação e contra o tratamento excludente. Desta forma, se consagram novos valores e novos direitos, que outrora foram deixados a escárnio, superando os desafios impostos pela necessidade de mudanças de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política do Estado, a instauração e consolidação de uma ordem jurídica verdadeiramente inclusiva (BRASIL, 2011).

2.5 RESOLUÇÃO NORMATIVA 175 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Por meio de suas atribuições constitucionais e regimentais, em decisão do Plenário do Conselho Nacional de Justiça, no dia 14 de maio de 2013, considerando decisões reiteradas e já pacificadas no Supremo Tribunal Federal (acórdãos prolatados em ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF), que reconheceram a inconstitucionalidade da diferenciação de tratamento legal às uniões homoafetivas, assegurou-se esse novo direito aos pares homoafetivos. Tendo estas decisões efeito vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, se decidiu, assim, inexistir óbices à celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2013)

Deste modo, por meio de Resolução Normativa assegurou-se o direito aos pares homoafetivos a alcançarem o seu direito ao casamento. Por meio da mesma, vedou-

-se que as autoridades competentes se reusassem à habilitação, celebração de casamento ou da conversão da união estável para casamento entre pessoas do mesmo sexo. Destarte, a recusa da referida resolução implicará em comunicação ao respectivo juiz corregedor, aplicando-se as devidas medidas (BRASIL, 2013).

Diante o exposto, imperioso não se olvidar que, mesmo que o direito dos indivíduos homossexuais esteja assegurado, ele se talha em uma mera Resolução Normativa do Conselho de Justiça, podendo esta ser derrubada por Decretos Regulamentares Regionais, Decretos Regulamentares ou mesmo Decretos Legislativos. Desta forma, mesmo com todo o seu fundamento jurídico fundamental, calcado em princípios constitucionais, que se caracterizam justamente pela sua largueza e estando em consonância com os próprios preceitos do Estado Democrático de Direito, os pares homoafetivos ainda se encontram à margem da sociedade, sem quaisquer resguardos jurídicos. De outra banda, mister é a alusão ao Projeto de Lei 5.120/2013, de autoria do Deputado Jean Wyllys e da Deputada Érika Kokay, entretanto, o mesmo encontra-se com pedido de desarquivamento desde 2015, relatando, em via prática, a falta de esmero acerca da matéria, por parte dos senhores deputados.

3 PRINCÍPIO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL MAIS REMETIDO NOS VOTOS DOS MINISTROS

Princípios Fundamentais devem ser resguardados, ao passo que, para que se possa falar em Estado Constitucional, os mesmos precisam ser tratados com esmero; tal qual se mostram, de fato importantes, esses norteadores do direito, que foram citados em todos os votos das referidas decisões. O princípio à liberdade sexual, à igualdade da vida privada e da intimidade, todos estes princípios, enquadrados no macro princípio da Dignidade da Pessoa Humana, foram os que permearam a decisão dada pelo STF. Deste modo, neste subtítulo, serão brevemente esmiuçados os referidos direitos, em forma de princípios, para que se faça uma clareza acerca de suas temáticas.

Entretanto, em função das peculiaridades do presente artigo, deixamos de discorrer acerca dos princípios da igualdade ou isonomia e o princípio da liberdade, bem como o princípio da intimidade e da vida privada, mas remetemos ao inteiro teor da discussão que trata dos mesmos, na forma como os apresentamos na pesquisa realizada na referida Monografia, que pode ser acessada na Biblioteca da Universidade Feevale, a partir do nome dos autores. Por outro lado, nas considerações finais do presente artigo, apresentamos algumas das análises que contemplam, ainda que parcialmente, os citados princípios constantes do texto original. Dessa maneira, nos dedicamos a desenvolver, a seguir, somente a análise relativa ao já supramencionado macro princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, o direito Constitucional Ocidental sofreu profundas transformações, sobretudo, no que concerne à proteção conferida à pessoa humana. Sob a égide da (re)construção dos direitos humanos, que é possível compreender com o Pós-Guerra, percebeu-se a emergência do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, dado tamanho impacto das atrocidades geradas pela guerra. Deste modo, na esfera do direito constitucional, se fez necessária a elaboração de textos constitucionais abertos e receptivos a princípios, dotados de carga axiológica, que destaquem e elevem a dignidade humana. A Constituição brasileira, em particular, fez previsões inéditas a princípios fundamentais e, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2014).

Desvendando os significados que permearam a dignidade ao longo dos anos, retrata-se a sua concepção filosófica política, que aludia à dignidade de cada pessoa, conforme a sua posição social e o grau de reconhecimento que ele detinha em relação aos demais membros da sociedade. Já no pensamento estoico, dignidade era algo inerente ao ser humano, qualidade esta que o distinguia das demais criaturas, desta maneira, afirmando que todos são dotados da mesma dignidade, ligada intimamente à ideia de liberdade pessoal de cada indivíduo. A dignidade parte da autonomia ética do ser humano, e considerando esta autonomia como fundamento da dignidade da pessoa humana. De outro modo, o homem não pode ser tratado, nem por ele mesmo como objeto (SARLET, 2007).

Existem demasiadas controvérsias acerca do conteúdo da dignidade humana, tendo em vista ser uma qualidade intrínseca do ser humano, guardando íntima relação com as inúmeras manifestações da personalidade humana, por isso, percebe-se quanto difícil é compreender e atribuir uma valoração jurídica. Diante do ambiente em que se desenvolve a personalidade de cada pessoa, seu conceito é vazio, com contornos imprecisos, caracterizando a sua ambiguidade, bem como a sua natureza polisêmica. Dignidade é uma condição humana, inerente ao ser; e necessária para a promoção e elevação do indivíduo em todos os seus declives (CAMBI; PADILHA, 2016).

Quando se fala em dignidade, cumpre salientar que ela nasce com a pessoa, o ser. Esta dignidade se estende a todos os seres humanos e ela deve ser reconhecida, respeitada e protegida, sendo considerada uma norma síntese de todo o ordenamento jurídico. A referência de norma síntese que a doutrina emprega para a dignidade, aponta para uma cláusula geral que sintetiza a definição de todas as outras normas. A dignidade da pessoa compõe uma totalidade abstrata, com caráter que lhe é inerente (BITTENCOURT; VEIGA, 2015).

Nada obstante, sinaliza-se a diferenciação entre dignidade da pessoa humana e dignidade humana, visto que a dignidade da pessoa humana se vincula à dignidade do ser humano e se restringe ao homem individualmente. De tal forma, a dignidade humana, se revela em um bem voltado à humanidade, entendida como um conjunto que engloba e ultrapassa à primeira. Este princípio, ou melhor, macrop princípio, afasta qualquer tipo de interpretação que reduza sua eficácia ou afaste a sua aplicabilidade, sendo assim, inviável a sua restrição como direito individual em prol de direitos coletivos. Em outras palavras, dignidade da pessoa humana está interligada ao homem individual e sua concretude, ao passo que, dignidade humana, se vincula à coletividade, como um conjunto (ZISMAN, 2016).

O direito, como fonte disciplinadora da sociedade, não tem o dever de determinar ou valorar a dignidade da pessoa humana, mas de referenciá-lo como base que permeia todo o ordenamento constitucional, para que, desta forma, se grave na mentalidade social e que possa ser objeto de proteção, por meio de direitos e garantias individuais. A dignidade da pessoa humana é o direito universal da pessoa humana ter direitos, a tal modo, que cada qual possa desenvolver seu projeto de vida, sem intromissão do Estado, mas justamente, com a proteção do mesmo. Conforme explicitado, a dignidade do ser humano é irrenunciável e inalienável, haja vista que qualifica o ser humano como tal (CAMBI; PADILHA, 2016).

Doutrina e jurisprudência tentam fazer uma construção jurídica de dignidade, não tentando exaurir seu significado, mas estabelecendo contornos basilares do conceito para concretizar o seu conteúdo, mas não de forma genérica e abstrata, dado a falta de possibilidade de o julgar, pois se está referindo a casos concretos. Nesta linha, doutrinadores afirmam que o caminho mais rápido até à dignidade humana é dizer o que ela não é, do que expressar o que ela é. A dignidade enquanto intrínseca ao ser humano, é um valor absoluto de cada ser humano, sendo assim, independe das circunstâncias do caso concreto, já que inerente a todo o ser humano (SARLET, 2007).

Como já referenciado, cabe ao direito proteger e assegurar a dignidade, mas não lhe atribuir uma definição normativa-jurídica, tendo em vista o seu caráter filosófico da condição humana, atingindo, assim, esferas morais, culturais, chegando alguns doutrinadores à concepção de que a dignidade humana irá variar de povos a povos. Dito isso, a dignidade independe de relações externas, ou casos em concreto, mesmo sendo devida aos mais cruéis (criminosos), pois os seus atos como pessoas, não são capazes de afastar o seu direito inato. Em síntese, pode-se dizer que se trata de uma qualidade intrínseca ao ser humano, onde se deve avaliar cada contexto histórico e cada grupo social dos seres humanos, respeitando a sua multiculturalidade (PADILHA; BERTONCINI, 2016).

O Estado detém a prerrogativa permanente de que deverá promover, proteger e dar assistência para que os indivíduos tenham uma vida com dignidade, porquanto, a dignidade da pessoa humana constitui não apenas uma garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, como também implicará, num sentido positivo, onde se procura o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Neste sentido, desde logo percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção, ou seja, respeito, mas, também, condutas positivas que tenham a pretensão de efetivar e resguardar a dignidade de cada pessoa (SARLET, 2007).

Ainda, no que tange aos esclarecimentos entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, há objeto de controvérsia. Haverá correntes que seguem a linha de que os direitos fundamentais encontram respaldo na dignidade da pessoa humana e, tal qual, há vertentes que defendem que nem todos os direitos fundamentais encontram seu fundamento direto na dignidade da pessoa humana. Neste diapasão, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é um limite à aplicação dos direitos fundamentais e, também, assume o papel de limite dos limites. No entanto, cumpre ressaltar que em qualquer intervenção na esfera dos direitos fundamentais, deve-se respeitar a dignidade da pessoa humana, quando esta for o núcleo essencial deste direito (PADILHA; BERTONCINI, 2016).

Indissociável é a relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois os direitos fundamentais constituem (ainda que com intensidade variável) explicitações da dignidade da pessoa humana, visto que, em cada direito fundamental, se faz presente um conteúdo, ou pelo menos uma projeção à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões; ou seja, sem que se reconheça à pessoa humana os seus direitos fundamentais, estar-se-á dizendo que a mesma não possui dignidade (SARLET, 2007).

Nestes termos, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana, como se remonta na Carta Política, se mostra como uma referência unificadora de todos os direitos fundamentais, onde o seu objeto é o conteúdo a ser depreendido, com uma rica valoração que aprecie o seu sentido normativo-constitucional. Tal princípio, assim, se torna basilar para os direitos e garantias fundamentais que dele emanam, assim como é fundamento para o Estado Democrático de Direito, onde a dignidade da pessoa humana se torna fonte produtora de efeitos jurídicos na interpretação e na aplicação das leis e dos outros princípios constitucionais (FURTADO, 2006).

A correlação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais acaba, por vezes, operando, ainda que de modo diversificado, tanto como fundamento (em-

bora nem de todos os direitos fundamentais) quanto como conteúdo dos direitos fundamentais (igualmente, e nem todos os direitos, e também não na mesma intensidade). De outro modo, doutrina e jurisprudência majoritária (não uníssona), também no que diz respeito com a evolução jurídico-constitucional brasileira, atua com dupla função, seja para limitar a atuação do Estado e de terceiros, como, também, atua como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros (SARLET, 2015).

Como último ponto, neste contexto da dignidade, vale atentar quanto à sua eficácia, se a mesma seria absoluta ou relativa. Mesmo tal princípio compondo a ceara dos princípios constitucionais fundamentais, um valor como bem jurídico, isto não significa que o mesmo irá sempre prevalecer em toda e qualquer situação, mesmo que ele ocupe uma posição privilegiada com relação às demais garantias fundamentais. Cada indivíduo deve ser compreendido em relação aos demais e, se por um lado a dignidade da pessoa humana ocupa o espaço mais alto do nosso ordenamento jurídico, por outro, ela não fica imune a qualquer restrição (PADILHA; BERTONCINI, 2016).

Diante do exposto e referenciando os mais recorrentes princípios usados como base da decisão (como muito referida) paradigmática dos ilustres Ministros, resta claro que negar ou fechar os olhos para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, é negar-lhes a dignidade, retirar a possibilidade de um desenvolvimento sadio e feliz, enquanto cidadãos. Denota-se ainda que a decisão apreciada nesta seção se trata do reconhecimento da União Estável entre pessoas do mesmo sexo, sendo, todavia, de grande valia fora esta decisão, para que fosse possível se chegar à Resolução Normativa à qual o CNJ chegou. Dito isto, nada mais obstatante é que negar o reconhecimento do casamento entre pares homossexuais é segrega-los da sociedade; e o STF, mesmo que em sede e se tratando de União Estável, deu um grande passo, para que pudesse haver uma evolução no pensamento social e cultural.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal, ao conceder aos pares homossexuais o direito ao acesso à União Estável, deu um grande passo na esteira da compreensão e aceitação da própria sociedade. Os Ministros se valeram dos princípios e garantias fundamentais, para que ambos corroborassem com a sua decisão. De forma categórica, buscou-se mencionar todos os princípios mais recorrentes da decisão, tentando entender o que levou e como se chegou àquele entendimento, tendo em vista a magnitude e repercussão que a referida decisão tomou no país à época.

Como já referido anteriormente, o princípio norteador da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana; desta forma, se faz mister especificar que o

direito à igualdade e a isonomia, no que compete ao tratamento da lei, não pode ser olvido, haja vista que impedir que pessoas do mesmo sexo se casem é lhes dizer que eles são diferentes, e de fato são, todavia, o que é o norte da igualdade senão, tratar de maneira igual e de maneira desigual os desiguais?

Ato contínuo, embora tal vertente da dignidade humana (princípio da igualdade) seja tão amplo e nem um pouco linear, é incontroverso que em seu cerne o intuito é não discriminar, é dizer que a situação/realidade do indivíduo não pode ser usada como subterfúgio para que o mesmo receba um tratamento desigual e que lhe mitigue a sua dignidade.

Neste seguimento, forçoso referendar a primordialidade da autonomia à vida privada e o direito constitucional à intimidade. Intimidade e vida privada são princípios que subsistem, não obstante a Constituição lhes tenha dividido. Isto é, tal prerrogativa permite que o sujeito tenha uma inviolabilidade a todo e qualquer acontecimento/fato de sua vida que não lhe seja pertinente se tornar público, por óbvio, tal faculdade deve ser respeitada tanto pelo poder público como pela sociedade.

Mesmo com as explicações e demonstrações pormenores de direitos e anseios dos indivíduos homossexuais, é axiomático o fato de que, ao longo da história, as maiorias sempre foram implacáveis e irredutíveis com as minorias. O maior problema da sociedade são estas rotulações, que ela mesma se impõe, entretanto, todos são livres e iguais em dignidade e em direitos, sendo que a única diferença real que há é que, algumas vezes, uns são mais parecidos com outros, mas, na sua essência, todos são humanos e detentores das mesmas prerrogativas. Contudo, mesmo com todas as defesas contra a discriminação, muitos atos de preconceito são vivenciados diariamente, e mais perturbador é o fato de que muitos são aceitos pela sociedade.

Negar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é um atentado direto aos direitos humanos, dentre os quais, o direito à igualdade. Há de se mencionar, ainda, que estas minorias sexuais já foram perseguidas pela religião, pela psiquiatria e pela lei também, na qual foram das fogueiras da Inquisição, aos campos de concentração nazistas. Mesmo com toda essa privação de direitos e desigualdades, ainda sofrem com o desdém da sociedade, onde não encontrariam esteio, tal como, dentro de suas próprias famílias, pois o pensamento social, muitas vezes, também é repercutido dentro da casa dos pares dos homossexuais.

É possível dizer que tal celeuma já se mostra vencida, todavia, como supradito, tal direito tão fundamental e intrínseco à própria condição de dignidade, só se mantém de pé por intermédio de resolução, o que pode ser derrubada até mesmo por um Decreto Legislativo. Neste sentido, denota-se também, qual a real finalidade de uma lei com tal teor, tendo em vista que não apenas se irá fruir da sua matéria enquanto

temática legislativa, mas também, da repercussão social que tal lei traria para a sociedade.

Em suma, assim como as mulheres tiveram que lutar por reconhecimento, seja na esfera de suas famílias, ou o direito ao voto por exemplo, as minorias sexuais também lutaram, e ainda lutam, para que, paulatinamente, se alcançasse o utópico e, por vezes, cada vez mais longínquo, direito à igualdade. Desta forma, se revela aqui, não apenas a luta por um direito de casar, mas um fator social político e, neste sentido, este artigo se mostra vital, pois o direito ao casamento, mesmo que por Resolução Normativa, já existe, mas o caráter que o direito ao casamento detém, vai muito além das fronteiras deste instituto. Com o reconhecimento do casamento homoafetivo, não se busca tutelar apenas este direito a esses sujeitos, mas demonstrar a sua dignidade enquanto pessoa, tão merecedora quanto qualquer outra de respeito e liberdade para exercer as suas faculdades na mais completa plenitude.

Em conclusão, é perceptível que muito ainda falta para chegarmos ao tão longínquo Estado Democrático de Direito, em razão de que se há um Projeto de Lei de 1995 que ainda não foi votado, e um de 2013, em que, por duas vezes foi requerido o arquivamento, se está muito longe ainda de uma mentalidade democrática. Todavia, o caminho até a efetivação do direito é turvo, mas certamente recompensador, pois se vivencia contemporaneamente uma sociedade que acredita que lei e direito são sinônimos, ou seja, enquanto não houver lei que regulamente o caso entre pessoas do mesmo sexo, não se evoluirá socialmente. O brasileiro precisa da lei para lhe dizer o que é certo ou errado e, como já referido, tal lei não tem um cunho apenas jurídico, mas sim social, para que, paulatinamente, haja uma promoção de uma sociedade sem preconceitos ou discriminações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Rubens Demoro. Liberdade: contribuição do pensamento de Hannah Arendt à filosofia do direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 98, p. 49-58, nov./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015c310ee-96aa551d96c&docguid=I0f678d509b3711e6a5af010000000000&hitguid=I0f678d509b3711e6a5af010000000000&spos=6&epos=6&td=4000&context=36&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMulti-Summ=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 22 mai. 2017.

BARROSO, Roberto Luís. Igualdade Perante a Lei. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 2, p. 717-734, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015c-0de41ecbfafce3f9&docguid=l466a01a0629f11e194bf000085592b66&hitguid=l466a01a0629f11e194bf000085592b66&spos=22&epos=22&td=4000&-context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BITTENCOURT, Ila Barbosa; VEIGA, Ricardo Macellaro. Olhar Atual da Cláusula Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 8, p. 143-153, ago. 2015. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015c-0fa3b4543effcc27&docguid=lbecf84400470811e5ba8e0100000000000&hitguid=lbecf84400470811e5ba8e0100000000000&spos=11&epos=11&td=1227&-context=190&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

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

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2001

CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista de Direito Privado**, v. 71, p. 111-128, nov. 2016. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015c0f8ee2b4e186d432&docguid=l5a35761094ea11e689b601000000000000&hitguid=l5a35761094ea11e689b601000000000000&spos=1&epos=1&td=1227&-context=130&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

FERTUZINHOS, Sônia. Fundamentos Constitucionais da Igualdade de Gênero. **Sociologia, Problemas e Prática**, p. 49-71, 2016. Disponível em: <http://revistas.rcaap.pt/sociologiapp/article/view/10350/7439>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

FURTADO, Emmanuel Téofilo. Sentido Ontológico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Trabalhador. **Revista dos Tribunais**, v. 121, p. 29-38, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015c1f067f5658416cef&-docguid=la88eb170f25511dfab6f010000000000&hitguid=la88eb170f25511dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=4000&context=178&crumb-action=-append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed., rev. atual. ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2015.

NEVES, Rodrigo Santos. A Privacidade como Direito da Personalidade. **Revista dos Tribunais**, v. 955, p. 67-88, mai. 2015. **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**, v. 1, p. 29-51, jul. 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015c1d24cc915c4d-4fdc&docguid=l2503a8e0e7f811e4922f010000000000&hitguid=l2503a8e0e7f811e4922f010000000000&spos=4&epos=4&td=1532&context=8&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A Dignidade da Pessoa Humana na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, p. 137-145, 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistade-direito/article/view/11113/999>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

PEREIRA, Graziela Raupp; VARELA, Cristina Monteggia; SILVEIRA, Guilherme Pereira. O Fenômeno do Bullying Homofóbico nas Instituições de Ensino: o direito à igualdade sexual e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Íbero-Americana de Estudos em Educação**, v. 10, p. 1489-1507, 2015. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/8333/5641>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. O Direito à Igualdade Formal e Real. **Revista dos Tribunais**, v. 651, p. 52-54, jan. 1990. **Doutrina Essenciais de Direitos Humanos**, v. 2, p. 443-446, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015c-3100045f3208baf&docguid=l4aa18f30f25811dfab6f010000000000&hitguid=l4aa18f30f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4&context=8&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfrang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Sobre a Dignidade da Pessoa Humana, os Direitos Fundamentais e a assim Chamada Constitucionalização do Direito Penal e Processual Penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 102, p. 13-44, mai./jun. 2013. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 9, p. 345-374, ago. 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015c1f6763018eeb8568&docguid=l20889450428a11e58548010000000000&hitguid=l20889450428a11e58548010000000000&spos=3&epos=3&td=866&context=272&crumb-action=append&-crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 mai. 2017.

SILVA JR., Hédio. O Princípio da igualdade e os Direitos de Igualdade na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 38, p. 168-191, jan./mar. 2002. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015c0de41ecbfafce3f9&-docguid=l6d0e7450f25511dfab6f010000000000&hitguid=l6d0e7450f25511dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=4000&context=8&crumb-action=-append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 mai. 2017.

ZISMAN, Célia Rosenthal. A Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Universal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 96, p. 129-152, jul./ago. 2016. Disponível: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015c0fa3b4543e-ffcc27&docguid=l0811d6b0554511e686b9010000000000&hitguid=l-0811d6b0554511e686b9010000000000&spos=6&epos=6&td=1227&context=190&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

ANÁLISE DO CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR SOB A PERSPECTIVA RELACIONAL

Cristiane Pinto Dummer

Graduada em Direito pela Universidade Feevale.

E-mail: cris.dummer@gmail.com.

Marcus Vinicius Madeira

Mestre em Direito Privado e Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande de Sul.

Professor na Universidade Feevale.

E-mail: marcusmadeira@feevale.br.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito é costumeiramente definido como sendo a estrutura do ordenamento jurídico capaz de regular as condutas sociais que inevitavelmente embasam as relações humanas em sociedade, constituído pela primazia da multiplicidade de relações e condutas que apontam para um conceito de ordem jurídica, do “dever ser” e do “ser” efetivamente. O instituto doutrinário dos contratos representa uma evolução da lógica jurídica, sendo considerado um dos sistemas mais estáveis do direito civil, seja no sistema derivado do direito romano seja no sistema derivado da *common law*.

O direito contratual na contemporaneidade trouxe consigo transformações sociais que influenciaram a evolução da teoria dos contratos, seja pela ocorrência de maiores transações econômicas, seja pela massificação das relações, acarretando a alteração do conceito de contrato para um conceito mais jurídico de relações negociais, neutralizando, de certa forma, as clássicas teorias contratuais ensejando o surgimento de novas regras e concepções com um caráter mais autônomo de direito a partir do momento em que o direito contratual materializa-se no contrato em si com uma dualidade autônoma, refletindo os interesses das partes e da sociedade.

Uma nova leitura interpretativa faz-se necessária, ainda que se preservem os clássicos e basilares princípios contratuais como condutores referenciais do direito contratual, como, por exemplo, a autonomia da vontade, que, muito embora denote amplitude, detém um aspecto limitado e relativo para as partes.

A inevitável evolução do direito contratual acarreta o surgimento de novas relações contratuais, com um viés muito complexo, com uma maior extensão no tempo, apontado um paradigma hipercomplexo que acarreta transformações aos negócios jurídicos e à forma de condução destes.

Exsurgem os chamados contratos relacionais, os quais representam relações jurídicas complexas, de longa duração, típicas da atualidade, irrompendo no meio jurídico como o vértice teórico capaz de analisar os contratos de previdência privada complementar com uma ótica mais equitativa.

Essencialmente, o presente artigo objetiva uma análise da teoria relacional apresentada pelo jurista norte-americano Ian Macneil na década de 1960, o qual traçou as relações objeto da referida transação, a partir da análise da função e do conteúdo de sua estrutura, para que se desenvolva uma adequada compreensão jurídico-dogmática de sua aplicabilidade. A análise da estruturação dos vínculos dos contratos de previdência privada complementar insurge no mundo contemporâneo para que se possa identificar a incidência da teoria relacional, a partir de seus princípios estruturantes, no panorama da nossa atual sociedade.

Neste sentido, esse artigo versa sobre a previdência privada complementar e a necessidade de uma adequada compreensão jurídico-dogmática desse novo panorama contratual que a teoria relacional traz.

Tecnicamente, utilizar-se-á a pesquisa documental e bibliográfica, a partir de dois capítulos. O presente artigo está dividido em três tópicos: uma breve visão do direito contratual na contemporaneidade, uma compreensão entre o equilíbrio contratual e a teoria dos contratos relacionais e, por fim, a caracterização do contrato de previdência privada complementar como sendo um contrato essencialmente relacional.

Os contratos são inegavelmente um dos maiores fenômenos sociais passíveis de refletir o dogma da vontade humana através de uma vinculação jurídica que objetiva o equilíbrio social das relações privadas criadas entre os contratantes. O elemento volitivo das partes essencialmente sempre representou o vetor da formalização deste instrumento jurídico. Ocorre que as relações contratuais têm apresentado gradativamente uma maior extensão de tempo, mostrando-se invariavelmente cada vez mais difícil sua gestão frente às constantes e crescentes alterações advindas de nossa sociedade contemporânea.

Os contratos relacionais despontam no ordenamento jurídico como aquele instrumento capaz de promover entre as partes, no decorrer de sua longa vigência, um agir comunicativo, com um caráter de uma relação jurídica integralizada com um viés direcionado para aquelas situações complexas das relações humanas e jurídicas. Com tal escopo, a presente pesquisa enfatiza as bases da teoria relacional dos contratos, a partir de sua harmonização com os contratos de previdência privada complementar, subordinadas a um conjunto de características comuns às partes, embasado em um contexto social fundado em elementos comunicativos, solidários e inevitavelmente de longa duração.

2 A TEORIA CONTRATUAL: DO CLÁSSICO À CONTEMPORANEIDADE

O direito é tradicionalmente definido como a estrutura ou o ordenamento das relações sociais, já que intrinsecamente o homem atribui valor a tudo que o cerca, antepondo-se culturalmente ao universo do “dever ser” e do “ser” efetivamente. Segundo a visão de Sílvio de Salvo Venosa: “o direito situa-se no mundo da cultura, isto é, dentro da realidade das realizações humanas”. Assim, a sociedade, em sua multiplicidade de relações, torna o homem interdependente entre si, acarretando-lhe valoração da conduta humana, que atinge o campo do direito das obrigações (VENOSA, 2014, p. 1).

Em linhas gerais e dinâmicas, o contrato representa um acordo de vontades firmado entre dois ou mais sujeitos de forma volitiva, sendo considerado um ato jurídico

sinalagmático, que constitui uma norma interna e privada entre as partes, ainda que regida pelos limites das normas legais e dotada de um plano de constituição sem muita amplitude, uma vez que o Estado limita a autonomia privada dos indivíduos, no momento em que autoriza que se aplique o que não estiver expressamente vedado na legislação, permitindo o que lá estiver efetivamente contido (MAMEDE, 2014, p. 3).

Por certo que o contrato em si representa para a sociedade um instrumento com uma função social, seja em menor ou em maior grau de implicação e interferência, podendo ser considerado como um fato social. Essa análise parte do princípio de que o contrato merece ser compreendido em seu efetivo contexto social, ao se considerar as repercussões de suas cláusulas em um ambiente que alcança limites além dos signatários, permitindo a ocorrência do fenômeno da função social dos contratos, revestido de uma base constitucional fundada no princípio da solidariedade e na livre iniciativa (COSTA, 2000, p. 56-57).

A vinculação jurídica, criada entre dois ou mais sujeitos de direito, que decorra de cláusulas contratuais, que subordinam as partes através do contrato, deve ser resguardada pela segurança jurídica intrínseca ao direito contratual, com o objetivo de buscar o equilíbrio social das relações, sujeitando-se a normas e princípios constitucionais (STUARD, 2013, p. 45-60).

É consabido que, desde os primórdios da história humana, para que uma sociedade possa subsistir, é necessário que haja cooperação entre seus membros, já que invariavelmente, em seu corpo social, uns precisam dos outros para suprirem suas necessidades (VENOSA, 2014, p. 2-3).

O instituto doutrinário dos contratos representa uma evolução da lógica jurídica, sendo considerado um dos sistemas mais estáveis do direito civil, seja no sistema derivado do direito romano seja no sistema derivado *da common law*, deste prisma, San Tiago Dantas (2011, p. 843-860) refere:

A constituição da doutrina dos contratos como produto extremo da lógica jurídica representa, porém, o termo de uma evolução, através da qual foram sendo eliminadas normas e restrições sem fundamento racional, ao mesmo tempo que se criavam princípios flexíveis, capazes de veicular as imposições do interesse público, sem quebra do sistema.

As transformações sociais são indiscutivelmente o elemento mais influenciador da evolução da teoria dos contratos, seja por intervenção estatal, seja por intervenção da política social (DANTAS, 2011, p. 843-860).

Com efeito, em nossa sociedade contemporânea, o modelo e as teorias até então conhecidas, dos contratos e do Direito Contratual em si, começam a dirigir-se para

uma nova leitura interpretativa. Rogerio Zuel Gomes considera que as estruturas contratuais delineadas nos séculos XVII e XIX, que vislumbravam basicamente as atividades comerciais e industriais, durante o século XX, foram modificando-se de forma a adaptarem-se às tendências sociais e econômicas da sociedade de massa (GOMES, 2006, p. 180-122).

A afirmação de que o contrato e a sociedade têm uma estreita relação mostra-se vastamente adequada, uma vez que os institutos jurídicos sempre tendem a acompanhar as transformações e evoluções sociais, sendo esse instrumento o vetor da autonomia privada em face de seu objeto intrínseco, que é a circulação de riquezas, e já reconhecido consensualmente, como: “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos” (GOMES, 2006, p. 77 -104).

Insta referir que os princípios do Direito Contratual começam a dirigir-se para uma nova ideia contrapondo o modelo liberal clássico, surgindo daí o modelo contemporâneo, renovando-se por via de consequência a teoria contratual até então conhecida, passando o consentimento mútuo a ser essencial à validade dos contratos: “A vontade passa a ser o cerne do contrato, e este, o cerne do Direito objetivo como um todo e do próprio Estado” (NEGREIROS, 2002, p. 24-25).

Sílvio de Salvo Venosa (2014, p. 370-371) bem referencia que o dogma da vontade humana com o objetivo de gerar efeitos jurídicos constitui-se efetivamente em um negócio jurídico, o qual invariavelmente sofre limitações frente às normas de direito público.

Os clássicos e basilares princípios contratuais, percebidos em certa lógica formal e abstrata, que permanecem válidos na qualidade de princípios condutores, são percebidos sob uma ótica formal de valores da liberdade e da igualdade, entre os quais se têm a autonomia privada (ou liberdade contratual), a obrigatoriedade do contrato e a relatividade das convenções (FACCHINI NETO, 2009, p. 122).

Insta referir, com uma visão de princípio histórico, que as operações econômicas, cada vez mais complexas, avançam para as regras vinculativas do Direito, elevando o conceito de contrato como um conceito jurídico, com regras cada vez mais específicas, constituindo um instituto próprio, elevando o status do contrato a uma categoria autônoma de direito (ROPPO, 2009, p. 16).

O Direito Contratual, que se materializa no contrato em si, é um instrumento que trata dos interesses das partes, que inevitavelmente reflete nos interesses da sociedade (WALD, 2009, p. 57).

Com efeito, em nossa sociedade contemporânea, o modelo e as teorias até então conhecidas, dos contratos e do Direito Contratual em si, começam a dirigir-se para uma nova leitura interpretativa. Rogerio Zuel Gomes (2006, p. 180-122) considera

que as estruturas contratuais delineadas, nos séculos XVII e XIX, que vislumbravam basicamente as atividades comerciais e industriais, durante o século XX, foram modificando-se de forma a adaptarem-se às tendências sociais e econômicas da sociedade de massa.

Na contemporaneidade, a tradicional teoria dos contratos, que perdura até os dias atuais, preconiza que a vontade das partes é o principal elemento constitutivo do contrato, sendo responsável por sua formação e legitimidade, além de assumir um caráter decisivo frente à doutrina legislação e jurisprudência. Como bem referido por Claudia Lima Marques: “somente a vontade livre e real, isenta de vícios e defeitos, pode dar origem a um contrato válido, fonte de obrigações e direitos” (MARQUES, 2006, p. 54).

Os modelos contratuais e a noção de contrato vêm sendo construídos através dos tempos desde o Direito Romano, que originou a sua estruturação através de mecanismos que buscam a uniformização e a consequente pacificação das relações sociais (GOMES, 2006, p. 77-104).

Traços individualistas e voluntarista-oitocentistas, sob influência dos Códigos Civis Francês e Alemão, nortearam o Direito Civil com o viés de um Direito “fechado” (MAMEDE, 2014, p. 24-25). Essa ideia, por muito tempo, criou a imagem para o Direito Civil brasileiro, de um Direito patrimonialista, distante de qualquer influência constitucional e com distância maior ainda do Direito Público e de qualquer ingerência estatal. A evolução das relações privadas e a valorização dos direitos fundamentais acabaram por romper paradigmas ao constatar a necessidade de uma intervenção estatal com um cunho não só formal, mas como também material, que culminou na irradiação e seus efeitos em todo ramo jurídico brasileiro. Em seus estudos, Gladston Mamede (2014, p. 24-25) complementa: “A legitimidade (e constitucionalidade) dessa intervenção pressupõe o equilíbrio entre o interesse da unidade (a pessoa) e o da coletividade (a sociedade estruturada em Estado), demandando cautela e moderação”.

Nessa linha, Arnaldo Wald (2009, p. 65) define que a grande dificuldade do Direito contemporâneo consiste na flexibilização equitativa dos contratos sempre que necessário, independentemente da definição acerca da razoabilidade ou não das cláusulas constantes ou acerca das proporções que as prestações e contraprestações estiverem definidas no instrumento contratual.

Efetivamente, a sociedade moderna reflete as mudanças e as transformações que o Direito Contratual vem essencialmente absorvendo em seu conteúdo e valores primordiais, desde o clássico período do liberalismo político e econômico, seja pela soberania da vontade contratual, seja pela soberania da vontade individual. Essa ob-

servação é feita em decorrência da inegável e progressiva tendência à redução da relevante vontade dos contratantes, por força das exigências sociais e razões da coletividade (ROPPA, 2009, p. 295-296).

Resta evidente que o contrato evoluiu na persecução do tempo, criando a chamada nova teoria dos contratos, que reflete as transformações ocorridas em decorrência das exigências sociais crescentes e constantes, ainda que algumas normas primordiais tenham-se mantido intactas, assim destacando Jose Miguel Medina (2010, p. 35-60): “O contrato, em sua feição individualista, e visto como reflexo exclusivo da vontade das partes, necessitava ser integrado à sociedade como meio de realizar os fins sociais”.

A multiplicação de fontes normativas e a criação de outras novas, no campo do direito contratual, enseja que os contratos sejam efetivamente entendidos além de sua dimensão jurídica, por meio dos clássicos conceitos já consolidados, mas com uma ótica perceptiva e analítica estabelecida por uma relação de dependência entre o instituto em si e a evolução das relações sociais (ARENHART, 2013, p. 205-228).

Nesta linha evolutiva, uma nova visão é tecida por Gomes (2006, p. 180-122) ao referir-se sobre os contratos e as relações jurídicas, que passam a ganhar contornos cada vez mais acentuados, na medida em que os contratos são as principais ferramentas de circulação de riquezas por meio de instrumentos que criam vínculos recíprocos entre aqueles que, direta ou indiretamente, dependem da relação contratual em que estão inseridos os sujeitos em questão, uma vez que esta relação e vínculo obrigacional objetiva a satisfação e a salvaguarda dos interesses dos contratantes.

Assim, a ideia de uma igualdade formal, alicerce da clássica teoria dos contratos, cedeu à necessidade da sociedade contemporânea, que originou diversos microssistemas legais como reflexo de um sistema mais complexo, assim referindo Fernando Santos Arenhart (2013, p. 205-228):

O fato é que as transformações ocorridas na sociedade nos últimos anos colocaram em xeque a figura do contrato na sua concepção tradicional, exigindo uma reanálise da teoria. O fundamento de tal modificação na teoria geral dos contratos é uma brutal transformação nas relações sociais, que pode ser resumida pela passagem de uma sociedade moderna para uma sociedade pós-moderna.

Nesta senda, Marques (2006, p. 210-211) ratifica que a legislação passa a atuar com um caráter protetivo e limitador dos negócios jurídicos através de normas imperativas, como o Código de Defesa do Consumidor, surgindo uma concepção de contrato no Estado Social: em que a vontade perde a condição de elemento nuclear,

surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

Nessa linha de entendimento, o processo evolutivo das relações privadas, que inevitavelmente culminou com o surgimento de novas figuras no panorama jurídico, decorre da ideia de um certo deslocamento do sistema de valores moldados pelo liberalismo econômico do Código Civil, no qual o *ter* prevalece sobre o *ser*, deslocando-se para uma nova ideia e uma nova realidade da ciência jurídica (PINHEIRO, 2000, p. 326-327).

Juridicamente falando, a modernidade trouxe consigo inúmeras matrizes problemáticas decorrentes da chamada sociedade de massa, que trouxe em seu bojo a massificação das relações contratuais. A multiplicidade de relações jurídicas idênticas conduz os juristas e a sociedade a uma nova realidade contratual um tanto relativista, segundo a visão de Rogerio Zuel (GOMES, 2006, p. 77-104), haja vista que o paradigma da pós-modernidade trouxe consigo uma multiplicidade de fontes jurídicas materiais que exige do Estado que seja mais articulado na tutela destes novos direitos.

A contemporaneidade apresenta a necessidade de mudanças paradigmáticas no mundo jurídico, em especial no instituto dos contratos. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues (2011, p. 271-291) refere-se a essa mudança como sendo um abismo entre o “*ser*” e o “*dever ser*” através da consolidação de uma nova edificação jurídica. Nesse sentido, leciona: “Sabe-se que quem contrata não conta mais apenas com quem contrata, e que quem contrata não conta mais apenas o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos”.

Os contratos são o paradigma da pós-modernidade em razão da hipercomplexidade que esse ramo jurídico assumiu e vem assumindo, revelando uma multiplicidade de fontes de direito. A ciência jurídica enfrenta os desafios postos à sua frente repensando o direito com a finalidade primordial de readequar-se à tutela dos novos direitos, sem que se excluam os fundamentos tradicionais, mas se acrescentando a eles novos direcionamentos jurídicos (GOMES, 2006, p.180-122).

3 EQUILIBRIO CONTRATUAL E A TEORIA DOS CONTRATOS RELACIONAIS

O direito contratual enquanto conceito propriamente dito atua como agente qualificador de práticas historicamente determinadas, ainda que o contrato não represente uma estrutura mutável, mas, efetivamente, um conjunto de práticas normativas, passíveis mutabilidades ou por razões sociais, ou por razões políticas ou por razões jurídicas. Assim, o contrato como prática apresenta uma estrutura indissoluvelmente ligada à sociedade na qual ela existe, sendo possível sua compreensão a

partir de uma visão de que o mesmo se configura num projetor de trocas (MACEDO, 2009, p. 151-153).

Atualmente, nossa sociedade, tida como de consumo, criou os chamados contratos de massa, que nada mais são do que contratos homogêneos em seu conteúdo, uma vez que aplicáveis a todos indistintamente, como, por exemplo, os contratos de adesão, que nada mais são do que um conjunto de normas aplicáveis de forma indistinta (MARQUES, 2006, p. 65).

A chamada teoria dos contratos relacionais, segundo os estudos de Vinicius Machado Calixto (2016, p. 105), em um contexto histórico, começou a ser traçada na década de 1960 por Ian Macneil, e tinha como objetivo fundamental a retomada de uma abordagem mais amplificada e geral dos contratos no tocante à referência que estes denotam para as relações de trocas, quando inseridas no contexto social, sem desconsiderar ou ignorar a clássica visão contratual, mas dedicando especial relevância à inserção social do contrato.

Ian Macneil (2009, p.33) defende, essencialmente, que a teoria dos contratos relacionais é, em verdade, o cerne da análise contextual dos contratos, considerando ser este instrumento indissociável de seu contexto inicial, ou seja, do contexto social em que estava inserido quando de sua criação, uma vez que impossível sua concepção em um chamado “vácuo social”, já que constituído a partir de expectativas, valores, matizes sociais e processos comunicativos que o conceberam.

A massificação das relações interpessoais é um fenômeno contratual que obedece a uma dinâmica concebida de causas externas, que conduz as partes contratantes, na medida em que a relação objeto do contrato passa a fundar-se em deveres de cooperação mútua, solidariedade e boa-fé. Assim, o contrato relacional tem como principal característica a adaptabilidade, em razão da criação de relações jurídicas complexas e de longa duração, partindo-se da premissa de que esta modalidade contratual deve, necessariamente, responder às eventuais mudanças de circunstâncias entre as partes para que efetivamente possa subsistir (GOMES, 2006, p. 180-122).

Essa nova realidade social e contratual forma-se com base na expectativa que o consumidor tem de um *status* de segurança futura, que atua como um elemento impulsionador da relação objeto do contrato em que estiver inserida com uma noção de perpetuidade, e pode ser complementado: “Portanto, há uma inequívoca mensagem que subliminarmente deflui dessa nova modalidade negocial como condutora da cativeiro, garantindo longa vida a essa relação” (XAVIER, 2007, p. 181-202). O contrato não pode mais ser percebido como direcionador de relações estáticas de liame imaterial, como referido por Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues (2011, p. 271-291): “A constante troca de expectativas gerada pela avença, associada aos

inúmeros deveres gerais de conduta oriundos da boa-fé, faz com que se compreenda a relação contratual como um processo complexo, dinâmico e dialético”.

Para Ronaldo Porto de Macedo Junior (2011, p. 319-330), os contratos relacionais estabelecem um universo de relações contínuas e duradouras, nos quais, segundo seus estudos, estabelecem entre as partes vínculos não promissórios, e enfatiza: “os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas substantivas são substituídas por cláusulas constitucionais ou de regulamentação do processo de renegociação contínua”.

Nesse sentido, Vinicius Machado Calixto (2016, p. 105-123), ao analisar a obra de Ian Macneil, sustenta que a teoria dos contratos relacionais foi desenvolvida baseando-se em quatro posições centrais: a primeira preconiza que toda transação é incorporada por meio de relações complexas; a segunda apregoa que para que se possa entender qualquer transação é necessário que se compreenda efetivamente todos os elementos das relações que envolvem essa transação; a terceira sugere a necessidade de uma análise, em qualquer transação, de todos os elementos que possam de alguma forma afetar a mesma; e a quarta e última estabelece que uma análise contextual é mais eficiente do que uma análise não contextual.

O objetivo dos contratos relacionais consiste na dinâmica que se estabelece no curso da relação contratual, ampliando o âmbito da relação existente sem a necessidade de criar uma nova espécie contratual, mas derivando da relação havida que contextualiza a relação das partes. Isso se deve ao fato que muitos elementos não estão previstos de forma expressa quando da formalização dos acordos, mas ganham destaque no decorrer da relação que é invariavelmente de longa duração (FERRES, 2007, p. 171-182).

Ian Macneil (2009, p. 32-33) defende que o cerne da teoria relacional denota uma perspectiva baseada na teoria liberal dos contratos, ao considerar que todos os contratos são efetivamente relacionais, porquanto inseridos em relações sociais que se constituem mediante uma multiplicidade de fatores e pela grande abrangência do que é transacionado na relação, seja antes, seja durante, seja até mesmo após o momento de sua constituição, assim referindo: “A teoria contratual relacional procura classificar e descrever as variáveis relevantes dessa dimensão relacional de todos os contratos”.

4 A CARACTERIZAÇÃO RELACIONAL DO CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR

Historicamente, o homem sempre se preocupou com as incertezas do futuro, sempre procurou uma forma de amparo para satisfazer seus inquietos sentimentos

de insegurança norteadores da humanidade. A previdência social surge como um instrumento capaz de amenizar as adversidades advindas da incapacidade natural do homem, com a finalidade primordial de promover tranquilidade no período em que o mesmo não for mais capaz de desenvolver atividades laborais (CHAN, 2010, p. 1-3).

Os princípios, as regras e as instituições que se destinam a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos, juridicamente definido como o direito da seguridade social, segundo a visão de Sergio Pinto Martins (2012, p. 21), é o elemento basilar disponível a todos como um sistema que assegura os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

No Brasil, a previdência social despontou a partir da transferência da família real portuguesa para nosso país, ao passo que os institutos de aposentadorias e pensões foram divididos em categorias na vigência da constituição de 1934 e 1937. A constituição de 1967 regulou as diretrizes positivas da carta magna de 1934, em que pese a expressão previdência ter sido utilizada pela primeira vez com a constituição de 1946 (FERRARO, 2010, p. 21-27).

A seguridade social, da qual a previdência social é parte integrante, teve sua origem nos conceitos mais intervencionistas do Estado, decorrentes da necessidade do surgimento de uma proteção social aos indivíduos, a qual foi fortemente propiciada pela sociedade industrial através do chamado *WelfareState* ou Estado de Bem-Estar Social, que surgiu objetivando o atendimento das demandas da sociedade. Este advento deve-se ao fato que, à época, a classe trabalhadora era a mais frágil, não somente em um conceito econômico, mas também com uma conotação social em si (IBRAHIM, 2012, p. 3).

O instituto da previdência foi o instrumento criado pelo homem visando minimizar as adversidades que inesperadamente o mesmo sofre, considerando as preocupações com as situações incertas e futuras. Insta referir que, no Brasil, nosso sistema previdenciário reúne três áreas: Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o Regime próprio dos servidores (RPPS) e a Previdência Complementar (CHAN, 2010, p. 13-15). Neste sentido, Chan (2010, p.13-15) complementa que efetivamente a evolução da sociedade somada com a crescente dificuldade do Estado em prover uma aposentadoria segura originaram a criação de planos de previdência privados complementares, culminando com a instituição da Lei n.º 6.435/77 que previu a classificação de entidades de previdência fechada e aberta, com o diferencial da primeira contemplar apenas aqueles trabalhadores de uma determinada empresa ou grupo de empresas, e o segundo abranger planos sem as referidas restrições.

A seguridade social, entenda-se aquela legalmente prevista, expressa um conceito muito mais amplo e abrangente, o qual se destina primordialmente a atender

a todos que dela necessitem face seu caráter social e objetivo de atender a todos indistintamente, ainda que se voltado para o indivíduo, não se confundindo com o Direito Social. Sob esse prisma, Sergio Pinto Martins (2012, p. 21-27) considera ser um ramo autônomo do direito, tomando por base a relação que se forma entre o indivíduo e o Estado, possuindo conceitos, instituições e institutos próprios, não encontrados em outros ramos do Direito.

O paradigma correspondente entre o Estado e o risco social inclina-se fortemente para a ideia de aposentadoria que remete à ideia daquele indivíduo que após anos de trabalho e contribuição social aposenta-se, sendo que não é possível que se olvide daqueles elementos conexos considerados benefícios sociais como a pensão por morte, o seguro desemprego, a licença maternidade, entre outros. Com a promulgação da nossa Constituição Federal, no ano de 1988, houve a divisão dos subsistemas de assistência social, saúde e previdência social (WEINTRAUB, 2005, p. 33-36).

A Previdência Privada brasileira é marcada, historicamente, por diversos acontecimentos que denotam a incidência de abusos e fraudes em flagrante deslealdade com seus participantes e segurados. A nossa carta magna, via de regra, não introduziu grandes alterações em sua matéria, ao contrário do que ocorreu em outras áreas do direito. Assim, a regulação dos contratos previdenciários privados deu início com o nosso Código de Defesa do Consumidor, que trouxe novos princípios para o direito contratual, em especial para as relações oriundas dos contratos relacionais (MACEDO, 1998, p. 221-229).

No Brasil, o sistema jurídico previdenciário contempla primordialmente duas importantes divisões: o plano público (previsto nos artigos 40 e 201 da Constituição Federal) e o plano privado, ainda que contemple três regimes previdenciários com três níveis de proteção social como vertentes do sistema de seguridade social: o Regime Geral de Previdência Social, o Regime Próprio de Previdência Social e o Regime de Previdência Social Complementar (FERRARO, 2010, p. 107-109).

A Constituição Brasileira, em seus artigos 201 e 202, traduz as linhas de sentido essenciais que devem ser utilizadas para a correta compreensão do conceito de previdência social, assim como o de previdência privada. Nessa linha de desenvolvimento jurídico-argumentativo, destaca Marcos Campos Ludwig (2002, p. 166-184) que:

A distinção entre um e outro modo de previdência é clara e deve ser logo asentada: a previdência social é um "regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória" (art. 201), estando as suas "cláusulas" dispostas nas leis que regulam a organização da seguridade social e os planos de custeio e de benefícios; a previdência privada, por sua vez, é um regime facultativo, "de caráter complementar e organização de forma autônoma em relação ao regime geral

de previdência social” (art. 202). Portanto, enquanto naquele regime a relação jurídica tem caráter institucional, nascendo com a ocorrência da filiação, no regime da previdência privada a relação jurídica origina-se sempre de um contrato, e o desenvolvimento do vínculo é disciplinado por cláusulas convencionadas (entidades abertas) ou por regulamentos básicos (entidades fechadas).

O plano previdenciário privado, compreendido como um conjunto sistematizado de normas que visam atender às necessidades previdenciárias futuras de seus contratantes, de forma organizada e autônoma, detém um caráter facultativo e complementar, em relação ao regime geral da previdência social. Nessa linha, indubitável que os contratos de previdência privada são contratos essencialmente de longa duração, indeterminados na sua duração. Para Morreau (2011, p. 65-70), a previdência privada na forma complementar consiste, na realidade, em administradoras de recursos financeiros de longo prazo, com a finalidade exclusiva de concessão dos benefícios de pensão ou aposentadoria, que se organizam de forma fechada ou aberta.

Morreau (2011, p. 59-65) destaca que a previdência privada está legalmente prevista e caracterizada na Constituição Federal no *caput* de seu artigo 202, que assim o prevê: “o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por lei complementar”. Tal modalidade contratual funda-se na livre iniciativa das partes, com a função complementar ao plano previdenciário governamental, que objetiva a justiça social através da circulação de riquezas.

De modo sintético, Marcos de Campos Ludwig (2002, p.166-184) define que o pagamento de forma periódica de determinada quantia a determinada entidade responsável pela gestão dos fundos do chamado “participante”, configura-se em uma adequada definição do que traduz o instituto da chamada previdência privada, e complementa:

A sua celebração é motivada pela preocupação da pessoa quanto à sua segurança financeira no futuro, uma vez que não convém que se tenha sempre por certa a estabilidade dos fatos presentes; essa ideia é revelada pela própria etimologia do termo “previdência” (*prae + videre = ver antes, prever*).

Para Bruno Miragem (2011, p. 315-336), o objeto e objetivo dos contratos de previdência privada alicerçam-se no dualismo econômico e social. Isso porque se reveste de uma promessa futura que satisfaça os interesses do participante no sentido de que o mesmo, após um período de contribuições financeiras, usufrua de um benefício complementar que melhor atenda às suas necessidades. Nesta mesma linha,

complementa que os contratos de previdência privada apresentam características bem definidas, uma vez que primordialmente são contratos de longa duração nos quais se pressupõe a geração de um acúmulo de contribuições financeiras do chamado “participante” para uma ideia de fruição futura. Esse caráter de estruturação econômica complexa encontra esteio em uma noção de prestação dependente, com laços de confiança que se observam no decorrer de toda a contratualidade. Bruno Miragem destaca que esse tipo contratual possibilita aos contratantes um planejamento mais estruturado de um futuro econômico, visando exclusivamente uma complementação de proventos para uma aposentadoria mais segura nesse sentido, através de contribuições mensais, em longos períodos de tempo (MIRAGEM, 2011, p. 315-336).

Em outras palavras, Morreau (2011, p. 59-65) refere:

No contrato de previdência privada ocorre tanto a regulamentação legal quanto o controle estatal, ambos voltados para a proteção dos participantes dos planos de benefícios. Ou seja, esse tipo de contrato realiza, assim, a conciliação entre os princípios constitucionais e o bem-estar social, assegurando a dignidade da pessoa humana como uma forma de justiça social.

Ronaldo Porto Macedo Junior é taxativo ao defender que os contratos previdenciários podem ser melhor entendidos a partir da perspectiva relacional, decorrente de sua normativa que possibilita a percepção da incidência dos princípios da solidariedade e da cooperação (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 1071).

Nota-se que os contratos de previdência privada complementar reúnem as características da teoria relacional em razão de sua dinâmica, adaptabilidade e prolongamento no tempo (GOMES, 2006, p. 180-122).

Contratos relacionais são contratos que envolvem relações complexas e de longa duração, com base na própria dinâmica estabelecida no decorrer da relação contratual, e apresentam duas básicas diferenças em relação aos contratos descontínuos, seja por sua mutabilidade constante e/ou mudanças e características do produto alterarem-se, não sendo possível que se compreenda completamente este tipo de contrato somente sob uma perspectiva taxativa e fechada, uma vez que sua chamada “indeterminação” ultrapassa os conceitos prefixados e formais das clássicas teorias contratuais (MACEDO JUNIOR, 2011, p. 1071-1086).

Os contratos relacionais, assim como os contratos descontínuos, têm sua base formada a partir dos conceitos de solidariedade, confiança e cooperação, mas com uma diferença que lhe confere característica: estes mesmos elementos que lhe conferem flexibilidade, reciprocidade e equilíbrio das relações contratuais não são

passíveis de serem preestabelecidos ou pré-planejados como ocorre nos contratos descontínuos, devido ao caráter interno que assumem neste tipo de relação, ao contrário do que ocorre nos contratos descontínuos. Assim, mostra-se perfeitamente possível que se admita que os contratos de previdência privada sejam considerados essencialmente contratos relacionais, os quais inevitavelmente vêm assumindo cada vez mais destaque no cenário econômico-financeiro brasileiro, em face à sua importância social e à emergente necessidade de salvaguarda dos direitos dos contratantes-consumidores desta espécie de contratos, sendo vital que se estabeleçam redes de segurança jurídica para a proteção e a garantia dos direitos das partes em frente à constante possibilidade de mutabilidade que lhes é inerente (MACEDO JUNIOR, 1997, p. 1071-1086).

Nesse sentido, Luciana Cardoso Siquera Ambrozzini (2015, p. 308) aponta que, segundo os estudos de Ian Macneil, o objeto da teoria dos contratos relacionais consiste fundamentalmente naquelas relações subordinadas a um conjunto de características comuns, com especial enfoque na formação das obrigações das partes, fundadas em um conjunto de valores que se embasa no contexto social em que estiver inserido, com fatores econômicos comuns a todas as partes da relação. Seguindo essa linha de pensamento, traz-se a definição de Ian Macneil: “todos os contratos apresentam caráter relacional na vida real, uma vez que é impossível que uma transação, de qualquer importância, aconteça fora de uma sociedade”.

Os contratos de previdência privada detêm um caráter relacional que é facilmente identificável pela presença de elementos contínuos e futuros, de interesse de ambas as partes, em face ao objetivo de manutenção do vínculo contratual. Bruno Miragem corrobora da ideia de Ronaldo Porto Macedo Junior ao afirmar que na doutrina brasileira estes tipos de contratos são, em verdade, contratos relacionais, os quais têm a finalidade de constituir uma garantia ao participante em relação a riscos futuros (MIRAGEM, 2011, p. 316-336).

Neste sentido, o instituto da previdência privada na forma complementar reveste-se de vínculos jurídicos que apontam para princípios assecuratórios para que sejam os mesmos recorridos de forma residual ou subsidiária, nos casos em que faltar a previsão contratual mais adequada à sua proteção (WEUBTRAUB, 2005, p.39).

Bruno Miragem (2011, p. 315-336) tem posição firme e acentuada, fundada com base no dualismo econômico e social dos contratos previdenciários, na modalidade privada, e na necessidade que se perceba e compreenda a universalidade dessa modalidade contratual ao seu objetivo primordial: o interesse restitutório correspondente ao atendimento e ao cumprimento de seu objetivo constitutivo. Ou seja, os contratos de previdência privada complementar devem ser entendidos sob o vértice

de serem, via de regra, contratos de consumo, uma vez oferecidos por um fornecedor no exercício de uma atividade regulamentada, para um contratante/destinatário, através de remuneração mensal e periódica, atuando o referido Código como uma ferramenta regulamentadora da relação. A presença do elemento confiança nos contratos relacionais mostra-se evidente nos contratos previdenciários privados dada sua longa duração, assim como pelo interesse que esta relação efetivamente se perpetue no tempo, com manutenção deste vínculo, e, por via de consequência, implica a manutenção do equilíbrio do interesse das partes.

Assim, plenamente perceptível, sob a ótica relacional referenciada por Ronaldo Porto de Macedo Junior (2011, p. 221-229), que os contratos de previdência privada, especialmente na modalidade complementar, são, em verdade, uma espécie contratual que comporta perfeitamente a incidência do nosso Código de Defesa do Consumidor, na medida em que objetiva a proteção do consumidor envolvido em operações dessa natureza, que atingem conceitos mais abrangentes com um cunho assecuratório, que vão desde a correta informação até a proporcionalidade da relação.

Nota-se que os contratos de previdência privada complementar reúnem as características da teoria relacional em razão de sua dinâmica, adaptabilidade e prolongamento no tempo. Roberto Zuel Gomes (2006, p. 180-122) faz referência a tal teoria como sendo um resultado da proliferação de fórmulas contratuais partindo de uma relação jurídica de longa duração e que decorre da massificação das relações interpessoais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma breve análise histórica da clássica teoria contratual traduz a base estrutural daquele instrumento considerado como o propulsor da institucionalização da liberdade de pactuar dos particulares, dentro de um certo limite traçado pela ordem pública da sociedade em que estiver inserido.

Efetivamente, não há como atribuir um imutável significado aos contratos, haja vista que as transformações sociais são inegavelmente o elemento de maior influência na evolução do direito contratual, ainda que mantenha estreita relação com os tradicionais conceitos jurídicos.

Uma adequada compreensão jurídico-dogmática do instituto doutrinário dos contratos faz perceber a evolução lógica de sua feição mais clássica, que, efetivamente, representa o alicerce estrutural de sua formulação teórica, para uma espécie de nova ordem contratual, na qual o clássico cenário contratual passa a ser visto e utilizado como um princípio condutor ideológico formal. O Direito desponta para um

novo cenário jurídico-social, reforçando a ideia de que o elemento volitivo das partes é inegavelmente o cerne de todo e qualquer contrato, podendo ser reconhecido como um fato social.

Na contemporaneidade, o Direito Contratual converge para o surgimento de novas teorias, frente aos constantes avanços da sociedade moderna e globalizada, que inevitavelmente acarretam em mudanças. Mostra-se inegável que os contratos gradativamente passam a ser reconhecidos como um fenômeno social capaz de traduzir e tornar atuais as expectativas futuras dos contratantes.

Em contrapartida, as relações contratuais apresentam cada vez maior extensão de tempo e complexidade, mostrando-se invariavelmente mais difícil sua gestão frente às constantes e crescentes alterações sociais nas quais o fator tempo é um elemento de interferência no desenvolvimento da relação contratual.

De fato, o crescimento social culminou com o surgimento de novas relações privadas, como a massificação das relações de consumo e a consequente criação dos contratos de massa que acarretam em relações com um aspecto muito mais complexo, implicando uma vigência muito mais prolongada no tempo com um viés de dependência entre as partes.

Essa massificação das relações interpessoais apresenta-se como um verdadeiro fenômeno social, e, por via de consequência, a teoria dos contratos relacionais desponta no meio jurídico como a ferramenta estruturante da característica da perpetuidade destas relações com um caráter muito mais intenso, por assim dizer, demonstrando uma adequada interação entre os princípios clássicos basilares dos contratos e esta nova ordem jurídica no âmbito contratual.

Em verdade, a teoria relacional traduz basilarmente que os contratos não podem mais ser percebidos sob a ótica de instrumento estático desassociado da ideia de que se funda em relações mais profundas que possibilita a regulação e a renegociação durante sua vigência continuada com um agir comunicativo entre as partes envolvidas na relação. Deflui dessa nova modalidade contratual a ideia da compreensão da necessidade de manutenção do vínculo contratual, para que se mantenham, em situação de equilíbrio, os interesses das partes.

Nesse sentido, os contratos de previdência privada complementar enquadram-se perfeitamente nas bases da teoria relacional, reunindo os elementos constitutivos de sua caracterização, a partir de uma dinâmica adaptável e prolongada no tempo, fundada no elemento confiança, passível de constantes adequações. Os contratos de previdência privada, enquanto contratos relacionais, integram a nova teoria contratual, devendo ser compreendidos por seus princípios estruturantes que lhe são tão peculiares.

Impende que efetivamente se reconheça a existência de uma moralidade interna às interações contratuais, a sua importância enquanto apoio de padrões contratuais reputados devidos pelas partes contratantes e a relevância dessa moralidade para o fortalecimento da interação contratual.

Assim, o presente trabalho revelou a relevância dos mecanismos trazidos pela teoria relacional, por se traduzirem em uma espécie contratual de longa duração que permite a flexibilização das cláusulas originalmente pactuadas, no decorrer desta relação, na medida em que as circunstâncias que a ensejaram apareçam.

Por fim, mostra-se perfeitamente perceptível que os contratos relacionais vêm apresentando-se no cenário das relações contratuais como uma opção para as questões sociais mais complexas e de longo prazo, haja vista que os contratos em si são cada vez mais incompletos e complexos à medida que detêm duração prolongada e inegavelmente relacional.

REFERÊNCIAS

AMBROZZINI, Luciana Cardoso Siqueira. **Contratos formais e relacionais**: um análise da composição da estrutura de governança nas relações interorganizacionais a partir da análise de conteúdo e função dos contratos. 2015, 308 f. Tese (Doutorado em Ciências) – Faculdade de Economia Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, SP. Disponível em: <<http://bdtd.ibict.br/vufind/Search/Results?lookfor=contratos+relacionais&type=AllFields>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

ARENHART, Fernando Santos. Função Social dos Contratos: A nova teoria contratual e o dialogo das Fontes. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 89, 2013. p. 205-228, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015858b810aeb5c97f5b&docguid=I5220dfb02b2411e39b0e010000000000&hitguid=I5220dfb02b2411e39b0e010000000000&spos=8&epos=8&td=15&context=8&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 set. 2017.

CALIXTO, Vinicius Machado. A teoria do contrato relacional de Ian Macneil e a necessidade de se rediscutir a sua compreensão e aplicação no contexto jurídico brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 9, 2016, p. 105-123. out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad82d9b0000015ad8fc02b4cd540f2c&docguid=I29c9b650a3a711e69ab7010000000000&hitguid=I29c9b650a3a711e69ab7010000000000&spos=1&epos=1&td=583&context=28&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 mai. 17.

CHAN, Betty Lilian; SILVA, Fabiana Lopes da; MARTINS, Gilberto de Andrade. **Fundamentos da Previdência Complementar**: da atuaria a contabilidade. 2.ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2010.

DANTAS, Tiago San. Evolução Contemporânea do Direito Contratual. Dirigismo-Imprecisão. **Revista dos Tribunais**, v. 905, p. 843-860, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=iOad8181500000156eb2da997b7c0064e&-docguid=I0e526cd0774011e0a8bf0000853f87ee&hitguid=I0e526cd0774011e0a8bf0000853f87ee&spos=17&epos=17&td=42&context=21&crumb-action=-append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 set. 2016.

FACCHINI NETO, Eugenio. A função social do direito privado. In: TIMM, Luciano Bennetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2009.

FERRARO, Suzani Andrade. **O Equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social**: RGPS – Regime Geral de previdência social, RPPS – Regime próprio de previdência social, RPP – Regime de previdência privada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Os princípios da boa fé e da função social do contrato e a teoria contratual contemporânea. **Revista de Direito Privado**, v. 26, 2006, p. 77-104, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad818160000015858b810aeb5c97f5b&docguid=I9afc39202d4111e0baf30000855dd350&hitguid=I9afc39202d4111e0baf30000855dd350&spos=12&epos=12&td=15&context=8&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 nov. 16.

GOMES, Rogerio Zuel. A Nova Teoria Contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 58, 2006, p. 180-222, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015830453fe32dd366b9&docguid=leea205c0f25211dfab6f010000000000&hitguid=leea205c0f25211dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=560&context=103&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2012.

LUDWIG, Marcos de Campos. CONTRATO DE PREVIDENCIA PRIVADA: análise dogmática e proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 41, 2002, p. 166-184, jan./mar. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015aca0199dd8160d7b3&docguid=l37ee2f30f25611dfab6f010000000000&hitguid=l37ee2f30f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=193&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato Previdenciário como contrato relacional. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 22, 1997, p. 105-116, abr./jun. 1997. Doutrinas essenciais de direito do consumidor. v. 4, p. 1071-1086, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015551661d867b35677f&docguid=l2a0b7f30f25611dfab6f010000000000&hitguid=l2a0b7f30f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=689&context=23&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 25, 1998, p. 221-229, abr./jun. 1998. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, v. 3, p. 651-662, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015ad8fc02b4cd540f2c&docguid=ld2a9ea702d4111e0baf30000855dd350&hitguid=ld2a9ea702d4111e0baf30000855dd350&spos=31&epos=31&td=583&context=62&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian R. **O novo Contrato social**: uma análise das relações contratuais modernas. Tradução Alvarado Lampelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MAMEDE, Gladston, **Teoria Geral dos Contratos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; MADALENA, Juliano. Princípios dos contratos sociais de longa duração - contratos para a existência: contratos de trabalho, de locação e de crédito ao consumidor (*European social contract* - EUSOCO). **Revista de Direito do Consumidor**, v. 98, p. 263-267, mar./abr. 2015. Disponível em: <<http://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015c8d711518ff09c484&docguid=lee2acab0f55311e48fa1010000000000&hitguid=lee2acab0f55311e48fa1010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 32. ed. São Paulo: Atlas. 2012.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. A Responsabilidade Contratual sob os Princípios da Nova Teoria do Contrato. **Revista dos Tribunais**, v. 896, 2010, p. 35-60, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadoSTribunais.com.br/maf/app/widgetshome-page/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000156eb2da997b-7c0064e&docguid=l764781e0919411e0850300008558bb68&hitguid=l764781e0919411e0850300008558bb68&spos=26&epos=26&td=42&context=41&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 02 set. 2016.

MIRAGEM, Bruno. Os contratos de previdência privada e o código de defesa do consumidor na visão do Superior Tribunal de Justiça. Comentários sobre as Súmulas 289, 291, 321 e 427 do STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 78, 2011 p. 315-336, abr. abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015ac9f-96450937f63ce&docguid=l8e06c2f0919411e0850300008558bb68&hitguid=l8e06c2f0919411e0850300008558bb68&spos=3&epos=3&td=3&context=136&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

MORREAU, Pierre. **Responsabilidade Jurídica na Previdência Complementar:** responsabilidade na gestão dos recursos garantidores. São Paulo: QuarterLatin, 2011.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato.** Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito Jurídico de Consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas do Direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro, RJ: Renovar. 2000.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. O Contrato como processo e a Boa-fé Objetiva. Por uma filtragem constitucional da teoria contratual. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 77. 2011, p. 271-291, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015858b810aeb5c97f5b&-docguid=I94fe8cd0209d11e1a375000085592b66&hitguid=I94fe8cd0209d11e1a375000085592b66&spos=6&epos=6&td=15&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 set. 2017.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina, 2009.

STUARD, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista de Direito Empresarial**, 2013, p. 45-60, nov./dez. 2013. Disponível em: <[12561.http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015848c6723c23ce58f6&docguid=Id0ce5940744011e39d7c01000000000&hitguid=Id0ce5940744011e39d7c010000000000&spos=4&epos=4&td=2678&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://12561.www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015848c6723c23ce58f6&docguid=Id0ce5940744011e39d7c01000000000&hitguid=Id0ce5940744011e39d7c010000000000&spos=4&epos=4&td=2678&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 09 nov. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** Teoria Geral das Obrigações e teoria Geral dos Contratos. 14. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2014.

XAVIER, Jose Tadeu Neves. Reflexões sobre os Contratos Cativos e de Longa Duração. Debates em Direito Público: **Revista de Direito dos Advogados da União**, Brasília, v. 6, n. 6, p. 181-202, out. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63022/reflexoes_sobre_contratos_xavier.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2017.

WALD, Arnoldo. O interesse Social no direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito.** São Paulo, SP: QuartierLatin, 2009.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. **Previdência Privada** – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: QuarterLatin, 2005.

FUMO - RESPONSABILIDADE DA INDÚSTRIA TABAGISTA OU LIVRE-ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR?

Misael dos Santos de Oliveira

Graduado em Direito pela Universidade Feevale.

E-mail: misael.direito@gmail.com.

Juliane Altmann Berwig

Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Professora da Universidade Feevale.

Endereço eletrônico: julianeberwig@feevale.br.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O consumo do cigarro é um hábito antigo. O início da sua prática acontece, na maioria dos casos, já na adolescência. A justificativa dos fumantes é que seu consumo gera sensações de alívio, prazer, autoconfiança, dentre outras, passageiras, mas supostamente positivas. Ocorre que, na medida em que o usuário faz uso do cigarro de forma contínua, o seu organismo acaba habituando-se às substâncias e, conseqüentemente, desenvolve a dependência química. Assim, a abstinência acarreta, nos fumantes, sensações negativas, o que exige manter o vício.

Diante deste cenário, a presente pesquisa tem por finalidade verificar se os danos causados aos usuários são de responsabilidade da indústria tabagista ou se decorre do livre-arbítrio do consumidor em fazer o uso do cigarro, o que configuraria a sua culpa exclusiva. Portanto, a pesquisa se constrói à luz do Código de Defesa do Consumidor.

O nível de pesquisa a ser utilizado é o descritivo. Inicialmente, verificar-se-á o conceito e a compreensão do presente tema à luz do Código de Defesa do Consumidor e o entendimento da doutrina e da jurisprudência pátria. Será verificado o posicionamento da legislação, da doutrina e da jurisprudência, acerca da responsabilidade civil da indústria do tabaco e do livre-arbítrio do consumidor para escolher utilizar-se ou não do cigarro. Para tanto, utilizar-se-á como método de abordagem o dedutivo.

Ademais, será utilizada pesquisa bibliográfica, objetivando uma compreensão geral do tema em análise e de pontos específicos presentes na relação consumista entre a empresa de cigarros e o fumante. Para tanto, o conhecimento técnico de especialistas, bem como o posicionamento de magistrados frente ao tema foram fundamentais na condução da pesquisa.

Nesta oportunidade, também serão averiguadas as teses utilizadas pela indústria do fumo para se isentar do dever de indenizar o consumidor, dentre elas, a do livre-arbítrio. Por fim, serão apresentadas algumas decisões judiciais que envolvem ações indenizatórias de fumantes em desfavor da indústria do tabaco, objetivando verificar os argumentos e fundamentos invocados frente ao tema em questão, junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, no primeiro momento, será abordada a questão do fato do produto à luz do Código de Defesa do Consumidor, analisando-se os limites e deveres de segurança em relação ao produto, especialmente o tabaco. Na sequência, será abordada a possibilidade de responsabilização da indústria do tabaco aos danos causados à saúde dos fumantes e, neste sentido, será verificado o dever de informação e a publicidade do cigarro, o vício causado por ele e o livre-arbítrio do fumante. E, ao final,

será realizada uma análise de decisões judiciais envolvendo ações indenizatórias de fumantes em face da indústria tabagista.

2 DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Esta parte inicial objetiva tratar sobre a responsabilidade pelo fato do produto prevista no Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como retratar um breve histórico sobre o uso do tabagismo. Para tanto, será necessária uma análise no que diz respeito ao dever de segurança e à qualidade dos produtos, inserido pelo fabricante no mercado de consumo, bem como dos tipos de defeitos que podem ser constatados no produto ou serviço. Esta análise é fundamental para verificar a responsabilidade civil das indústrias tabagistas, se o produto fabricado por elas é isento de defeito e se possui a segurança legitimamente esperada pelos consumidores do cigarro.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO TABAGISMO

Em meados de 1000 a.C., o tabaco foi descoberto pelo povo indígena da América Central e era utilizado, principalmente, para o tratamento de algumas doenças existentes na época. Em alguns casos, constatou-se que o tabaco foi eficaz no combate de enfermidades e seu uso se expandiu pela Europa, sendo considerado um remédio milagroso. Contudo, nesta época, os médicos já advertiam quanto ao teor de nicotina existente na planta, bastando apenas algumas tragadas para provocar o desmaio no paciente. Além disso, a perspectiva de perda de jovens em razão do uso nocivo do tabaco causava certo temor na esfera governamental, devido a eventual vacância nas funções essenciais à sociedade (DELFINO, 2008, p. 4).

O uso da planta foi condenado pela Igreja e muitos fumantes foram perseguidos na Rússia e na Turquia, inclusive, prevendo pena de morte para aqueles que mantivessem a prática do fumo. No entanto, o tabagismo continuou a se expandir de forma significativa na Europa, sendo introduzido pelo embaixador da França Jean Nicot, que teve seu nome dado à nicotina. Os governos não conseguiram impedir este avanço, contudo, na tentativa de diminuir o uso e futuros impactos, passaram a tributar de forma rigorosa (PEDREIRA, 2002, p. 45).

Os malefícios em razão do tabaco demoraram a surgir, e se passou a acreditar que o uso contínuo da planta, embora pudesse desencadear a dependência ou o vício, não era prejudicial para todas as pessoas, mas apenas uma minoria poderia ser afetada. Com o desenvolvimento, o tabaco fortaleceu as indústrias fumígenas e beneficiou os trabalhadores que estavam ligados à industrialização e ao consumo da

planta. Além disso, o governo obteve um grandioso retorno financeiro em razão da forte tributação aplicada ao tabaco (DELFINO, 2008, p. 4).

Diante deste avanço, as folhas do tabaco passaram a ser comercializadas para a finalidade do fumo, sendo para cachimbo, rapé, tabaco para mascar e charuto. Em meados do século XX, deu-se início à industrialização na forma de cigarro, e o seu consumo teve um crescimento de grande proporção por todo o mundo. Passou-se a utilizar técnicas avançadas de *marketing* que contribuíram muito para este avanço significativo (DELFINO, 2008, p. 5).

Vale ressaltar que, ainda na metade do século XX, o uso do cigarro, pelos homens, era considerado a manifestação da masculinidade e, pelas mulheres, a exibição da sensualidade. Contudo, este cenário hoje não é mais o mesmo, uma vez que as marcas de envelhecimento, a falta de fôlego e outras reações físicas são o que identificam os homens fumantes. Também, a perda da feminilidade, a pele rugosa e áspera, a voz grave e as demais reações físicas causadas pelo cigarro identificam as usuárias. Além disso, ambos podem ter sua capacidade reprodutiva prejudicada, e as mulheres gestantes fumantes podem causar graves danos à saúde do nascituro (PEDREIRA, 2002, p. 46).

Na década de 30, surgiram os primeiros relatórios que apontavam a relação entre o cigarro e as doenças sofridas pelos fumantes. Em meados de 1959, através de estudos mais aprofundados sobre o tema, verificou-se que o câncer de pulmão tinha relação com o cigarro, inclusive, a Associação Médica Norte-Americana publicou artigos advertindo a população sobre esses dados (DELFINO, 2008, p. 6).

Atualmente, o cigarro é considerado um dos responsáveis pela causa de múltiplas doenças e milhares de mortes de forma precoce em todo o mundo. As principais doenças relacionadas ao fumo são: hipertensão arterial, aneurismas arteriais, úlcera do aparelho digestivo, entre outras (BRASIL, INCA).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) atribui ao tabagismo a reponsabilidade por, aproximadamente, 5,4 milhões de óbitos anuais e estima que, até o ano 2030, o número de óbitos chegará a 8 milhões. De acordo com a OMS, o alto índice de pessoas vitimadas por doenças relacionadas ao fumo deve-se à quantidade significativa de substâncias tóxicas presentes no cigarro (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE).

Embora a prática do fumo ainda tenha muitos adeptos, uma recente pesquisa nacional de saúde realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística aponta que o consumo do tabaco vem diminuindo ao longo dos últimos anos. Atualmente, estima-se que 10,8% da população é fumante; e, embora a porcentagem tenha diminuído ao longo dos anos, o cenário ainda é preocupante, tendo em vista que mais de 20 milhões de pessoas ainda continuam sendo expostas diariamente à fumaça

do cigarro e seus nocivos efeitos (BRASIL, IBGE, 2014). Neste sentido, faz-se importante compreender a legislação consumerista que circunda o uso do tabaco, a seguir mencionada.

2.2 DO DEVER DE SEGURANÇA E QUALIDADE DOS PRODUTOS NO MERCADO DE CONSUMO

O esforço dos fornecedores de produtos que objetivam lucro e maior rentabilidade possível nem sempre é o mesmo quando se trata de introduzir e preservar produtos de qualidade no mercado de consumo. Nestes casos, é preciso intervenção do Estado para exigir condições mínimas de conformidade entre os produtos fabricados e as exigências sociais, bem como para aplicar sanções em caso de descumprimento das devidas condições impostas.

O Art. 12, *caput* do CDC (BRASIL, 1990), dispõe sobre a responsabilidade pelo fato do produto. Nele está positivado que:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

O fornecedor tem o dever de informar ao consumidor sobre os riscos do produto, se ele é nocivo, perigoso à saúde ou à segurança; e essa informação deverá ser feita de forma clara e adequada. A violação destes deveres fará com que o fornecedor seja responsabilizado pelos danos que vier a causar (ROCHA, 2000, p. 63). Nestes termos, expõe o Art. 8º do CDC (BRASIL, 1990):

Art. 8º: Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

O produto precisa atender às exigências de segurança que dele legitimamente se espera. Em uma visão geral, esta análise acaba sendo de difícil realização, pois se acredita que qualidade seja sinônimo de segurança. Esta segurança que se pode legitimamente esperar do produto não é exigida pelo CDC como absoluta. No entanto, é preciso atender às expectativas do público a que se destina, no que diz respeito à segurança (MARTINS, 2002, p. 140).

Neste sentido, James Marins (2002, p. 117) afirma que:

A proteção à saúde e segurança dos consumidores representa inequívoca manifestação do próprio direito à vida, internacionalmente reconhecido pelos textos constitucionais modernos. A inclusão da proteção da saúde e segurança dos consumidores neste texto levaria ao dever do estado em estabelecer adequada regulamentação da responsabilidade civil dos fabricantes pelos danos causados por seus produtos aos consumidores.

Os riscos à saúde ou à segurança dos consumidores também estão relacionados ao conteúdo patrimonial, alcançando o patrimônio dos consumidores, sendo além da integridade física ou psíquica dos consumidores. Sílvia Luiz Ferreira da Rocha (2000, p. 65) contribuindo com a afirmação menciona que:

A proteção não é restrita apenas à integridade pessoal do consumidor. Abrange também a proteção patrimonial, que poderá ser direta, quando não houver violação a incolumidade físico-psíquica do consumidor, mas violação dos bens de sua propriedade, ou reflexamente, quando em decorrência da violação da incolumidade físico-psíquica ocorrer danos patrimoniais. Entretanto, cumpre fazer uma distinção. As lesões patrimoniais originárias do não funcionamento do bem ou de sua inadequação com a finalidade legitimamente esperada estão protegidas pela seção que cuida da responsabilidade por vícios de qualidade por inadequação.

Para tanto, o CDC veda expressamente a introdução de produtos ou de serviços no mercado de consumo que possam implicar em danos à saúde e à segurança do consumidor. Este posicionamento decorre da aplicabilidade do princípio da adequação, o qual assegura que todos os produtos e serviços precisam atender ao binômio segurança/qualidade (MARTINS, 2000, p. 118).

Esta segurança, que legitimamente se espera do produto, deve ser compreendida como a expectativa objetiva de determinado grupo de consumidores a que se destina, sendo eles crianças, adolescentes ou adultos. Não se deve referenciar apenas a expectativa subjetiva do consumidor vitimado pelo dano (SILVA, 1999, p. 635).

No que diz respeito ao cigarro, objeto da presente pesquisa, fica evidenciada a dificuldade de negar que a atividade exercida pelas indústrias fumígenas seja lícita. No entanto, este produto apresenta-se como imperfeito, sob o ponto de vista jurídico, pois contém vícios, especialmente, os chamados vícios de concepção e de informação, logo, estando sujeito a causar acidentes de consumo por se tratar de produto com defeito, gerando danos de todas as espécies aos que fazem uso dele. É exatamente neste ponto que se fundamenta a responsabilidade das indústrias tabagistas a seguir analisadas (DELFINO, 2008, p. 344).

2.3 A CONCEPÇÃO DE DEFEITO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O presente tema é dividido pela doutrina em defeito de concepção, defeito de produção e defeito de informação (SANSEVERINO, 2002, p. 113) e o seu conceito, definição e características serão abordados no presente capítulo. O CDC, em seu Artigo 12, § 1º (BRASIL, 1990), apresenta a definição de produto defeituoso:

Art. 12

[...]

§1º: O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I- sua apresentação;

II- o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III- a época em que foi colocado em circulação.

Existe, portanto, uma conexão entre o conceito de defeito e o dever de segurança por parte dos fornecedores que, por sua vez, devem lançar produtos no mercado que não causem riscos à integridade física e patrimonial dos consumidores. Os produtos que não apresentam a segurança legitimamente esperada, no que diz respeito a sua apresentação, riscos, bem como à época em que foi lançado no mercado, são considerados produtos defeituosos (NORRIS, 1996, p. 45). Assim, o CDC classifica-os em: I) defeitos de fabricação; II) defeitos de concepção; e III) defeitos de comercialização (BENJAMIN, 2012, p. 159).

O defeito de fabricação pode ser identificado nos produtos ou serviços que não apresentaram a segurança adequada quando foram inseridos no mercado de consumo (TARTUCE, 2014, p.162). Neste caso, apresenta algumas características, como a inevitabilidade, a previsibilidade e a manifestação limitada. A primeira característica apresentada diz respeito à impossibilidade de eliminar totalmente os defeitos, enquanto que a previsibilidade estatística é a frequência de sua ocorrência. Já a manifestação limitada não atinge todos os consumidores de forma universal, e sim individualmente (CAVALIERI, 2011, p. 290).

No que diz respeito ao defeito de concepção, o vício está relacionado ao projeto, à formulação ou *design* do produto. Ele pode ser evidenciado na escolha errônea do material ou do componente orgânico ou inorgânico nocivo à saúde e tem por consequência uma reação em cadeia que alcança todos os demais produtos da mesma série (GRINOVER, 2011, p. 200).

Por fim, os defeitos de comercialização, também conhecidos como defeitos de informação, são a modalidade em que os produtos são apresentados aos consumidores com informações insuficientes ou inadequadas, no que diz respeito ao seu funcionamento ou à sua utilização. Estas informações supracitadas são divulgadas no próprio produto, na embalagem ou, até mesmo, através dos meios de comunicação (GRINOVER, 2011, p. 200).

Por conseguinte, após a análise das modalidades de defeitos do produto e do serviço, bem como da distinção entre defeito e vício, pode-se observar que os danos causados pelo cigarro são em decorrência do defeito. O dano causado aos fumantes não tem nenhuma relação quanto ao mau funcionamento ou não funcionamento do cigarro e sim em razão das complicações que podem desencadear no organismo do fumante, colaborando para o surgimento de inúmeras doenças e danos irreparáveis. Neste viés, é importante realizar uma análise a respeito da responsabilidade civil em relação ao uso do produto e seus efeitos.

2.4 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E O NEXO DE CAUSALIDADE

Desde o princípio do Direito Romano, a responsabilidade Civil é classificada quanto à origem contratual, ou negocial, e extracontratual, pela qual o devedor vincula-se ao credor nos contratos firmados verbalmente. Esta divisão acabou tendo grande influência na elaboração de leis que tratam do presente tema e dos interesses decorrentes do descumprimento de determinada obrigação (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 128).

A sociedade consumerista, com os seus produtos e serviços cada vez mais tecnológicos, não aceita um regime de responsabilização baseado na culpa, pois o dano ou o prejuízo não são difíceis de comprovar. O consumidor lesado pode utilizar todos os meios de provas cabíveis na busca de reparação, contudo, se sempre tiver que comprovar a culpa do fabricante, possivelmente não obterá sucesso na sua pretensão de ressarcimento (BENJAMIN, 2012, p. 156).

Com o surgimento do CDC, apresentou-se uma nova área da responsabilidade nas relações de consumo. Sendo ela objetiva, é fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos lançados por ele no mercado de consumo (CAVALIERI, 2011, p. 40).

Quando se ingressa na análise da responsabilidade civil nas relações de consumo, é preciso verificar primeiramente em qual modalidade ela está inserida no direito brasileiro. A responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco, implica a responsabilização independentemente da existência de culpa. Na responsabilidade

subjetiva, é necessária a comprovação de culpa do agente em determinado evento danoso (MIGUEL, 2000, p. 47).

O fato gerador da responsabilidade civil das empresas tabagistas é fundado na ideia de defeito ou acidente de consumo, em decorrência de imperfeição jurídica contida no produto que não oferece a segurança que dele, legitimamente, se espera. Portanto, o cigarro caracteriza-se como um produto potencialmente nocivo à saúde de seus consumidores. Contudo, sua fabricação e comercialização são admitidas constitucionalmente, desde que seus fornecedores informem de maneira adequada, sobre sua nocividade e periculosidade (DELFINO, 2008, p. 197).

Necessário se faz salientar que antes da vigência do CDC não havia, no Brasil, legislação efetiva que protegesse os consumidores dos riscos nas relações de consumo. O consumidor precisava provar a culpa ou o dolo por parte do fornecedor, sendo-lhe impossível na maioria das vezes. Diante disto, Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 497) afirma que o CDC adotou a teoria do risco do empreendimento, que bem define conforme segue:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. [...] a responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos [...]. O fornecedor passa a ser o garantidor dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo[...].

Neste sentido, os artigos 12 e 14 do CDC indicam que, nas relações de consumo, a responsabilidade é objetiva, não sendo necessário o consumidor comprovar a culpa do agente. Esta modalidade também tem como base a teoria do risco e a obrigação de ressarcimento é consequência do nexos causal entre o agir do agente e o dano ocasionado por ele (MIGUEL, 2000, p. 47).

Verifica-se, à luz do Código Civil vigente, que o fornecedor de produtos ou serviços responde pelos danos causados, independentemente da extensão da culpa. Portanto, diante de um evento danoso em decorrência de um ato ilícito, a reparação de danos morais e patrimoniais faz-se necessária mesmo que o agente não tenha agido com dolo ou culpa (GRINOVER, 2011, p. 211). Assim, no artigo 14, o CDC (BRASIL, 1990) dispõe que:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O CDC reconhece a desproporcionalidade existente na relação consumerista entre o fornecedor e o consumidor e que este último é vulnerável e hipossuficiente. Em razão disto, cabe ao fornecedor provar a inexistência de ilicitude na sua atividade ou defeito em seu produto, uma vez que possui maior poder econômico.

Em relação a este tema, observa-se que o consumidor precisa comprovar o nexo de causalidade para buscar a reparação. Apenas a comprovação de que houve um evento ou um fato que implicou danos à sua saúde ou à sua segurança não é o suficiente. É preciso demonstrar que a ocorrência se deu em razão de um defeito do produto (ROCHA, 2000, p. 92).

Por fim, verifica-se que o CDC adota como sistema geral a responsabilidade objetiva, sendo necessária apenas a comprovação do nexo causal entre o ato praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima. Diante disto, observa-se que o presente tema abordado é de suma importância para o exame da responsabilidade civil da indústria tabagista em face dos consumidores do cigarro, e fundamental para entender a relação consumerista existente entre ambos.

3 A RESPONSABILIDADE DA INDÚSTRIA TABAGISTA PELOS DANOS CAUSADOS PELO CIGARRO

Nesta explanação, será verificada a possibilidade de responsabilização da indústria do tabaco frente aos danos à saúde comprovadamente causados pelo uso do fumo, bem como outros fatores que são fundamentais no exame sobre a ausência ou inexistência de responsabilidade da indústria do fumo. Para tanto, se verificará o dever de informação e a publicidade do cigarro, o vício causado por ele e o livre-arbítrio do fumante. Além disso, será realizada uma análise de decisões judiciais envolvendo ações indenizatórias de fumantes em face da indústria tabagista.

3.1 O DEVER DE INFORMAÇÃO E A PUBLICIDADE DO CIGARRO

Quando o fumo foi lançado no mercado de consumo, não havia nenhuma orientação quanto aos malefícios que poderiam ser desencadeados por ele e nem mesmo informações quanto ao seu uso. Em razão da ausência de informação e controle, surgiram riscos inesperados à saúde, tais como: doenças respiratórias, cardíacas e cancerígenas, que resultaram, na maioria das vezes, em danos irreparáveis ao consumidor (PEDREIRA, 2002, p. 58).

Por esta via, o dever de informar os consumidores sobre estes riscos é considerado essencial, um dever básico do fabricante para que a relação contratual seja firmada em transparência e harmonia. Trata-se, portanto, de deveres acessórios,

deveres secundários ou anexos, que são derivados do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais (MALTEZ, 2011, p. 284). Veja-se o que o CDC menciona a respeito (BRASIL, 1990):

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Vale ressaltar ainda que as informações acerca dos produtos devem ser claras e objetivas no que diz respeito à composição, à quantidade, à qualidade, ao preço e aos riscos inerentes ao uso. Trata-se de uma prerrogativa básica do consumidor e tem como base o princípio da transparência, que exige a exatidão das informações; sejam elas sobre os riscos do produto, sejam sobre as características dele (DELFINO, 2008, p. 114).

Diante disto, verifica-se que as informações repassadas pela indústria do tabaco não são suficientes e ostensivas no sentido de alertar os usuários sobre os riscos decorrentes do fumo. Atualmente, os maços de cigarros possuem informações acerca de algumas substâncias contidas neles, tais como: monóxido de carbono, alcatrão e nível de nicotina (DELFINO, 2008, p. 115).

As marcas de cigarros sempre mantiveram um estudo sofisticado de mercado, visando vencer a concorrência e obter sucesso nas vendas do produto. Alguns *slogans* foram utilizados em publicidades como: *um sucesso, a decisão inteligente, um raro prazer, mais pelo seu dinheiro, para quem sabe o que quer, para quem tem bom gosto*. Percebe-se que parecem *slogans* de um bom carro, de um plano de saúde, de um requisitado restaurante ou de algum outro negócio rentável, entretanto, trata-se apenas de artimanhas publicitárias para chamar a atenção do consumidor, associando a prática de fumar ao sucesso, *status* e prazer (DELFINO, 2008, p. 127).

Sobre a publicidade, Rafael Tocantins Maltez (2011, p. 326) preleciona que ela:

[...] deve ser correta, honesta, precisa, bem como conter informação adequada ao consumidor. Visa a assegurar a escolha livre e consciente [...] não pode haver convencimento e conquista do consumidor por meio da mentira [...].

Com o advento da Lei n° 10.167/2000 (BRASIL, 2000), a publicidade comercial do cigarro passou a ter restrições. A divulgação através de pôsteres, cartazes, painéis era permitida, porém, desde que divulgados no espaço interno dos locais de vendas. Ficou, portanto, vedada a publicidade comercial do tabaco em qualquer outro meio como revistas, jornais, televisão, rádio, internet, entre outros (NISHIYAMA, 2010, p. 214).

Entretanto, com a entrada em vigor da lei Antifumo n° 12.546/2011 (BRASIL, 2011), a divulgação do cigarro ficou vedada, sendo permitida a exposição do produto apenas no estabelecimento. Além disso, a referida lei impôs a obrigatoriedade de incluir algumas advertências na embalagem dos maços de cigarros. Na imagem abaixo, verifica-se que o propósito da indústria tabagista era unicamente comercial, sem a devida preocupação em alertar sobre os riscos do cigarro.

Figura 1 – Propagandas históricas: Cigarrinhos de chocolate Pan



Fonte: Cigarrinhos de Chocolate Pan¹

A prática do fumo ganhava cada vez mais adeptos e a empresa de chocolates e doces “Pan”, fundada em 1935, utilizou-se de uma apologia ao cigarro como publicidade, objetivando maior visibilidade no mercado e retorno financeiro. É visível que esta proposta tratava a prática do fumo como normal ou regular, uma vez que a empresa mencionada não se absteve de utilizar a imagem de uma criança na embalagem. Diante disto, conclui-se que a prática do fumo era influenciadora e a sua publicidade atingia todos os níveis de idade e de posição na sociedade.

Com a entrada em vigor da referida Lei Antifumo e suas alterações posteriores, fez-se necessária a inclusão de informações de forma clara sobre a periculosidade do cigarro. Abaixo, segue imagem com conteúdo exigido pelo Ministério da Saúde:

¹ Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=propagandas+hist%C3%B3ricas&source=lnms&tbm=isch&sa=X&sqi=2&ved=0ahUKEwjLuPSYzbTUAhWJGJAKHUjrBSIQ_AUIBygC&biw=842&bih=372#tbm=isch&q=cigarrinhos+de+chocolates+Pan>. Acesso em: 04 mai. 2017.

Figura 4 - Advertências do cigarro: impotência sexual



Fonte: Cigarro: impotência sexual²

Foram introduzidos alguns temas com mensagens claras sobre os possíveis danos do cigarro, por exemplo: a dependência de nicotina e a impotência sexual. Verifica-se, portanto, que a imagem acima adverte de forma clara que a prática do fumo diminui, dificulta ou impede a ereção.

Os estabelecimentos comerciais devem, portanto, zelar pelo cumprimento da Lei Antifumo, sendo de sua competência manter o local livre do tabaco, podendo, inclusive, contar com o apoio policial para tal condição. Além disso, somente é permitido o fumo em locais que a área seja aberta, sem janelas ou paredes que impeçam a fumaça de se expandir no estabelecimento. Na imagem abaixo, as principais alterações:

² Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=cigarro+causa+impotencia+sexual&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwj7tZXZ4LTUAhWFfpAKHUyFAFIQ_AUIBigB&biw=842&bih=372#tbm=isch&q=cigarro:+impotencia+sexual>. Acesso em: 04 mai. 2017.

Figura 8 – Lei Antifumo: comparativo



Fonte: Principais alterações da lei Antifumo³

Trata-se, portanto, de um grande avanço no combate ao fumo, pois a fumaça prejudica a saúde não só apenas do fumante, mas também dos fumantes passivos, em razão de sua periculosidade gravíssima. O direito à informação é legítimo, bem como a liberdade de informação, e os meios de comunicação cumprem um papel de suma importância na sociedade, objetivando garantir o direito à informação para todos. Desta forma, deve alertar e orientar o consumidor sobre como se precaver das práticas abusivas que eventualmente possam existir no mercado de consumo.

³ Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=cigarro+causa+impotencia+sexual&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwj7tZXZ4LTUAhWFfpAKHUyFAFIQ_AUIBigB&biw=842&bih=372#tbm=isch&q=principais+altera%C3%A7%C3%B5es+da+lei+antifumo>. Acesso em 18 abr. 2017.

3.2 O VÍCIO CAUSADO PELO CIGARRO E O LIVRE-ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR

Já foi comprovado cientificamente que o ato de fumar pode causar diversas complicações à saúde do consumidor, inclusive, o Ministério da Saúde adverte quanto ao uso deste produto, conforme já explanado anteriormente. No entanto, percebe-se que muitas pessoas continuam com a prática do fumo e ignoram as advertências mencionadas nas embalagens dos maços de cigarro ou nos cartazes disponibilizados no interior dos estabelecimentos com o intuito de informar sobre a periculosidade do cigarro.

O grande questionamento que ainda se faz é o motivo pelo qual as pessoas continuam fumando. Como já relatado na presente pesquisa, na década de 60, fumar era símbolo de qualidade de vida, de autoestima, de sucesso, entre outros. Contudo, a partir da década de 70, as pessoas fumantes passaram a ter consciência da dependência do cigarro e dos seus malefícios à saúde (PEDREIRA, 2002, p.47).

A indústria tabagista tem se utilizado da tese de que o fumante tem o livre-arbítrio para optar por iniciar a prática do fumo, bem como para romper com ela a qualquer momento, sendo esta decisão exclusivamente do consumidor. Neste sentido, Andreis e Issa (2014, p. 51) prelecionam que:

[...] o termo livre-arbítrio tem sido utilizado para representar a possibilidade de livre escolha do ser humano. Supõe que o indivíduo seja dotado de plena capacidade de apreciação das opções de escolha e tenha preservada a liberdade de agir de acordo com a sua vontade. Nada mais distante da realidade quando refletimos sobre a iniciação e manutenção do tabagismo.

Percebe-se, nesta perspectiva, que existem outros fatores que podem influenciar nesta decisão, tais como: situação social, aspectos da personalidade e dependência causada por substâncias tóxicas, entre elas, a nicotina (DELFINO, 2008, p.9). Esta substância, chamada de nicotina, possui um potencial muito grande para viciar, inclusive, muito maior que a capacidade do álcool, por exemplo. Se a fumaça do cigarro for inalada frequentemente, por algumas semanas ou meses, já é o suficiente para viciar o usuário e, se ele interromper o uso, vai imediatamente sentir a falta, pois a fumaça é rica em nicotina. Verifica-se, portanto, que as pessoas não fumam “socialmente” ou por prazer, e sim em razão da dependência ou vício causado por esta substância. Percebe-se ainda que, geralmente, as pessoas que não são adeptas ao uso não suportam o cheiro do cigarro, deixando evidente que a prática do fumo não se trata de hábito e sim de um vício (GIKOVATE, 2008, p. 34).

Neste sentido, Andreis e Issa (2014, p. 47) afirmam que:

A privação de nicotina, mesmo que por poucas horas provoca sintomas de abstinência. Os receptores dessensibilizados voltam a ficar responsivos e disto decorrem os sintomas de ansiedade e estresse que em geral levam o indivíduo ao desejo intenso de fumar [...] o livre-arbítrio não pode ser aplicado quando a condição de dependência está presente [...].

O uso contínuo da nicotina faz com que o organismo do fumante se acostume rapidamente com ela, e a sua dependência pode restar configurada de 01 (um) a 03 (três) meses. Estando nesta condição de dependência, a ausência desta substância gera um desconforto no indivíduo, e pode contribuir com o surgimento de alguns sintomas, tais como: ansiedade, irritação, vômito, sono, depressão, entre outros. Para que a sensação agradável e prazerosa mantenha-se e bloqueie os sintomas citados, o fumante necessita fumar outro cigarro. Contudo, os efeitos são transitórios, podendo perdurar, em média, entre 20 (vinte) e 30 (trinta) minutos, e o fumante acaba fazendo cada vez mais o uso da nicotina, em razão do vício (DELFINO, 2008, p. 11).

O hábito está inteiramente ligado àquelas ações ou atividades que podem ser interrompidas a qualquer tempo, sem que o indivíduo apresente qualquer reação física ou psicológica decorrentes da decisão de parar com tal hábito. Em contrapartida, no que tange ao vício, ao interromper determinada prática, ação ou atividade, o indivíduo sentirá a ausência e certamente terá que retomar com tais práticas viciosas (HOMSI, 2011, p. 155).

Acredita-se que os fumantes viciados podem estar vivenciando um dilema entre a continuidade ou a interrupção com o fumo, tendo em vista a mudança de cenário, que já não é o mesmo de alguns anos atrás. Antes, o fumante mantinha a superioridade aos demais que não faziam o uso do cigarro, se sentiam mais elegantes, com poder, sensuais, com a autoestima elevada. Contudo, a realidade de hoje é outra, levando em consideração as descobertas ligando o cigarro a várias doenças que vitimaram inúmeras pessoas. Verifica-se, portanto, que a inferioridade pode ser o mais novo sentimento vivenciado por eles, uma vez que todos sabem dos riscos e das consequências do fumo.

Tratando-se de livre-arbítrio do fumante, frente às advertências contidas nos maços de cigarro, Fernanda Nunes Barbosa (2012, p. 78) dispõe que:

As advertências presentes nas carteiras de cigarro e levadas a efeito pelo Ministério da Saúde (e não pelo fornecedor), não podem ser consideradas como informação suficiente, bastando informalmente perguntar-se a uma fumante (habitual ou potencial) se ela sabe exatamente quais os riscos do fumo [...] mes-

mo porque o conhecimento pleno da engenharia do produto, que possibilitaria análise mais aprofundada de seus efeitos na saúde, apenas a indústria possui.

O argumento do livre-arbítrio tem sido refutado em algumas decisões judiciais, embora sejam elas minoria. Por outro lado, a tese de que o usuário tem a plena capacidade de decidir parar de fumar é a que tem prevalecido. Neste sentido, far-se-á a análise de alguns julgados.

3.3 A ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO AÇÕES INDENIZATÓRIAS DE FUMANTES EM FACE DA INDÚSTRIA TABAGISTA

Com a análise de algumas decisões judiciais, objetiva-se averiguar e comparar o entendimento dos magistrados frente ao tema. Verificar-se-á a posição da jurisprudência pátria, especialmente, do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ressalta-se que esta análise será estritamente no âmbito das teses defendidas pela indústria tabagista e aquelas em desfavor a ela.

Inicialmente, cabe averiguar o entendimento da instância máxima do país em matéria de legalidade das leis. Percebe-se que o STJ tem se posicionado no sentido de não reconhecer o nexo de causalidade existente entre a doença e a prática do fumo.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.113.804/RS, o Relator Ministro Luís Felipe Salomão fundamentou o seu voto identificando a “ausência de violação a dever jurídico por parte da indústria do fumo e ausência de nexo causal” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010a).

Não obstante, outro fator fundamental reconhecido pelo STJ, no sentido de afastar a responsabilidade da indústria tabagista, é o livre-arbítrio do fumante. Contudo, no julgamento de um Recurso Especial nº 886.347/RS, o Ministro Relator Honildo Amaral de Mello Castro defendeu a tese de que o livre-arbítrio “não serve para afastar o dever de indenização por parte da indústria do tabaco, pois se trata de um produto capaz de minar a capacidade de autodeterminação” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010b).

Em recente julgado nº 70057340960 do TJRS, o Desembargador Relator Miguel Ângelo da Silva, ao apreciar o presente tema, destacou que “se o tabagismo necessariamente implica malefícios à saúde – o que a ninguém é ou era lícito desconhecer [...] também é certo que traz inúmeras satisfações e prazer ao fumante”. Em contrapartida, no entendimento do Desembargador Eugênio Facchini Neto, no mesmo julgado “[...] se é difícil ao jovem largar o hábito de fumar, tal possibilidade não fica nada

mais fácil à medida que ele envelhece, em razão do mecanismo do vício relacionado aos efeitos da nicotina” (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Por conseguinte, percebe-se que as teses da indústria tabagista são acolhidas pelos Tribunais e têm sido eficazes para afastar o dever de indenizar, em sua maioria. Contudo, verifica-se que as decisões favoráveis a ela são passíveis de revisão, no sentido de reconhecer a relação entre os danos sofridos pelo fumante e o cigarro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa, verificou-se que o hábito de fumar é uma prática muito antiga e que prevalece até os dias de hoje. O povo indígena acreditava que a planta *tabacum* podia ser eficiente na cura de enfermidades ou debilidades físicas, chegando a considerá-la um remédio milagroso.

Ocorre que, na década de 30, surgiram os primeiros casos de doenças relacionadas ao fumo e, logo em seguida, foi confirmada a relação do câncer de pulmão com o cigarro. Ademais, verificou-se, posteriormente, o surgimento de muitas outras doenças que também tinham relação com a prática do fumo, o que motivou inúmeras pessoas fumantes, bem como parentes de vítimas, a ingressarem em juízo pleiteando a reparação pelos danos sofridos em desfavor da empresa de cigarros.

Com isto, na defesa de seus interesses, apurou-se que a indústria tabagista se utiliza da tese do livre-arbítrio para afastar o dever de indenizar os consumidores. Além disso, defende que o cigarro não é um produto defeituoso e sim de risco inerente. Em contrapartida, verificou-se que o defeito neste produto pode ser identificado desde a sua concepção, uma vez que na sua composição existe mais de 4.700 (quatro mil e setecentas) substâncias tóxicas, o que o torna impróprio para o consumo.

Em linhas gerais, percebeu-se que um dos grandes objetivos dos fornecedores de produtos e serviços é o aumento contínuo da lucratividade, visando sempre melhor inserção e visibilidade no mercado de consumo. No entanto, na busca pela rentabilidade, algumas preocupações relacionadas com a satisfação e a segurança do consumidor não são tratadas como prioridades.

No que diz respeito às decisões judiciais sobre a matéria, restou comprovado de que a maioria dos julgados não reconhece a responsabilidade da indústria do tabaco frente aos danos. Ficou evidente a prevalência da tese em que o consumidor, através de sua força de vontade e de seu livre-arbítrio, pode decidir não fazer mais uso do cigarro a qualquer momento.

Contudo, apurou-se que existem argumentos convincentes no sentido de demonstrar que a indústria tabagista deveria ser responsabilizada, uma vez que lança no mercado de consumo um produto nocivo à saúde do consumidor e que tem rela-

ção com inúmeras doenças, podendo, como consequência, levar a óbito.

Por conseguinte, ressalta-se que cabem novas pesquisas e análises sobre o presente tema, uma vez que não se trata de um estudo concludente. Apesar de o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ser no sentido de não reconhecer o dever de indenizar, existem decisões de tribunais, embora minoritárias, que acolhem a pretensão dos fumantes em face da indústria tabagista.

REFERÊNCIAS

ANDREIS, Mônica; ISSA, Jaqueline Scholz. Livre-arbítrio e o consumo de cigarros e outros produtos de tabaco. **Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP**, São Paulo, a. 16, n. 17, jul./dez. 2014, p. 51. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/950_Revista_ESA_publicada.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BARBOSA, Fernanda Nunes. O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão. **Revista de Direito do Consumidor**, Rio de Janeiro, a. 21, v. 82, abr./jun. 2012, p. 78. Disponível em: <http://actbr.org.br/uploads/conteudo/718_Artigo_RDC.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman et al. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saúde. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pns/2013/>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Instituto Nacional do Câncer. Programa Nacional de Combate ao Tabagismo. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/acoes_programas/site/home/nobrasil/programa-nacional-controle-tabagismo/tabagismo>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Tabagismo. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/317-tabagismo/12370-tratamento-do-tabagismo-no-sus-informacoes-aos-gestoresr>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.167, de 27 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10167.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.546, de 14 de dez de 2011. Altera a Lei 9.294, de 15 de julho de 1996 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12546.htm#art49>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.113.804 – RS (2009/0043881-7) Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Data do julgamento: 27 abr. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1.056.540&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 886.347 – RS (2006/0159544-9) Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Data do julgamento: 25 mai. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1.056.540&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 jun. 2017.

CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CIGARRINHOS DE CHOCOLATE PAN. Google imagens. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=propagandas+hist%C3%B3ricas&source=lnms&tbm=isch&sa=X&sqi=2&ved=0ahUKEwjLuPSYzbTUAhWJGJAKHUjrBSIQ_AUIBygC&biw=842&bih=372#tbm=isch&q=cigarrinhos+de+chocolates+Pan>. Acesso em: 04 mai. 2017.

CIGARRO: IMPOTÊNCIA SEXUAL. Google imagens. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=cigarro+causa+impotencia+sexual&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwj7tZXZ4LTUAhWFfpAKHUyFAFIQ_AUIBigB&biw=842&bih=372#tbm=isch&q=cigarro:+impotencia+sexual>. Acesso em: 04 mai. 2017.

- DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade civil e tabagismo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- GIKOVATE, Flávio. **Cigarro: Um adeus possível**. 4. ed. São Paulo: MG Editores, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- HOMSI, Clarissa Menezes. **Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do Consumidor e Publicidade: Análise Jurídica e Extrajurídica da Publicidade Subliminar**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- MARTINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo Fato do produto: os acidentes de consumo no Código de proteção e defesa ao consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIGUEL Tupinambá Castro do Nascimento. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2000.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NORRIS, Roberto. **Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PEDREIRA, Adriana do Couto Lima. **Responsabilidade Civil das empresas fabricantes de fumo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA LEI ANTIFUMO. Google imagens. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=cigarro+causa+impotencia+sexual&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwj7tZXZ4LTUAhWFfpAKHUyFAFIQ_AUIBigB&biw=842&bih=372#tbm=isch&q=principais+altera%C3%A7%C3%B5es+da+lei+anti-fumo>. Acesso em: 18 abr. 2017.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. Apelação Cível nº 70057340960. Relator Desembargador Miguel Ângelo da Silva. Data do julgamento: 16 dez. 2015. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?-tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=juris#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?-tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=juris#main_res_juris)>. Acesso em: 04 jun. 2017.

ROCHA Sílvia Luís Ferreira da. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do produto no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a Defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. 2. ed. São Paulo: Livraria Almedina, 1999.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Método Editora, 2014.



ISBN
978-85-7717-222-1

