

REVISTA DE DIREITO



Revista de Direito

Curso de Direito do IESP

<http://www.iesp.edu.br> • coorddireito@iesp.edu.br

Cabedelo - PB

Vol. 2 – dezembro de 2013.



Revista de Direito
Revista Científica de Direito

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Msc. José Carlos Ferreira da Luz (IESP) • Prof^a Msc. Mariana Tavares (IESP) • Prof. Msc. Jossano Mendes de Amorim (UEPB/IESP) • Prof. Msc. José Gomes de Lima Neto (IESP) • Prof. Msc. Donato Henrique da Silva (IESP) • Prof^a. Msc. Mayra Andrade Marinho (IESP) • Prof. Msc. Ricardo Berilo Bezerra Borba (IESP/FESP) • Prof. Dr. Antônio Marcus Alves de Souza (IESP) • Prof^a Joana D'arc de Sousa Cavalcanti (IESP).

EDITORA

Juliana Figueiredo e Carvalho Costa

ENDEREÇO DA REDAÇÃO

IESP - Instituto de Educação Superior da Paraíba
Campus Universitário
Estrada de Cabedelo - BR 230 - Km 14
Cabedelo - PB - CEP 58.310-000
Fone: (xx83) 2106.3509

IESP

Instituto de Educação Superior da Paraíba

DIRETORA GERAL

Prof^a. Msc. Christianne Melo de Leopoldino

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Prof. Richard Euler

**COORDENADOR DO CURSO
DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Prof. José Carlos Ferreira da Luz

SUMÁRIO

Apresentação	04
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS	
João Paulo Gerônimo Pereira	05
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS	
Sebastião Rodrigues Leite Júnior.....	32
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS: reparações e proporcionalidades	
Tatiana Morena Gadelha Botelho	61
O PRECEDENTE JUDICIAL: A UTILIZAÇÃO DO PRECEDENTE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	
Giordano Mouzalas de Souza e Silva.....	94
A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL E A MODERNIZAÇÃO DAS EMPRESAS	
Bernardo Siqueira Smith	119
NOVOS TEMPOS E NOVOS TERMOS DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA	
Remigio de Medeiros Nóbrega Filho.....	137
Normas e Critérios para Publicação	159

Os autores são os responsáveis pelas ideias
expressas em seus artigos.

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos, novamente, à comunidade acadêmica a revista eletrônica do Curso de Direito do IESP: “Revista de Direito”.

A Revista Eletrônica do Curso de Direito do IESP tem por escopo criar e oportunizar mais um espaço para comunicação e divulgação da produção acadêmica dos nossos professores e alunos na seara jurídica e Ciências afins.

Esse veículo de comunicação reconhece a relevância da pesquisa jurídica, que indissociavelmente ligada ao ensino e a extensão, é identificada como a marca das dúvidas suscitadas pelas reflexões, estudos e interpretações dos profissionais e estudantes do direito em sua trajetória de permanente formação.

Seja bem-vindo e boa leitura!

Cordialmente,

Conselho Editorial

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

João Paulo Gerônimo Pereira*

Prof. Fernando Ferreira Baltar Neto**

RESUMO: O presente trabalho consiste em realizar estudo sobre a responsabilidade civil do Estado, no exercício da atividade legislativa, pois em razão desta atividade vislumbra-se uma possível lesão ao patrimônio dos administrados, de modo que tal lesão é incompatível dentro de uma sociedade regulada por princípios constitucionais, os quais são os sustentáculos do Estado Democrático de Direito. Deste modo, como será oportunamente presente neste trabalho, dificuldades persistem em relação ao tema, tendo-se em vista que, há certo repúdio da norma jurídica como instrumento capaz de gerar a responsabilização do ente estatal, quando no exercício da atividade legislativa. Tal argumento se sustenta na soberania estatal, pois quando o Estado cria leis com amparo neste elemento, as crias para que alcance toda a comunidade, caracterizando-se por ser instrumento de lei geral, abstrata e impessoal. Portanto, este trabalho de conclusão de curso buscará explicar a discussão acerca do tema, ora tratado, em âmbito doutrinário e jurisprudencial. Pelo que se perceberá, há controvérsia em torno da responsabilidade do Estado quando emite instrumentos normativos capazes de gerar prejuízos aos administrados.

Palavras-chave: responsabilidade do Estado, responsabilidade civil, atividade legislativa.

ABSTRACT: The present work consists to accomplish study on the civil liability of the State, in the exercise of the legislative activity, as in reason of this activity there is a chance of possible injury to the patrimony of the administrators, in way that such injury is incompatible inside of a society regulated for principles constitutional, which is the mainstay of the Democratic State of Right. In this way, as it will be opportunely present in this work, difficulties persist in relation to the theme, having themselves in sight that, hath certain repudiation in the rule of law as instrument capable to generate the accountability of the state , when in the exercise of the legislative activity. Such argument if argues in the State sovereignty, therefore when the State creates laws with support in this element, the creates for that purview all the community, characterizing itself to be instrument of general law, abstract and impersonal law. Therefore, this course conclusion work will look for to explain the discussion about the present theme treated, in doctrinal and case-law scope. About what will be perceived, exist controversy around the responsibility of the State when it emits instruments normative that are capable to generate damages to the administered.

Key words: responsibility of the State, Civil liability, legislative activity.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2- Noção geral de responsabilidade; 3. Teorias acerca da responsabilidade do Estado: 3.1 Teoria da irresponsabilidade; 3.2 Teoria da responsabilidade com culpa; 3.3 Teoria da culpa administrativa; 3.4 Teoria da responsabilidade objetiva; 4. A responsabilidade do Estado por atos legislativos; 5. Considerações Finais; Referências.

*Bacharelado em Direito pelo IESP

**Professor Orientador

1 INTRODUÇÃO

Ante a discussão acerca da incidência ou não da responsabilidade civil do Estado quando da emissão de atos legislativos, faz-se necessário estudo do tema analisando aspectos doutrinários, abordando assim, as divergências suscitadas entre os mais renomados doutrinadores e especialistas em direito público. Diante da relevância do assunto envolvendo a responsabilidade do ente público quando no exercício da função legislativa, a matéria já foi apreciada pela mais alta corte judiciária do país,

Mesmo diante da construção concernente ao tema objeto de estudo, a doutrina hodierna permanece dividida. Alguns doutrinadores acompanham o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), ainda não consolidado, no qual se entende que, somente incidirá a responsabilidade civil do Estado quando da emissão de leis inconstitucionais, respondendo o ente público, por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional na função de legislar.

Por outro lado, há entendimento de que, mesmo na hipótese de lei constitucional, a qual se submeteu a todo o processo legislativo na integralidade, não se insurgindo, deste modo, contra o ordenamento jurídico vigente, com efeito presentes os aspectos formais, assim como, material de constitucionalidade da lei, também incidirá a responsabilidade civil do Estado por danos causados aos administrados, ainda que a lei esteja acobertada pela licitude.

Como percebido, o tema ainda é bastante controvertido. Prescindindo de uma análise mais profunda, com o objetivo de associar as correntes divergentes na busca de uma visão conciliadora, que prime pela responsabilidade civil do Estado pela emissão de atos legislativos sempre que a lei vigente causar danos aos particulares, pois, o ente público não deve se revestir da condição de superioridade para prejudicar terceiros, os quais, estão em condição de inferioridade diante do poder público.

Insta frisar, que por muito tempo, predominou o entendimento de que ao Estado não incidiria a responsabilidade quando da emissão de atos legislativos, sendo que o mesmo seria irresponsável no exercício da aludida função. Deste modo, com o objetivo de dá fundamento, a isenção de culpa do ente público, no desempenho da atividade legislativa, adotou-se a teoria da irresponsabilidade. Ocorre que, tal teoria, se encontra completamente superada, dada sua flagrante injustiça. Assim sendo, o Estado como legítimo tutor do ordenamento jurídico não pode violar tais normas ou causar danos em virtude destas sem que sofra as consequências.

Outro argumento, que justificava a irresponsabilidade do Estado por danos decorrentes da atividade legislativa, era o de que, o Estado estava no pleno exercício da

soberania, de modo que, em virtude deste atributo não justificaria qualquer demanda pelos administrados em face do ente público, com o objetivo de ter ressarcidos prejuízos provocados por atos legislativos.

Também, oportunamente, serão abordadas as leis de efeitos concretos, sendo aquelas que em sua essência possuem cunho puramente administrativo, alcançando, portanto, pessoas determinadas. Essas leis se submetem a todo processo legislativo legal previsto na Constituição Federal, no entanto, são desprovidas de generalidade e abstração, características inerentes aos atos normativos.

Sobre as leis de efeitos concretos, defendemos que deve haver à responsabilidade civil do Estado pela emissão de tais instrumentos normativos, sejam estes constitucionais, sejam inconstitucionais. Deste modo, em tais hipóteses, caberá indenização aos prejudicados, eis que, a norma provocou situação de desigualdade perante a coletividade.

Com efeito, aqueles que não foram atingidas por tal ato normativo, devem contribuir na reconstituição do equilíbrio social, sendo a princípio divididos os encargos sociais, igualmente a toda a sociedade. Deste modo, o Estado deve responder civilmente pelos danos provenientes desta espécie legislativa, ainda que, seja lesionado um ou alguns administrados.

Todas essas questões envolvendo os atos de efeitos concretos serão abordadas no âmbito doutrinário, oportunamente, uma vez que, é tema de alta relevância e de interesse público, cabendo, análise apurada com o afã de quebrar todos os dogmas existentes envolvendo o assunto.

Por fim, será abordada a evolução da responsabilidade civil do Estado, passando por todas as teorias, desde a teoria da irresponsabilidade, a qual isentava o ente público de qualquer ato que de alguma maneira provocasse danos aos administrados. E por último, será objeto de análise, a teoria da responsabilidade objetiva, a qual possui fundamento constitucional, em seu art. 37, § 6º, da carta política. Para os adeptos desta teoria caberá a responsabilidade civil do Estado independentemente de culpa, pois, só pelo fato de o Estado assumir o risco da atividade, já seria susceptível de responsabilidade civil.

2 NOÇÃO GERAL DE RESPONSABILIDADE

Antes de adentrar o tema propriamente dito da Responsabilidade Civil do Estado pela Emissão de atos Legislativos, necessário se faz uma análise pormenorizada sob a ótica do direito civil do conceito de responsabilidade. Para tanto, de início deve-se conhecer a origem

etimológica da palavra responsabilidade, pois é a partir dessa premissa básica, que se buscará aplicar ao ente Estatal a obrigação de reparar os danos causados aos administrados, em decorrência de agir doloso ou mesmo culposos de seus representantes legais.

Desta feita, aqui não importará o grau de culpa no sentido *lato sensu*, pois como será objeto de estudo mais adiante, o Estado responde de forma objetiva, significa que, a parte lesada não está adstrita a apontar o agente que lhe causou o dano, bastando apenas, comprovar, que a aquela conduta comissiva ou omissiva lhe causou um dano, que em consequência disso, deve obter a reparação do prejuízo.

A palavra “responsabilidade” tem sua origem etimológica no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua ação.

Logo, a acepção da palavra responsabilidade está intrinsecamente ligada à obrigação, a obrigação do agente de responder pelos atos decorrentes de sua atividade, estabelecendo-se, desse modo, uma relação jurídica, entre o lesado e o agente causador do dano.

Nos dizeres dos ilustres professores Stolze e Pamplona (2009, p. 2):

O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a idéia de que a ninguém se deve lesar- a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano-, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico está posto para punir, todos que de alguma forma venham ultrapassar os limites de liberdade concedida pela norma jurídica, visto que, as leis existem para manter a ordem social, com efeito, também, busca manter a paz social, preservando as relações jurídicas estabelecidas entre os indivíduos.

Corroborando o entendimento acima esposado, trago a baila os ensinamentos do ilustre professor Gonçalves (2009, p. 1):

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em estabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Ante o exposto, percebe-se que, o fim colimado pela responsabilidade é a restauração do equilíbrio social, como retromencionado o de manter a paz social, tendo em vista sua natureza ressarcitória, de contraprestação, de reparação de dano. Com relação à quebra do equilíbrio social preleciona o professor Gonçalves (2009, p.2) “coloca-se, assim, o

responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *status quo ante*”.

Feita breve explanação acerca da responsabilidade, se faz oportuno tecer algumas considerações sobre as espécies de responsabilidade civil, para uma melhor compreensão do instituto e sua aplicabilidade nos vários ramos do direito, bem como de sua evolução histórica até alcançar o atual estágio. Dito isto, passo ao estudo da primeira espécie de responsabilidade, a responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Logo, a responsabilidade subjetiva está intrinsecamente ligada a idéia de culpa do agente causador do dano, sendo este pressuposto fundamental e necessário para a reparação do dano indenizável. Frise-se, que a culpa aqui mencionada foi empregada no sentido *lato sensu*, ou seja, abrangendo ao mesmo tempo, tanto o dolo como a culpa.

Sobre o tema aduz os professores Stolze e Pamplona (2009, p.13):

Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência, conforme cediço doutrinariamente, através da interpretação da primeira parte do art. 159 do Código Civil de 1916 (“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”), regra geral mantida, com aperfeiçoamentos, pelo art. 186 do Código Civil de 2002 (“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”).

Como se depreende dos dispositivos mencionados, tanto do Código Civil de 1916 como do Código Civil de 2002, este com uma linha de pensamento mais avançada, pois, nele também repousa a idéia de responsabilidade moral, a responsabilidade subjetiva é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa.

Para tanto, aquele que foi lesionado para que possa obter a contraprestação de cunho ressarcitório, a ele caberá o ônus da prova, em face do agente, que se provada sua culpa, deverá arcar com os danos decorrentes de sua ação ou omissão, conforme preceituado nos dispositivos supracitados, com atual vigência no art. 186 do Código Civil de 2002.

Ocorre que, além da culpa direta do agente causador do dano, seja por negligência ou imprudência, a doutrina hodierna, discute também outra modalidade de responsabilidade civil, a indireta. Nessa espécie de responsabilidade não é o agente, o qual será atribuído os danos, que realiza a conduta danosa, mas um terceiro ligado a ele, mediante algum tipo de relação

jurídica, desse modo, a doutrina advoga a tese da culpa presumida, que não deverá ser desprezada, em função dos deveres de vigilância a que está obrigado o réu.

Neste sentido, prelecionam Stolze e Pamplona (2009, p. 14):

Na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar. Foi um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado a conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional.

Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma ideia tipicamente assentada na culpa, inverte-se a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima.

Diante de todo o exposto, sobre a responsabilidade subjetiva e objetiva, passo a tecer algumas considerações a respeito da responsabilidade contratual e extracontratual, que compõem no âmbito doutrinário juntamente com as demais mencionadas, as espécies de responsabilidade civil, com o fim de explicar o ônus do agente diante da lesão causada a terceiro, seja por meio de vínculo contratual, este estabelecido entre as partes contratantes, ou em razão de um evento, em que, o agente causador do dano não tenha observado o denominado dever objetivo de cuidado.

É certo, porém, que, nesta última hipótese, não existe um acordo prévio entre as partes, qual seja, o de não causar prejuízo, contudo existe uma relação de confiança, no âmbito da sociedade, estabelecendo um mínimo de segurança, entre os indivíduos, seja mediante uma obrigação de fazer ou de não fazer nada. De modo que uma vez quebrado esse dever social, surge a obrigação de reparar.

Deste modo, a depender dos laços ou não estabelecidos entre o agente que causou o dano e o lesado, nasce à responsabilidade civil contratual ou extracontratual, a seguir estudadas, vejamos.

Na responsabilidade civil contratual, existe entre as partes envolvidas, uma relação jurídica proveniente de um contrato anteriormente firmado, de modo que, as normas inseridas nos termos deste contrato vinculam os contratantes, estando, a todo tempo adstritos a observarem as cláusulas aprovadas na confecção do mesmo, sendo uma relação bilateral de direitos e obrigações.

Corroboram os ilustres professores Stolze e Pamplona (2009, p. 18):

[...] para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximados anteriormente e se vincula do para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico.

A título de ilustração a respeito dessa espécie de responsabilidade civil, trago os exemplos doutrinários do eminente professor Gonçalves (2009, p. 26), que dispõe:

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, no termos do art. 389 do Código Civil.

Acontece o mesmo quando o comodatário não devolve a coisa emprestada porque, por sua culpa, ela pereceu; com o ator, que não comparece para dar o espetáculo contratado. Enfim, com todas as espécies de contratos não adimplidos.

Diante disto, se faz necessário a existência de vínculo entre as partes, ainda que, de forma implícita, para caracterização da responsabilidade civil contratual, conforme esposados nos exemplos mencionados, devendo aquele que inadimpliu os termos do contrato, ser obrigado a cumprir o pactuado na integralidade, ainda que a vítima tenha que se prevalecer da via judicial. Porém, é aconselhável que se busque sempre um acordo, no sentido, de reparar o inadimplemento contratual.

Quanto à responsabilidade civil extracontratual, esta não advém de contrato anteriormente pactuado, sendo que, nessa espécie de responsabilidade, o agente infringe um dever legal, enquanto na contratual como já mencionado, descumpra acordo pactuado anteriormente, o que o torna inadimplente das obrigações estipuladas no contrato. Surgindo à obrigação de indenizar ou reparar a parte lesada.

Desse modo, aplica-se a perfeição o disposto no art. 186 do Código Civil, segundo o qual, todo aquele que, causa dano a outrem, por culpa ou dolo, fica obrigado a repará-lo. A doutrina atribui a essa espécie de responsabilidade decorrente de ato ilícito, a denominação de responsabilidade aquiliana.

Nesta esteira, preleciona Gonçalves (2009, p. 26) que:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpra o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade

extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica ato ilícito.

A sobre a responsabilidade acima, asseveram os professores Stolze e Pamplona (2009, p.18):

Na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova cabendo à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o *ônus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade.

Enfim, na medida em que o tema deste trabalho for sendo explorado, será retomada exaustivamente a questão do dolo e da culpa, de modo reflexo no âmbito da responsabilidade civil do estado em decorrência da emissão de atos legislativos. Pois, são elementos que não se exigem prova de se o agente causador do dano estava ou não imbuídos deles.

De tal forma que, se em virtude de sua ação, como legítimo representante do ente público trazer danos proveniente desta conduta ao administrado, este não estará adstrito a provar a culpa do agente provocador da lesão, para que, só depois disto, seja devidamente ressarcido. Com efeito, o prejudicado, poderá acionar diretamente o Estado, independentemente, de se obter, prova de culpa do agente. Abstrai-se daí a responsabilidade do Estado de forma objetiva, com previsão constitucional, art. 37, §6, da CF/88.

3 TEORIAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Antes de trazer cada teoria, faz se necessário, breve comentário a respeito da divisão de poderes, com intuito de delimitar a competência de cada um dos poderes do Estado e suas atribuições constitucionais. Com intuito, de compreender a responsabilidade do Estado no desempenho de suas funções.

O Estado é dividido em três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada um com parcela de soberania do ente estatal. Historicamente essa divisão foi empreendida pelo Barão de Montesquieu, jurista e filósofo francês (1689-1755), autor do Espírito das Leis, o qual não coube somente elaborar uma teoria completa da divisão dos poderes, mas, também difundir-la por toda a Europa e, influenciando todo o mundo, sendo um dos maiores pilares de organização política dos Estados.

O objetivo dessa teoria era limitar o poder do Estado, que a época dos estados absolutistas se concentrava nas mãos de um único homem, o poder de decidir os rumos da nação.

Nesse sentido, faz-se mister mencionar estudo do professor Azambuja *apud* Montesquieu (2001, p. 179), o qual, traz com maestria a questão sobre o tema em comento:

Quando, na mesma pessoa ou mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo está unido ao Poder executivo, não há liberdade, pois é de esperar que o mesmo monarca ou assembleia faça leis tirânicas e as execute tiranicamente. Não há também liberdade, se o poder de julgar não está separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se aquele estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade do dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz será também legislador. Se o poder de julgar estiver o unido ao Poder Executivo, o juiz terá a força de um opressor. Tudo estará perdido se o mesmo homem ou a mesma assembleia de notáveis, ou de nobres ou do povo exerce os três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções e o de julgar os crimes ou dissídios dos particulares.

Diante do exposto, infere-se que, cada Poder segundo Montesquieu deveria exercer sua função típica, inerente à sua natureza, atuando, independentemente e autonomamente. Dessa forma, cada órgão estaria adstrito a exercer somente a função que lhe fosse típica, não sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se depreende no Estado absolutista. Deste modo, as atividades estatais deveriam ser realizadas, independentemente, por cada órgão, vindo a surgir o que se denominou teoria dos freios e contrapesos.

Dito isto, compete a cada poder do Estado atuar estritamente na esfera de competência determinada pela carta política, quais sejam:

a) Poder Legislativo: as funções típicas de legislar e fiscalizar. No desempenho da função legislativa, cabe a ele, obedecidas as regras constitucionais de processo legislativo, elaborar as normas jurídicas gerais e abstratas.

b) Poder Executivo: compete a solução e administração de casos concretos individualizados, de acordo com as leis gerais e abstratas elaboradas pelo Poder Legislativo.

c) Poder Judiciário: sua função típica é a chamada função jurisdicional (ou de julgamento), pela qual lhe compete, coercitivamente, em caráter definitivo, dizer e aplicar o Direito às controvérsias a ele submetidas.

Pode-se, portanto, partir para a análise do tema propriamente dito, depois de uma breve e sucinta compreensão a respeito da divisão dos Poderes na estrutura interna do Estado Democrático de Direito, cada um no desempenho de funções que lhes foram atribuídas pela Carta Política, para que, houvesse controle e, sobretudo segurança jurídica, na atuação dos

mencionados poderes. Conforme ensina a teoria dos freios e contrapesos. Segundo a qual um Poder fiscaliza a atuação do outro, para que, com isso, não haja abuso de poder e arbítrio no atuar dos seus representantes.

Insta frisar que, para o presente trabalho nos interessa apurar a responsabilidade do ente estatal quando da atuação do Poder Legislativo. Pois, como cediço, a função de legislar constitui uma das atividades estruturais do Estado moderno, se não, a mais relevante, tendo em vista que consubstancia a própria criação do direito. Sendo, portanto, imperioso estudo aprimorado a respeito da responsabilidade estatal quando da emissão de atos legislativos. Nesse passo, também abordaremos em momento oportuno, as leis de efeitos concretos. Para tanto, trataremos agora sobre o processo evolutivo da responsabilidade civil do Estado frente aos administrados.

Nesse sentido, a Responsabilidade ou não do Estado no desempenho do mister constitucional, durante muito tempo, foi objeto de estudo, pelas várias áreas do Direito: constitucional, penal, civil e administrativo. Diante desse tema surgiram diversas teorias, na tentativa de imputar ao Estado condutas danosas aos seus administrados. Sendo, por isso, seu atuar responsável, diligente e não mais irresponsável como predominou por muito tempo nos estados absolutistas.

Dentre essas teorias destacam-se a teoria da irresponsabilidade, teoria da Responsabilidade com Culpa, teoria da Culpa Administrativa e teoria da Responsabilidade Objetiva, frise-se que esta última predomina em aplicação nos dias atuais, corroborada na Constituição Federal.

É imperioso, destacar que, essas teorias foram desenvolvidas nos estados europeus, com destaque para o Estado francês, que mediante farta construção jurisprudencial, conseguiu no âmbito do Conselho de Estado, decidir casos concretos, levados a sua apreciação. Desse modo, contribuíram para amadurecer e discutir acerca da incidência ou não da responsabilidade do ente estatal. Apurando-se, nesse passo, qual a teoria seria a propósito mais adequada para a situação levada à apreciação do Conselho.

Diante do exposto, cabe aqui analisar, de forma pormenorizada cada teoria, com o escopo de compreender a evolução de cada uma no tempo e no espaço. Chegando-se até a análise da teoria que predomina nos dias atuais, qual seja a da responsabilidade objetiva, adotada pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, inculpada na Carta Política.

Sendo assim, a aludida responsabilidade será adiante analisada de forma particularizada, visto que é objetivo colimado do presente trabalho, tendo em vista que, no momento de se apurar a Responsabilidade Civil do Estado é necessário que se saiba qual a

teoria e o grau de responsabilidade a que responderá o ente soberano, frente aos danos cometidos aos administrados.

3.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

Insta frisar que essa teoria predominou na metade do século XIX, e tinha como lema, em especial no mundo ocidental, o de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes, no exercício de atribuições estatais. A teoria da irresponsabilidade teve forte presença na época dos Estados absolutos e, repousa segundo a doutrina na idéia de soberania, de modo que, o Estado era o todo poderoso, não podendo por isso, agir contra ele.

Para essa teoria, o Estado exercia autoridade incontestável perante o súdito, nada podendo este contra ele, de tal forma que, qualquer responsabilidade imputada pelo particular ao Estado, seria colocá-lo no mesmo nível daquele, o que seria um grave desrespeito a sua soberania.

A despeito da aludida teoria, ensina Di Pietro (2008, p. 608) que “essa teoria logo começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações”.

Na mesma esteira é o entendimento de Carvalho Filho (2011, p. 502):

Essa teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso, confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável, foi substituída pela do Estado de Direito, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas.

Nesse compasso, diante da irresponsabilidade do Estado frente aos administrados, essa teoria não resistiu ao tempo, sobretudo, em países como os Estados Unidos e a Inglaterra, os quais foram os pioneiros em abandonar referido entendimento. Pois, não se coadunava com as reformas perpetradas em seus ordenamentos jurídicos, principalmente, com os princípios constitucionais inseridos em suas Cartas Políticas, os quais exigiam maior responsabilidade do ente público no exercício de suas funções.

Portanto, com a nova mudança de paradigma, os ordenamentos jurídicos das nações civilizadas passaram a admitirem a responsabilidade civil do Estado pelos danos que seus agentes causassem a terceiros.

3.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE COM CULPA

Com o fracasso da teoria da irresponsabilidade do Estado, veio à necessidade de uma nova teoria, essa agora ao contrário da anterior atribuía responsabilidade ao Estado, quando da execução dos seus atos, por culpa, causasse danos a terceiros.

No entanto, para essa teoria, era preciso distinguir o comportamento estatal, pois esse deveria ser dividido em dois, e conforme a presença de um ou de outro era que se deveria atribuir a responsabilidade ao Estado no seu atuar, mesmo que por culpa causasse danos aos administrados.

Esse comportamento estatal poderia se dá na execução de atos de império ou atos de gestão. Para essa teoria quando o estado estivesse executando atos de império, os quais seriam coercitivos, pois decorrentes do poder soberano do Estado, esse não poderia ser responsabilizado, visto que o fato estaria sob o manto protetor das normas de direito público, em razão disso não incidiria a responsabilidade do Estado. Por outro lado, os atos de gestão seriam comparados aos atos do direito privado, de maneira que, se durante sua execução o Estado lesionasse terceiro, poderia ser civilmente responsabilizado.

Nesse passo, é imperioso destacar, o pensamento de Carvalho Filho (2011, p. 503):

Essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão. Ao mesmo tempo a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade. Logicamente, tais critérios tinham mesmo que proporcionar um sem número de dúvida se confusões.

Na mesma linha preleciona Di Pietro (2008, p. 609), aduzindo que:

[...] essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos

aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio e na prestação de seus serviços.

Como visto a teoria era incompleta, pois não se atribuía ao Estado a responsabilidade quando estivesse praticando determinados atos, o isentando de reparar danos que eventualmente viesse a causar a terceiros, sob o pretexto de está no exercício da soberania e de que essa não deveria ser limitada em determinadas situações.

3.3 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

Segundo essa teoria o lesado não era obrigado a identificar o agente estatal causador do dano. Sendo-lhe necessário apenas comprovar o mau funcionamento do serviço, mesmo na impossibilidade de apontar o agente que o provocou. Com a possibilidade de ser indenizado mesmo não indicando o causador do dano, essa teoria ficou conhecida pela doutrina, como culpa anônima ou falta do serviço.

A esse respeito posiciona-se Carvalho Filho (2011, p.503):

A falta do serviço ou o retardamento do serviço consumar-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa.

3.4 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Ao contrario da teoria precedente essa forma de responsabilidade não exige a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso, por esse motivo, ela se aplica em decorrência de fatos lícitos e ilícitos. Desse modo, para que o administrado prejudicado seja indenizado, basta que comprove a relação causal entre o fato e o dano, decorrente da ação da administração.

A respeito do assunto trago a baila o pensamento de Carvalho Filho (2011, p. 504), asseverando que:

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídico, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos. Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.

Para Di Pietro (2008, pag.610), que busca raízes históricas a respeito da responsabilidade objetiva do Estado, assevera:

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”. O princípio significa que, assim como os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.

Na mesma esteira é o entendimento do ilustríssimo professor Carvalho Filho (2011, p. 505):

Além do risco decorrente das atividades estatais em geral, constitui também fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. O Estado, ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais.

Por fim, diante da breve explanação realizada, a respeito da incidência da responsabilidade civil do Estado, faz-se necessário alguns comentários a respeito da responsabilidade do Poder Legislativo quando da emissão de atos legislativos, com efeito, trago a baila, os comentários do professor Carvalho Filho (2011, p. 522):

Apesar da divergência existente entre os autores nacionais, entendemos que o ato legislativo não pode mesmo causar a reponsabilidade civil do Estado, se a lei é produzida em estrita conformidade com os mandamentos constitucionais. Com a devida vênia dos que pensam em contrário, não vemos como uma lei, regularmente disciplinadora de certa matéria, cause prejuízo ao indivíduo, sabido que os direitos adquiridos já incorporados a seu patrimônio jurídico são insusceptíveis de serem molestados pela lei nova, ex vi do art. 5º, XXXVI, da CF. acresce, ainda, que a lei

veicula regras gerais, abstratas e impessoais, não atingindo, como é óbvio, direitos individuais.

Pode ocorrer, isto sim, e frequentemente ocorre, que a lei nova contrarie interesses de indivíduos ou de grupos, mas esse fato, por si só, não pode propiciar a responsabilidade civil do Estado para obrigá-lo à reparação de prejuízo. Parece-nos incoerente, de fato, responsabilizar civilmente o Estado, quando as leis, regulamente editadas, provêm do órgão próprio, integrado exatamente por aqueles que a própria sociedade elegeram-pensamento adotado por alguns estudiosos.

Em sentido contrário são as leis emitidas com vício de inconstitucionalidade, que não obedeceram aos trâmites legislativos ou aquelas com vício de matéria, ou seja, seriam leis provenientes de atos ilícitos. Nesse passo, para Carvalho Filho (2011, p.523):

É plenamente admissível que, se o dano surge em decorrência de lei inconstitucional, a qual evidentemente reflete atuação indevida do órgão legislativo, não pode o Estado simplesmente eximir-se da obrigação de repará-lo, porque nessa hipótese configurada estará a sua responsabilidade civil. Como já acentuou a doutrina autorizada, a noção de lei inconstitucional corresponde à de ato ilícito, provocando o dever de ressarcir os danos patrimoniais dele decorrente.

4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

No tocante aos atos legislativos, prevalecia o entendimento de que o Estado era irresponsável, quando da emissão de leis ou atos normativos, no desempenho da atividade legiferante, ou seja, de início essa noção de que o estado seria irresponsável quando no desempenho da atividade legislativa, possui raízes nos estados absolutistas, em que na figura onipotente do rei se misturavam as funções de governar e legislar.

Especificamente, no desempenho desta última função, o rei era totalmente isento de qualquer dano que porventura a lei causasse aos seus súditos, não lhe sendo imposto o dever de contraprestação em face da lesão ocasionada. Pois, conforme se entendia a época, o soberano era representante de Deus na terra, que por essa razão, não cometia erros em seu atuar, mesmo quando da criação de regras legais, que refletissem e interessassem diretamente na sociedade.

Cabe destacar que, a época do Estado absoluto o soberano não buscava a finalidade social da norma, mas, a preservação de interesses próprios, assim como de uma pequena parcela da população, a aristocracia. Deste modo, como já dito, imperava os conceitos inalteráveis de um estado que podia tudo, sendo fortalecido e protegido sob o manto da irresponsabilidade Estatal.

Frise-se que esse entendimento de que o Estado seria irresponsável quando da emissão de atos legislativos predominou por muito tempo, no entanto, com o aprofundamento da discussão, passou-se ao entendimento de que o Estado seria responsável pela emissão dos atos reconhecidamente inconstitucionais, sendo abstraídas as outras situações que o evento danoso ensejava indenização, ou seja, em sendo a lei constitucional, mesmo que causasse dano, o Estado estaria isento. Nesse sentido, preleciona Meirelles (2007, p. 658/659):

O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado, que internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. Como a reparação civil do Poder Público visa a restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há falar em indenização da coletividade. Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável. Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal da culpa do Estado, através da atuação de seus agentes políticos, mas isto se nos afigura indemonstrável no regime democrático, em que o próprio povo escolhe seus representantes para o Legislativo.

Nesse compasso, depreende-se do pensamento acima esposado, que diversas razões são elencadas para justificar a responsabilidade do Estado somente diante de atos eivados de inconstitucionalidade. Por outro lado, dificulta o reconhecimento da responsabilidade do ente público ante as normas de índole constitucionais, as quais mesmo não se insurgindo com a ordem jurídica, possuem potencialidade para causar danos a um ou a alguns membros da coletividade. O entendimento acima se justifica, na generalidade, abstração e impessoalidade da norma, que se vê incapaz de prejudicar alguém especificamente.

Ainda infere-se do entendimento acima que, a atividade legislativa, por se tratar de um ato de soberania estatal, não se deve reconhecer qualquer dano por ela ocasionado, pois, seria afrontar essa condição inerente do ente estatal. De modo que, o Estado estaria isento, de qualquer responsabilidade no exercício da atividade legislativa, pois que, seus representantes são escolhidos democraticamente pela coletividade, exercendo a vontade desta, desta feita, seriam normas emanadas da própria comunidade.

Com efeito, adota o mesmo entendimento acima esposado, o professor Gasparini (2005, p. 905), que assim preleciona:

O Poder Legislativo é soberano; edita normas gerais e abstratas e os gravames que impõem são iguais para todos, não podendo ser havidos como prejuízos; os administrados não podem responsabilizar o Estado por atos dos parlamentares que elegendem, salvo se expressamente imposta tal obrigação por lei ou se oriunda de culpa manifesta no desempenho das funções de legislar e jogar. Nesse particular, o que já

se viu foi a declaração de responsabilidade patrimonial do Estado por ato baseado em lei declarada, posteriormente, como inconstitucional (RDA, 109:172).

No entanto, penso que tais visões encontram-se superadas na sociedade hodierna, frente à nova concepção do Estado, pois em sentido contrário aos pensamentos enunciados, é cada vez mais comum que a lei venha despida de caráter geral, abstrato e impessoal, as quais são denominadas de leis de efeitos concretos. Estas atingem certo número de membros da coletividade, tendo potencialidade para causar prejuízos em detrimento da comunidade, uma vez que, são editadas para tratar de situações específicas, dentre elas, solução de problemas, intervenção na economia, criar e extinguir campos de atuação, limitar e determinar uso de bens e coisas.

No Brasil, a responsabilidade estatal por ato legislativo tem sido aceita, porém em casos específicos. Destaque-se, sobretudo em âmbito doutrinário, que se vê uma série de restrições para que o ente público se responsabilize ante os danos decorrentes de atos legislativos. Como já mencionado, essa isenção repousaria em um dos atributos de constituição do Estado, a soberania. Segundo os defensores dessa corrente tal atributo deve ser exercido com plenitude, ainda que, em virtude deste exercício os administrados sejam prejudicados, em razão da atividade legislativa. Uma vez que, o Congresso Nacional, estaria através dos parlamentares exercendo a vontade popular, de modo que, qualquer dano fruto desta representação, não deveria ser imputado ao Estado.

Nesse sentido, Di Pietro (2008, p.620), aponta alguns argumentos, que já foram invocados em defesa da irresponsabilidade do ente público, em decorrência de danos produzidos por atos e omissões do Poder Legislativo, bem como sua contraposição, vejamos:

1. o Poder Legislativo atua no exercício da **soberania**, podendo alterar, revogar, criar ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não decorra da própria Constituição;
2. o Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda a coletividade; os ônus delas decorrentes são iguais para todas as pessoas que se encontram na mesma situação, não quebrando o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais;
3. os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos.

A esse entendimento, a que por muito tempo, foi defendido por muitos, o presente trabalho tem o escopo, de apresentar tais visões, as quais não se coadunam com o Estado Democrático de Direito, o qual visa resguardar os interesses mais íntimos da coletividade, bem como aqueles visivelmente percebidos por toda a comunidade. Diante disto, cabe

apresentar argumentos contrários aos acima esposados, para tanto, responde Di Pietro (2008, p.620):

1. mesmo exercendo parcela da soberania, o Legislativo, tem que se submeter à constituição, de modo que acarreta responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais;
2. nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas, mesmo que se trate de normas constitucionais;
3. ao terceiro argumento, responde-se que a eleição do parlamentar implica delegação para fazer leis constitucionais.

Por essas razões, segundo a autora, só se aceita atualmente a responsabilidade do Estado por atos legislativos, nas seguintes hipóteses:

- a) leis inconstitucionais;
- b) atos normativos do Poder Executivo e de entes administrativos com função normativa, com vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade;
- c) leis de efeitos concretos, constitucionais ou inconstitucionais;
- d) omissão no poder de legislar e regulamentar.

Na mesma linha, da referida autora corrobora o ilustre professor Justen Filho (2005, p.805):

De modo genérico, reputa-se que a edição da lei não gera dever de indenizar. Mas essa concepção merece reparos. Há pelo menos três hipóteses em que caberá a responsabilização civil do Estado, que são a edição de lei inconstitucional e a edição de lei materialmente defeituosa, e a responsabilização civil por omissão legislativa.

Depreende-se das hipóteses mencionadas, que a responsabilidade do Estado estaria reduzida a algumas situações, as quais se fazem necessária uma análise mais apurada, para uma melhor compreensão das aludidas visões, colocando em cada caso, o entendimento de alguns autores em âmbito doutrinário.

Sobre a responsabilidade do Estado decorrente de leis inconstitucionais, cabe saber, o que venha a ser uma lei inconstitucional, como o próprio nome nos avisa, seria toda e qualquer lei criada pelo legislador em contrariedade com a constituição, à lei das leis. Pois, toda lei antes de ser aprovada deve observância ao texto constitucional, sob pena, de ter sua inconstitucionalidade decretada.

Tal inconstitucionalidade poderá se revelar de duas maneiras, sob o ponto de vista formal, segundo a qual haverá desrespeito ao processo legislativo quando da criação da norma infraconstitucional, ou ainda, inconstitucionalidade material, nesta, a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional será aferida em relação ao seu conteúdo, se incompatível com o

texto constitucional deverá ser decretada sua nulidade. Nessa esteira, são os ensinamentos dos ilustres professores Paulo, Alexandrino (2008, p.688):

Dessarte, se a constituição é do tipo rígida, há distinção hierárquica entre ela e as demais normas do ordenamento jurídico, estando ela em posição de superioridade relativamente a estas (que são, por isso, ditas infraconstitucionais ou subconstitucionais). A constituição passa a ser o parâmetro para a elaboração de todos os demais atos normativos estatais, devendo estes respeitar os princípios e regras nela traçados e o próprio processo constitucionalmente previsto para sua elaboração, sob pena de incorrer-se em insanável vício de inconstitucionalidade. Havendo confronto entre norma ordinária e texto constitucional, tanto do ponto de vista formal (respeito ao processo legislativo) quanto do material (compatibilidade com o conteúdo das normas constitucionais), deverá ser declarada a nulidade da norma inferior, em respeito à supremacia da constituição.

Deste modo, por todo o exposto, qualquer ato normativo que contrariar o texto constitucional, sob os aspectos supramencionados (formal e material), deverá ser extirpado do ordenamento jurídico pátrio, com o escopo de preservar a paz social, assim como a ordem jurídica, e por fim, resguardar as normas previstas na Carta Política.

Para Lenza (2008, p.130), a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do devido processo legislativo. Segundo ele, essa inconstitucionalidade poderá se dar em dois momentos, na fase de iniciativa, esta denominada de inconstitucionalidade orgânica, ou em momento posterior a este, em que poderá ser constatado, vício no procedimento durante a elaboração da norma, assim ensina o autor:

Por seu turno, o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. Não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo. Por exemplo, uma lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade.

Insta frisar que, toda norma antes de ser inserida no ordenamento jurídico pátrio se submeterá ao denominado controle de constitucionalidade, este se apresentará de duas formas, há depender do momento ou do estágio a que estiver à norma. A primeira forma de controle é denominada pela doutrina de controle prévio ou preventivo, este será realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo, se dando no momento da apresentação de um projeto de lei, no qual, o iniciador, a “pessoa” que deflagrar o processo legislativo, em tese, já deve verificar a regularidade material do aludido projeto de lei. Ressalte-se que essa espécie de controle poderá ser realizada pelo Legislativo, pelo Executivo, bem como pelo Poder Judiciário.

No âmbito do Poder Legislativo o controle prévio ocorrerá em suas comissões de constituição e justiça, as quais verificarão se o projeto de lei, o qual poderá virar lei, está livre de algum vício que possa ensejar a sua inconstitucionalidade. Em relação ao controle realizado pelo Executivo, este ocorrerá quando o projeto de lei for aprovado pelo Congresso Nacional, e logo após submetido a chancela do Chefe do Poder Executivo, o qual poderá aprovar (sancionar) ou vetar. Segundo Lenza (2008, p. 135), “o veto dar-se-á quando o Chefe do Executivo considerar o projeto de lei inconstitucional ou contrário ao interesse público. O primeiro é o veto jurídico, sendo o segundo conhecido como veto político”.

Por outro lado, temos o controle repressivo, este se dará quando a lei já estiver em vigor, sendo também denominado pela doutrina de controle posterior, ou seja, posterior ao projeto de lei, iniciado no Congresso Nacional, assim como sancionado pelo Presidente da República, momento a partir do qual uma vez publicada a lei gerará efeitos para toda a coletividade. Vale ressaltar, que o controle repressivo será realizado sobre a lei e não mais sobre o projeto de lei, este como já destacado, ocorrerá no controle preventivo de constitucionalidade.

Desta feita, o controle repressivo segundo a doutrina poderá ser político, quando realizado pelo Poder Executivo, mediante o veto ou rejeição do projeto de lei, bem como jurisdicional, sendo este realizado pelo Poder Judiciário, se dando por manifestação de um único órgão, quando então será denominado de controle de constitucionalidade concentrado, esta modalidade de controle no Brasil, é realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Por fim, o controle difuso de constitucionalidade do ato normativo, poderá ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. Acerca da origem histórica dessa modalidade de controle de constitucionalidade, prelecionam os ilustres professores Paulo e Alexandrino (2008 p. 724/725):

O controle de constitucionalidade difuso tem sua origem nos Estados Unidos da América (EUA)- sendo, por esse motivo, conhecido como sistema americano de controle- e baseia-se no conhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, em face de um caso concreto submetido a sua apreciação. O órgão do poder Judiciário, declarando a inconstitucionalidade de norma concernente ao direito objeto da lide, deixa de aplicá-la ao caso concreto.

Sem mais delongas, embora o assunto sobre as formas de controle de constitucionalidade seja sedutor, não é o objeto do presente trabalho, assim sendo, é imperioso retomar a discussão acerca da responsabilidade do Estado pela emissão de leis inconstitucionais, de todo modo, por tudo o que foi exposto acima, será permitido uma melhor

compreensão quanto a aludida forma de responsabilidade estatal, hodiernamente, acolhida pela doutrina e jurisprudência.

Desta feita, cumpro neste primeiro momento uma abordagem em âmbito doutrinário, em que será realizada uma análise acurada, destacando-se o entendimento de alguns dos mais renomados autores do Direito Administrativo Brasileiro, em que, o enfoque será a Responsabilidade do Estado diante de normas inconstitucionais, sendo perceptível a quase unanimidade destes autores quanto à responsabilização estatal, quando tal hipótese ocorrer.

Neste prisma, trago a baila os ensinamentos do eminente professor Carvalho Filho (2011, P.523), segundo ele:

[...] é plenamente admissível que, se o dano surge em decorrência de lei inconstitucional, a qual evidentemente reflete atuação indevida do órgão legislativo, não pode o Estado simplesmente eximir-se da obrigação de repará-lo, porque nessa hipótese configurada estará a sua responsabilidade civil. Como já acentuou a doutrina autorizada, a noção de lei inconstitucional corresponde à de ato ilícito, provocando o dever de ressarcir os danos patrimoniais dele decorrentes.

Ressalte-se que segundo o entendimento doutrinário a lei inconstitucional deverá ser capaz de produzir danos concretos ao administrado, de modo que, somente nesta hipótese o Estado será devidamente acionado, seja pela via administrativa seja pela via judiciária, tudo dependerá do caso concreto há ser analisado. Para Carvalho Filho (2011, p.523):

[...] a responsabilidade só se consuma se o ato legislativo efetivamente produziu danos ao particular, pois que frequentemente a inconstitucionalidade da lei em nada afeta a órbita jurídica patrimonial das pessoas. Depois, é preciso que a lei tenha sido declarada inconstitucional, visto que milita em seu favor a presunção de constitucionalidade, presunção esta desmentida apenas quando o órgão do judiciário expressamente proclamar a inconstitucionalidade. Por último, não há confundir o dano proveniente da lei inconstitucional ou aquele derivado de ato praticado com base na lei inconstitucional. Em ambos os casos, o Estado será civilmente responsável, mas no primeiro é a lei em si que provoca o dano, ao passo que no segundo é o ato praticado com base na lei; assim, a inconstitucionalidade lá é causa direta da responsabilidade, enquanto que aqui é causa indireta.

Como visto, segundo o renomado autor, para que o particular seja ressarcido, quando uma norma criada pelo Estado venha a lhe causar um dano, é condição essencial para tal reparação, que a aludida norma seja declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, só assim, quando devidamente posta sua incompatibilidade com o texto constitucional, é que surgirá a obrigação patrimonial em face do Estado, e o direito do particular de operacionalizar as vias necessárias para obter a reparação do prejuízo que lhe foi causado.

Com efeito, a lei inconstitucional deve ser considerada um ato ilícito, visto que em virtude da não observância de aspectos formais ou materiais quando da sua elaboração houver flagrante desrespeito a Lei Maior, bem como ao disposto no artigo 186, do Código Civil de 2002, assim dispondo, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Depreende-se, portanto, que a lei considerada inconstitucional, não atinge apenas dispositivos constitucionais, os quais, por si só, já seriam suficientes à para que a norma fosse deflagrada inconstitucional pelo judiciário, mas, além disso, atinge dispositivo de índole infraconstitucional, como o acima mencionado. Estando naquela hipótese, praticando ato ilícito todo aquele que descumprir o ali preceituado, surgindo, à obrigação de reparar o dano porventura causado. Deste modo, lei inconstitucional deve ser considerada ato ilícito, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes em virtude de sua ação.

Quanto às espécies de inconstitucionalidade que poderá advir à responsabilidade do ente público, ainda, colacionando o nobre entendimento do professor Carvalho Filho (2011, p.523), segundo o qual:

Avulta, ainda, destacar que o fato gerador da responsabilidade estatal no caso- a inconstitucionalidade da lei- alcança tanto a inconstitucionalidade material como a formal, pois que, na verdade, o vício de forma na lei também não escusa a ilegítima atuação do órgão legislativo. Primitivamente, admitia-se a responsabilidade apenas quando houvesse controle concentrado de constitucionalidade; entretanto, atualmente já se considera que o controle incidental pode, da mesma forma, gerar a responsabilidade do Estado, eis que inexistente qualquer óbice no direito positivo para tal conclusão. A verdade é que tanto numa hipótese quanto na outra fica reconhecida o erro legislativo.

Em outras palavras, o que se deve levar em consideração é o dano ocasionado em virtude de erro legislativo, podendo este segundo a melhor doutrina acima esposada, ser reconhecido via controle concentrado, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo da sua competência exclusiva tal modalidade de controle. Nesse passo, também será reconhecida a responsabilidade estatal quando a lei for declarada inconstitucional de forma incidental, esta modalidade deflagrada por qualquer tribunal.

Sobre a responsabilidade do Estado por atos inconstitucionais, nos cabe no presente trabalho, uma abordagem geral no âmbito doutrinário, sendo imprescindível trazer a visão dos mais renomados autores no campo do Direito Administrativo, os quais tratam o assunto ainda de maneira superficial, sem a profundidade há que exige.

Neste sentido, ainda, em relação à responsabilidade do Estado em decorrência de atos legislativos inconstitucionais, trago a baila o pensamento dos ilustres professores Alexandrino e Paulo (2011, p. 773), que com maestria asseveram:

A edição de uma lei inconstitucional poderá, portanto, ensejar a responsabilidade do Estado, caso tenha ela efetivamente causado dano ao particular. A responsabilização do Estado, nessa hipótese, depende da declaração da inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Política. Não se deve imaginar, entretanto, uma obrigação de indenizar automática. Havendo a declaração da inconstitucionalidade da lei, a pessoa que tenha sofrido danos da sua incidência terá que ajuizar uma ação específica pleiteando a indenização pelo dano decorrente da aplicação dessa lei que foi declarada inconstitucional.

Por fim, conforme se assenta na doutrina majoritária, para que o Estado seja demandado judicialmente, é mister que o ato legislativo a que causou suposto prejuízo ao administrado, seja declarado inconstitucional pelo judiciário, só assim, haverá em face do Estado a obrigação de indenizar prejuízos porventura causados. Sendo, tal entendimento corroborado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Quanto aos atos normativos do Poder Executivo e de entes administrativos com função normativa, é entendimento pacífico na doutrina que cabe a responsabilidade do Estado em relação a eles, sempre que, emitidos em contrariedade ao princípio da legalidade, este de observância obrigatória pela administração pública quando no desempenho da atividade administrativa.

Logo, uma vez inobservado, o referido princípio de índole constitucional, o administrador estará indo além do que lhe permite a lei, em relação a sua competência regulamentar, o que tornará o ato administrativo inconstitucional. Neste sentido, preleciona Di Pietro (2008, p.621), para quem se aplica o mesmo raciocínio das leis inconstitucionais aos atos regulamentares do executivo:

O mesmo entendimento adotado em relação às inconstitucionais pode ser adotado, pelos mesmos fundamentos, para os regulamentos **do Poder Executivo** e para os atos normativos das agências reguladoras e de outros entes que exerçam competência normativa no âmbito da Administração Pública, não só quando sejam inconstitucionais, mas também quando sejam ilegais, por exorbitarem dos limites de sua competência regulamentar, contrariando normas de hierarquia superior. Só que, no caso de ilegalidade, não há necessidade de prévia apreciação judicial. A indenização pode ser pleiteada, tendo por fundamento a ilegalidade do ato normativo do Poder Executivo ou dos entes reguladores.

No tocante às leis de efeitos concretos, cumpre salientar de início, que tais atos não são dotados de generalidade, impessoalidade e abstração. Com efeito, são criados para atingir

certo grupo da sociedade, ou seja, possuem destinatários certos, determinados. Insta frisar, que os mencionados atos normativos, passam por todo o processo legislativo a que se submetem as leis em geral, sendo, por esse motivo, lei em sentido formal, contudo materialmente constituem meros atos administrativos. Nesta esteira, ensina Di Pietro que (2008, p. 622):

Com relação às **leis de efeitos concretos** (também chamadas de leis materialmente administrativas), que atingem pessoas determinadas, incide a responsabilidade do Estado, porque, como elas fogem às características da generalidade e abstração inerentes aos atos normativos, acabam por acarretar ônus não suportado pelos demais membros da coletividade. A lei de efeito concreto, portanto, embora promulgada pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui, quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando cause prejuízo ao administrado, independentemente de considerações sobre a sua constitucionalidade ou não. Incide, neste caso, o princípio da repartição dos encargos sociais, como fundamento da responsabilidade civil do Estado.

Corroborando o entendimento acima, trago as palavras dos professores Alexandrino e Paulo (2011, p. 773):

Pode ocorrer, também, a responsabilidade civil do Estado no caso de edição das chamadas **leis de efeitos concretos**, assim consideradas aquelas que possuem caráter normativo, que não são dotadas de generalidade, impessoalidade e abstração. São leis apenas em sentido formal (pois oriundas do Poder Legislativo), que possuem destinatários certos, determinados. Materialmente, elas são análogas aos atos administrativos individuais, com destinatários determinados e efeitos concretos.

Deste modo, é patente a responsabilidade do Estado quando da edição das referidas leis, sendo entendimento pacífico na doutrina, assim como na jurisprudência, para Carvalho Filho (2011, p. 524) “não é difícil concluir, se uma lei de efeitos concretos provoca danos ao indivíduo, fica configurada a responsabilidade civil da pessoa jurídica federativa de onde emanou a lei, assegurando-se ao lesado o direito à reparação dos prejuízos”. No mesmo sentido, Alexandrino e Paulo (2011, p. 773), aduzem que “uma lei de efeitos concretos, desde que sua aplicação acarrete danos ao particular, pode gerar responsabilidade extracontratual para o Estado, possibilita que o indivíduo pleiteie o reconhecimento do direito à reparação dos prejuízos por ela causados”.

Assim, conforme se depreende da doutrina às leis de efeitos concretos gera a responsabilidade do Estado, sempre que em virtude de sua edição causem danos a um determinado grupo da coletividade, pois, como já mencionado as referidas leis não são dotadas de generalidade, impessoalidade e abstração. Significa que, são criadas para pessoas

determinadas, escolhidas pelo legislador. Por isso, entende-se que uma vez ocasionado danos a essa parcela da sociedade em decorrência dessa espécie normativa, caberá à responsabilidade civil do Estado, devendo os encargos ser distribuídos a toda a sociedade.

Por derradeiro, insta tecer alguns comentários acerca da responsabilidade do Estado em razão da omissão no poder de legislar e regulamentar, haja vista, que essa inércia poderá trazer prejuízos aos administrados. Ainda, que, no âmbito constitucional a Carta Política coloque a disposição do cidadão instrumentos que possibilitem o preenchimento de lacunas normativas.

Esses instrumentos são conhecidos por remédios constitucionais, no entanto, nos interessa aqui, o mandado de injunção, o qual possui o escopo de tornar efetivo o exercício de determinados direitos com assento na Carta Magna. De modo que, será, cabível mandado de injunção para preencher lacunas constitucionais deixadas pelo constituinte originário, tais lacunas, deveriam ser preenchidas pelo constituinte derivado, em razão da inércia deste, tornou-se impossível o exercício de determinados direitos com assento na Carta Maior.

Insta frisar que, a mora em legislar poderá acarretar danos ao cidadão, na medida em que, a não criação de lei pelo processo legislativo ordinário, cujo escopo, é regulamentar dispositivo constitucional, não permitirá que os cidadãos exerçam direitos ali previstos. Deste modo, quando a inércia em legislar trouxer danos à sociedade ensejará a responsabilidade civil do Estado.

Nesta senda, segundo entendimento da doutrina pátria, bem como jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) o Estado deverá ser responsabilizado sempre que em virtude de sua omissão em legislar, haja danos decorrentes desta inércia aos administrados, cabendo a estes provocar o Poder Judiciário para exercitar o direito pretendido. Neste sentido, é o entendimento de Di Pietro (2008, p. 623) analisando julgado da Suprema Corte:

Mas não há dúvida (porque assim decidiu o Supremo Tribunal Federal) de que a omissão da norma pode ensejar a responsabilidade por perdas e danos. No caso julgado no Mandado de Injunção 283-DF, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence, tratava-se de omissão do Congresso Nacional em disciplinar a matéria do art. 8º do ADCT (RTJ 135-03, p. 882; DJU de 22-4-94, p. 8. 925; e DJU de 1º-7-94, p. 17. 495). A decisão foi no sentido de reconhecer a responsabilidade do Congresso Nacional (ou seja, da União) pelos danos decorrentes da omissão legislativa.

No entanto, há doutrinadores que entendem que, em regra, o Estado não será responsável pela omissão em criar normas, pois em decorrência da harmonia entre os poderes, o Poder Legislativo não deve ser compelido a legislar, a ele, não deve-se estabelecer

prazos para emissão de atos legislativos, pois, em sendo independente a ele caberá o momento adequado para o exercício da atividade legiferante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, ainda que a maioria da doutrina entenda que deverá incidir a responsabilidade do Estado somente quando da emissão de atos legislativos inconstitucionais, estes somente reconhecidos quanto declarados pelo Poder Judiciário, só a partir deste momento é que o Estado poderá ser acionado para ressarcir os danos provenientes de sua ação legislativa.

No entanto, em face, de um Estado Democrático de Direito a responsabilidade do ente público deve está muito além dos limites estabelecido acima, em razão disso, mesmo que o Estado venha a causar danos aos administrados, ainda que sua ação seja lícita, tendo, portanto, amparo legal no ordenamento jurídico pátrio, de modo que, esta ação traga prejuízos relevantes à sociedade, deverá incidir a responsabilidade do ente estatal.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 consagrou no artigo 37, § 6º, a teoria do risco administrativo, segundo este dispositivo deverá incidir a responsabilidade civil do Estado por danos provenientes de qualquer atividade pública, seja este decorrente de uma ação ou até mesmo de uma omissão, no entanto, deverá o particular lesionado fazer prova da relação de causa e efeito entre o dano e a atividade normativa do Poder Público.

Por fim, com fundamento na teoria do risco administrativo, sustentamos que deverá incidir a responsabilidade civil do Estado por ato legislativo, sempre, que, em razão desta atividade o particular seja afetado. Dessa forma, com base na responsabilidade objetiva defendemos a obrigação do Estado de reparar danos, nas seguintes hipóteses: nos casos de lei de efeito concreto e lei inconstitucional; bem como nos casos de omissão constitucional, devendo-se, também, apurar a responsabilidade do Estado quando de lei constitucional, nos casos em que esta trouxer danos a comunidade.

REFERÊNCIAS:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19º ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 42ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINO, Diogenes. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Civil: responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3º ed. São Paulo: Método, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33º ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Sebastião Rodrigues Leite Júnior*

Ricardo Berilo Bezerra Borba**

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade examinar a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil objetiva estatal em relação aos atos emanado pelo Poder Judiciário quando no uso de sua função preponderante: a jurisdicional. De modo que busque meios de compatibilização dos princípios que norteiam a responsabilidade objetiva com os princípios qualificadores do Poder Judiciário, para que aquele, que sofreu dano injusto, provocado por erro culposos do magistrado, tenha possibilidade de alcançar o seu ressarcimento através da admissão do Estado como causador objetivo do dano, e de outro lado, para que o juiz, na possibilidade de tal admissão, não se veja numa situação de cerceamento de sua liberdade criativa nem de falta de autoridade de seus julgados. De modo que, para essa compatibilização, verificar-se-á a necessidade de limitações na aplicabilidade das regras de responsabilidade objetiva em atos jurisdicionais.

Palavras- chave: responsabilidade civil objetiva, atos jurisdicionais, culpa do juiz, princípios, limitações.

ABSTRACT: This study aims to examine the possibility of application of the institute of liability in relation to the objective state acts emanated by the judiciary when the predominant use of its function: the court. So find ways to reconcile the principles that guide the strict liability with the principles of the Judiciary qualifiers, so that one who suffered wrongful damage, caused by negligent error of the magistrate, has been able to achieve its compensation through the admission of the State aim to cause damage, and on the other hand, for the judge, the possibility of such an admission, they see a situation of curtailment of their creative freedom or lack of authority for its decisions. So, for this alignment, there would be the need for limitations on the applicability of the rules of strict liability in judicial acts.

Key words: objective liability, judicial actions, blame the judge, principles, limitations.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções Preliminares Sobre Responsabilidade Civil. 3. Responsabilidade Civil do Estado: Evolução e Fundamento. 4. Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro. 5. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais. 6. Considerações Finais. Referências.

* Bacharelado em Direito no IESP.

** Professor orientador.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Público ao exercer suas inexoráveis funções pode de alguma forma provocar danos aos particulares, seja eles envolvidos diretamente ou não com o ato que ensejou tal dano.

Sobre o dever de reparar dano a terceiro o Código Civil de 2002, é expresso no sentido de que aquele que, por ato ilícito, provocar dano a outrem, tem o dever de repará-lo. A regra aqui como se percebe, tem caráter genérico, englobando tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual.

Como é sabido, o nosso ordenamento jurídico constitucional adota predominantemente, para caracterização da responsabilidade civil do Estado, a Teoria da Responsabilidade Objetiva fundamentada na Teoria do Risco Administrativo, de forma que, basta ao lesado comprovar a relação de causa entre o fato e o dano, sem necessidade de demonstrar a culpa da administração.

Lembre-se que a Constituição ainda prescreve que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham causar a terceiros. Insta frisar que a expressão agente tem amplo sentido, associando num só conceito, todos aqueles que de alguma forma estejam juridicamente vinculado ao Estado, tais como, a título de exemplo, os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em colaboração.

Não há grandes problemas quando o dano é causado em razão de uma função tipicamente administrativa, incidirá sem qualquer objeção a regra da responsabilidade objetiva, tendo a Administração Pública o direito de regresso contra o agente provocador do dano quando verificada sua culpa. O mesmo raciocínio não é tão simples quando nos referimos ao exercício de sua soberania pelo poder Legislativo ou Judiciário, sendo este último o objeto de nosso estudo.

Destarte, questão que gera certa complexidade em relação aos agentes políticos (considerando aqui o juiz como um agente político, segundo doutrina autorizada), diz respeito à responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, já que tais atos é fruto de sua própria soberania através do exercício de uma de suas funções estruturais.

Não há dúvida de que decisões judiciais baseadas em leis inconstitucionais gerarão a responsabilidade civil do Estado quando provocarem danos a outrem, não pelo fato de ser o ato jurisdicional provocador desse dano, mas sim pelo exercício de sua função legiferante. Situação totalmente diferente daquela em que o magistrado no exercício de sua função, com

dolo, provoque dano a alguém. Devendo nesta situação ser o Estado responsabilizado objetivamente, tendo ainda o seu direito de regresso contra o juiz.

No entanto, dificuldade ainda maior encontramos, quando a lesão é provocada por falta de um dever de cuidado por parte do magistrado, ou seja, por culpa, sendo de grande entendimento doutrinário e jurisprudencial, a não responsabilização civil do Estado em tais situações, pelo motivo da existência de meios recursais e administrativos para evitá-las, bem como a proteção ao princípio da inalterabilidade da coisa julgada, além da justificativa de que tal responsabilização faria com que o juiz perdesse sua imparcialidade e independência. A mesma dificuldade não se encontra quando nos deparamos com atos jurisdicionais de natureza criminal, já que nossa Carta Política assegura nessa situação, o direito de reparação por dano causado pela sentença penal condenatória quando viciada de erro judiciário.

Diante disso, verifica-se a importância de esmiuçarmos o tema com o intuito de apontarmos as possibilidades em que há o dever de reparação do dano quando causado pelo Poder Público no exercício da função jurisdicional, tanto por culpa como por dolo. Sendo, ainda, objeto de nosso trabalho, analisar a evolução histórica do desenvolvimento da responsabilidade estatal em nossa ordem jurídica, com escopo de denotarmos o caminho árduo que justifica a dúvida sobre aplicabilidade do dever de reparação pelo Estado quando dano injusto for praticado com culpa pelo magistrado em sua função preponderante: a jurisdicional.

2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

Por lógica gramatical, percebe-se que não são necessários maiores esclarecimentos para se entender que a palavra responsabilidade expressa uma ideia de resposta pela ocorrência de um fato precedente, no entanto, é cabível esclarecermos que a origem do instituto é decorrente do vocábulo verbal latim *spondeo*, no qual vincula o devedor nos contratos verbais do direito romano.

Tomando como ponto de partida, o douto pensamento de Gonçalves (2009, p.1), a noção de responsabilidade civil como aspecto da realidade social, destina-se ela, a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano, causado por toda e qualquer atividade, o que se conclui que, sendo múltiplas as atividades, são também inúmeras as espécies de responsabilidade.

Sendo assim a responsabilidade expressa uma ideia de restauração do equilíbrio, significando a restauração do *statu quo* anteriormente existente. Por esse motivo é de extrema

importância o instituto da responsabilidade civil, por ter como escopo o mantimento de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito.

Um ponto que se deve ter atenção é na diferenciação entre obrigação e responsabilidade, aquela é provinda de uma relação jurídica que vincula o devedor ao credor para o cumprimento de uma determinada prestação, tendo caráter temporário, pois se extingue com o cumprimento. Já a responsabilidade é consequência jurídica do descumprimento de uma relação obrigacional, sendo assim, é um dever jurídico sucessivo, consequência necessária da violação de uma obrigação. Percebe-se assim, que essa obrigação tem natureza originária em relação à responsabilidade, no entanto, note que essa obrigação não é exclusivamente contratual, como podemos concluir pela leitura do art. 927, que diz: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Tal regra é válida tanto para as obrigações contratuais como extracontratuais, não nos cabendo nesse ponto tecermos longos comentários para diferenciarmos tais tipos de obrigação, sendo suficiente notarmos que a responsabilidade contratual, como o próprio nome nos induz, tem seu nascimento num descumprimento de uma avença anteriormente firmada, enquanto a responsabilidade extracontratual ou aquiliana não deriva de um inadimplemento de um contrato, pois não há nenhum vínculo jurídico prévio entre o lesado e o causador do dano, e sim, na inobservância de um dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neminem laeder*).

A conduta violadora de um dever jurídico que faz nascer à responsabilidade pode ser um agir (conduta positiva, comissão) ou também um não agir (conduta negativa, omissão), e ainda, não está coligada a licitude ou ilicitude da conduta. Porém, como regra, é mais fácil notarmos nas relações privadas a responsabilização por atos decorrente de uma conduta ilícita, no entanto, em ocasiões excepcionais o ordenamento jurídico possibilita a responsabilização por atos lícitos, é o que notemos ao compararmos, por exemplo, os artigos 188, II, e 929, do Código Civil:

Art.188. Não constituem atos ilícitos:

(...)

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo eminente.

Art.929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização pelo prejuízo que sofreram.

Sobre a responsabilidade civil por atos lícitos e ilícitos, atente-se ao pensamento exposto por Carvalho Filho (2009, p.519):

No que diz respeito ao fato gerador da responsabilidade, não está ele atrelado ao aspecto da licitude ou ilicitude. Como regra, é verdade, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade, mas, em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico faz nascer à responsabilidade até mesmo de fatos lícitos. Nesse ponto, a caracterização do fato gerador da responsabilidade obedece ao que a lei estabelecer a respeito.

Segundo a teoria clássica a responsabilidade tem como pressuposto o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre a culpa e esse dano, de forma que não havendo culpa não há responsabilidade. Fundamenta-se, portanto, no elemento subjetivo culpa que significa a falta de um dever de cuidado, por negligência ou imprudência, sempre aferível pela previsibilidade e pelo comportamento do *homo medius*. Sendo assim de acordo com o fundamento que se dê à responsabilidade, verificar-se-á o elemento culpa na obrigação de reparar o dano.

Neste sentido, são precisas as palavras de Gonçalves (2009, p.30):

Diz-se, pois, ser 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou 'objetiva', porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo da causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível.

A responsabilidade objetiva tem como fundamento a teoria do risco, no entanto não tem como escopo substituir a teoria clássica da culpa, mas de atenuar situações em que as tradicionais concepções se tornam insuficientes para proteger o lesado. Na teoria do risco é o exercício de atividade perigosa que fundamenta a responsabilidade civil.

São inúmeros os dispositivos e até leis esparsas que adotaram os princípios da responsabilidade objetiva, como o art.936 que trata da responsabilidade do dono de animal, o art.937 que se refere ao dono do edifício em ruína, o art.938 que responsabiliza o habitante da casa de onde caírem ou forem lançadas coisas em lugar indevido, todos do Código Civil. E temos como exemplos de leis esparsas que adotam a responsabilidade objetiva o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Lei de Acidentes do Trabalho.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: EVOLUÇÃO E FUNDAMENTO

Dadas as definições introdutórias sobre responsabilidade civil, é imperioso trazeremos a baila tais conhecimentos para o estudo da responsabilidade civil do Estado, por ser este, aqui, de certa forma, um reflexo de sua aplicação civilista.

Com o escopo de justificar o dever de reparação pelo Estado por danos causados aos indivíduos, vale a pena apreciarmos os pontuais comentários expendidos por Mello (2007, p.957):

Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta a obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva. Esta noção é, hoje, curial ao Direito Público. Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos. Estados Unidos e Inglaterra, últimos refratários à tese, acabariam por assumi-la em 1946 e 1947, respectivamente, embora sem a extensão de que seria de desejar, posto que ainda apresenta caracteres algo restritivos.

E assevera com brilhantismo o ilustre autor (2007, p.960) que:

Um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo. Sem embargo, a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas. As funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares. As condições em que podem ocasioná-los também são distintas.

Nessa toada, é mister notarmos, à guisa de detalhamento que a responsabilidade civil do Estado pode ser contratual ou extracontratual. Na primeira hipótese, que não é objeto do nosso estudo, a responsabilidade decorre do descumprimento de um contrato firmado, regido por normas e regras do direito público, aplicando-se supletivamente normas de direito privado. Lembre-se, no entanto, que o Estado em tais contratos tem, em virtude do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da continuidade do serviço público, posição de preponderância em relação ao contratante, o que implica dizer que, a responsabilização civil nesses casos, tem seu campo de aplicação um pouco mais reduzido. É

o que se percebe, exemplificativamente, nas cláusulas de privilégio e na mitigação da *exceptio non adimplenti contractus*, previstas na lei geral de contratos e licitação Lei 8.666/1990.

Ademais, cabe destacar que será abarcada em nosso estudo a responsabilidade extracontratual. Nessa medida, digno é de apreciação o pensamento de Gasparini (2005, p.895):

O comportamento unilateral comissivo ou omissivo do Estado, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, pode causar dano à pessoa ou ao seu patrimônio. Em razão disso, cabe perguntar: O Estado tem que recompor, integralmente, os gravames de ordem patrimonial infligidos à vítima de sua ação ou abstenção lesiva? Na obrigatoriedade, ou não, de restaurar o patrimônio ofendido reside o problema da responsabilidade civil do Estado. Não se trata de responsabilidade oriunda de ajustes celebrados pela Administração Pública com terceiros, denominada responsabilidade contratual (nesta a responsabilidade está fixada e se resolve com base nas cláusulas do contrato) ou de responsabilidade criminal (as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, não cometem contravenções ou crimes, embora seus agentes, causadores do dano, possam cometê-los). Também não nos diz respeito à obrigação de indenizar, que cabe ao Estado pelo legítimo exercício de poderes contra direito de terceiros, como ocorre na desapropriação e, algumas vezes, na servidão, conforme inteligentemente observado por Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p.473). Cuida-se isto sim, da responsabilidade patrimonial do Estado, responsabilidade extracontratual do Estado ou responsabilidade civil do Estado, em face de comportamentos unilaterais, comissivos ou omissivos, legais ou ilegais, materiais ou jurídicos, que lhe são atribuídos.

Observa-se desde logo, que a responsabilidade civil do estado é hoje universalmente aceita, diferentemente do que ocorria em tempos passados. É o que iremos notar ao verificarmos a evolução da responsabilidade civil estatal, indo da total irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa, e passando esta para a responsabilidade sem culpa, e desta para a responsabilidade objetiva chegando até a teoria do risco social no qual o Estado responde ainda que o dano não lhe seja imputado, coincidindo, assim, com a teoria do risco integral.

Pois bem.

Sobre a fase a irresponsabilidade civil do Estado, que teve notabilidade nos Estados absolutistas, olhe o que diz Gasparini (2005, p.898):

Nestes, negava-se tivesse a Administração Pública a obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes, nessa qualidade, pudessem causar aos administrados. Seu fundamento encontrava-se em outro princípio vetor do Estado absoluto ou Estado de polícia, segundo o qual o Estado não podia causar males ou danos a quem quer que fosse. Era expressado pelas fórmulas: ‘Le roi ne peut mal faire’ e ‘The King can do no wrong’, ou, em nossa língua: “O rei não pode fazer mal” e “O rei não erra”.

Os Estados nessa fase eram totalmente alheios aos danos que causasse a terceiros em decorrência de suas atividades, o que gera um cenário de inconformismo entre as vítimas de

atos estatais, por esse motivo, não prevaleceu, já que a noção do Estado confundia-se com a própria figura intangível do monarca soberano do absolutismo. Não obstante, alguns países desenvolvidos abandonaram recentemente a doutrina da irresponsabilidade do Estado, como por exemplo, os Estados Unidos em 1946 por meio do *Federal Tort Claim Act* e a Inglaterra no ano seguinte através do *Crown Proceeding Act*. É mister anotarmos que no Brasil os tribunais nunca aceitaram a tese de irresponsabilidade civil do Estado.

Diante da inaplicabilidade da teoria da irresponsabilidade estatal, alguns países mesmo durante o período absolutista criaram leis que admitiam a obrigação de indenizar em casos específicos, é o caso das leis francesas que admita a recomposição patrimonial por danos resultantes de atos de gestão. É a partir daí que nasce a teoria da responsabilidade com culpa, como bem fala Carvalho Filho (2009, p.522):

O abandono da teoria da irresponsabilidade do Estado marcou o aparecimento da doutrina da responsabilidade no caso de ação culposa de seu agente. Passava a adotar-se, desse modo, a doutrina civilista da culpa.

Entretanto, procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse à hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.

Surge então o problema de dividir a personalidade do Estado procurando distinguir quais atos eram decorrentes do de coerção providas do poder de império e quais atos decorreriam da atuação no mesmo plano jurídico dos particulares voltada para a gestão da coisa pública. É visível que tais regras gerariam grandes perplexidades.

Por conta da incerteza na distinção entre atos de gestão e atos de império tornou-se necessário um avanço evolutivo no campo da responsabilidade civil do Estado, passando do campo civilista para o campo publicista, entendendo-se que a responsabilidade do Estado é norteadada por regras especiais necessárias a conciliar direitos do Estado com os direitos privados, reconhece então, a culpa administrativa baseada na ideia de culpa do serviço, fundamentada nas teorias publicistas.

Nessa esteira, é contundente apreciarmos novamente as palavras do exímio publicista Carvalho Filho (2009, p.523):

A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de PAUL DUEZ, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível

apontar o agente que o provocou. A doutrina, então, cognominou o fato como culpa anônima ou falta de serviço.

A falta de serviço poderia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa.

O grande desenvolvimento do instituto da responsabilidade proveio do Direito francês através de seu Conselho de Estado, que nessa fase, mesmo sem deixar de lado a teoria da culpa administrativa, passou a adotar em determinadas situações, a teoria do risco, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado.

Prosseguindo nos ensinamentos de Carvalho Filho (2009, p.523), note o que representa a responsabilidade objetiva nos tempos hodiernos:

Essa forma de responsabilidade dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso. Por isso, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano.

Não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta do serviço etc.

Como já exposto, o fundamento da teoria da responsabilidade objetiva tem como fundamento a teoria do risco administrativo, sendo inevitável a comparação com a teoria do risco decorrente de atividades perigosas trazidas na parte introdutória desse trabalho que trata da responsabilidade objetiva nas relações privadas estabelecidas no Código Civil em vigor.

O risco que assume o ente administrador decorre do grau de preponderância deste em relação aos administrados, que tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico.

Note o que aduz Di Pietro (2010, p.646) sobre o que norteia a teoria do risco administrativo:

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual 'para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades'. O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o

equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário.

Pela responsabilidade civil objetiva é desconsiderado pela primeira vez o elemento culpa do agente causador do dano na caracterização do dever de reparação, de forma que basta ao lesado comprovar o dano e a relação de causalidade entre o fato administrativo e o mesmo dano, independentemente desse fato administrativo tenha sido praticado regular ou irregularmente, com prudência ou não.

Apesar da prerrogativa de que o lesado não necessita comprovar a culpa do Estado em um dano eventualmente sofrido, não quer a responsabilidade objetiva afirmar que o poder público deve em qualquer hipótese ser responsabilizado civilmente por tal dano. Em tal situação, na ocasião em que o ente público comprova que a dano é proveniente de culpa integral do lesado, de terceiro ou de força maior não há o que se falar em responsabilidade civil do Estado. Com tal raciocínio apontamos o marco diferenciador entre teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, naquela admiti-se excludente de culpabilidade, enquanto nesta a responsabilidade sequer depende de nexos causal e ocorre ainda que o dano tenha culpa exclusiva da vítima, note o exposto por Gasparini (2005, p.901) a respeito do tema:

Por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga. Portanto, a respeito da culpa da vítima da produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento.

E didaticamente, a respeito de alguma controvérsia que possa haver entre teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, são precisas as palavras de Carvalho Filho (2009, p.524):

Tem havido alguma controvérsia sobre as noções do risco administrativo e do denominado risco integral. No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites. Já no risco integral a responsabilidade sequer depende de nexos causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima. Assim, por exemplo, o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública. É evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado, só sendo admissível em situações raríssima e excepcionais.

Por fim, para concluirmos essa parte do estudo sobre a evolução da responsabilidade civil do Estado, resta-nos citarmos o seu cume de evolução, qual seja, a teoria do risco social onde esta se verifica até nos casos de inimizabilidade do Poder Público. Mais uma vez nos vemos numa posição de não deixarmos de expressar o notável entendimento de Carvalho Filho (2009, p. 524) acerca da questão:

Em tempos atuais, tem-se desenvolvido a teoria do risco social, segundo o qual o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina de socialização dos riscos – sempre com intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa reparação dos danos sofrido. A referida teoria, no fundo, constitui mero aspecto específico do risco integral, sendo que para alguns autores é para onde se caminha a responsabilidade civil do Estado: seria este responsável mesmo se os danos não lhe forem imputáveis.

Terminada toda trajetória de evolução da responsabilidade civil do Estado, frise-se que essa ordem obedece a uma ordem cronológica surgida no cenário jurídico mundial, no entanto, não quer isso dizer que vigore nos Estados a última teoria examinada, ou apenas uma delas, de forma que em cada País há sua evolução interna, aplicando-se, por exemplo, mais de uma dessas teorias. É o que ocorre no Brasil, onde o art. 37, §6º da nossa Carta Magna, prevê em sua primeira parte a adoção da responsabilidade objetiva enquanto no mesmo texto constitucional em seu art. 21, XXIII, “d”, expressa a situação de responsabilidade derivada da teoria do risco integral na situação de danos causados por acidentes nucleares, tendo em vista que o Estado é responsabilizado ainda que ocorram situações que normalmente excluam a responsabilidade. Além da situação como as decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas brasileiras, previsto nas leis 10.309, de 22-11-2001, e 10.744, de 9-10-2003, ambas adotam a teoria do risco integral, conforme Di Pietro (2010, p. 647).

Diante do todo o exposto, não há dúvida que a responsabilidade civil do Estado é hoje universalmente aceita. Sendo de extrema valia trazermos os perfeitos comentários de Mello (2007, p.962) sobre a adoção no nosso sistema da responsabilidade civil objetiva:

No que atina às condições para engajar responsabilidade do Estado, seu posto mais evoluído é a responsabilidade objetiva, a dizer, independente de culpa ou procedimento contrário ao Direito. Essa fronteira também já é território incorporado, em largo trecho, ao Direito contemporâneo. Aliás, no Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema, desde a Constituição de 1946 (art. 194), passando pela Carta de 1967 (art. 105), pelas Cartas de 1969, dita Emenda 1 à ‘Constituição’ de 1967 (art. 105), cujos dispositivos, no que a isto concerne, equivalem ao atual art. 37, §6º.

E sobre os fundamentos da responsabilidade, note que diz o ilustre autor (2007, p.97):

No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.

No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

É de entendimento majoritário na doutrina e nos tribunais, que no Brasil nunca foi aceita a tese da irresponsabilidade civil do Estado. Não obstante, podemos trazer uma pequena observação a respeito do Brasil colonial, que não tinha aspecto de Estado, onde o qual vigorava as leis e as ordenanças de Portugal que aceitavam os postulados da teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado, a única compatível com o governo absolutista português da época.

Enquanto Império, a Constituição de 1924, art.179, XXIX estabelecia que: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”. Dispositivo idêntico se encontrava na Constituição posterior, a de 1891 em seu art.82, a primeira Constituição do Brasil República.

Apesar da leitura *ipsi literis* da norma induzir a ideia de que há uma atenuação da responsabilidade do Estado em tal dispositivo, entendia-se o contrário, haver solidariedade do Estado com seus agentes. Destarte, com o advento do Código Civil de 1916, consagra-se expressamente a responsabilização das pessoas jurídicas de Direito Público, prescrevendo em seu art.15 que as pessoas jurídicas de Direito Privado, são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. Acolhe-se em tal norma a teoria da responsabilidade subjetiva da Administração Pública, seja por culpa civil, seja por falta de serviço, no entanto, mesmo nesse

período, já havia vozes como a de Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti que, interpretavam o teor do dispositivo como de responsabilidade objetiva, principalmente por causa de sua redação imprecisa.

As Constituições de 1934 e 1937 dispuseram de forma idêntica no propósito de responsabilizar solidariamente o Estado e o funcionário por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

O grande avanço de nossa legislação sobre a responsabilidade civil ocorreu com a Constituição de 1946, onde houve a introdução normativa da teoria da responsabilidade objetiva, o que significa dizer, como já visto, a possibilidade do estado ser responsabilizado por danos causados por seus funcionários independentemente de culpa destes:

Art.194. As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo Único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Disposições semelhantes encontrava-se nas posteriores Constituições de 1967 e na Emenda 1, de 1969. Note o que concebe a Carta de 1967:

Art.105. As pessoas jurídicas de Direito Público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo Único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Idêntico teor se encontra no art.107 na Carta de 1969 (Emenda 1 à Constituição de 1967). A diferença crucial entre os dispositivos da Constituição de 1946 com essas duas posteriores, é que naquela não há a hipótese expressa de cabimento de ação regressiva contra o funcionário que agir com dolo, não obstante, tal interpretação sempre foi dada ao art.194 da Carta de 1946.

Antes de expedirmos comentários sobre a situação da responsabilidade civil no Direito brasileiro em vigor, resta-nos enaltecermos os pontuais comentários de M 17 (2007, p.652), sobre o aspecto de evolução em nosso Estado:

O Direito Pátrio oscilou entre as doutrinas subjetiva e objetiva da responsabilidade civil da Administração. Desde o Império os nossos juristas mais avançados propugnavam pela adoção da responsabilidade sem culpa, fundada na teoria do risco que se iniciava na França, mas encontraram decidida oposição dos civilistas apegados à doutrina da culpa, dominante no Direito Privado, porém inadequada para o Direito Público, como o demonstram os nossos mais autorizados monografistas.

Finalmente chegamos a Constituição Federal de 1988, que herdou da Constituição de 1946 a consagração da responsabilidade civil objetiva. No entanto, note que, desde a Constituição de 1946 até a nossa em vigor conviveu-se com o Código Civil de 1916, que adotava, segundo doutrina majoritária, como já expandido em linhas anteriores, a teoria da responsabilidade subjetiva, enquanto os textos constitucionais a teoria da responsabilidade civil objetiva.

Com a vigência do Código Civil de 2002, não há mais dissonância entre a lei civil e a Constituição de 1988, pois o Código passou a tratar o tema com estrita conformidade com esta:

Código Civil. Art.43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

A vigente Constituição regula a matéria no seu art.37, §6º, com o mesmo teor no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, com total compatibilidade entre o Código Civil e a Constituição de 1988, não há qualquer dúvida que no ordenamento jurídico pátrio o Estado se sujeita à teoria da responsabilidade objetiva.

Característica fundamental da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado provar a existência de culpa do agente estatal. Assim, enquanto a responsabilidade subjetiva tem como pressupostos a culpa, o dano e o nexos causal entre a culpa e o dano, na responsabilidade objetiva estatal troca-se a culpa pelo fato administrativo, que pode ser considerado como qualquer forma de conduta, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva atribuída ao Poder Público, conseqüentemente tem que haver nexos entre o dano e esse fato administrativo, independentemente de verificação de culpa neste.

Basta-nos para podermos adentrar no objeto que dá tema a este trabalho, identificar quem são os sujeitos do cenário que comprometem o Estado fazendo incidir o art. 37, §6º, da Constituição Federal.

A Constituição de 1988, além de fazer referência às pessoas jurídica de direito público, o que não é nenhuma novidade, elencou também como sujeita a responsabilidade objetiva as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, que são os concessionários e permissionários de serviço público e as pessoas privadas integrantes da

Administração Indireta, quando se dediquem a prestação de serviço público. O escopo do constituinte foi de impedir que o só ato de delegação de serviço a terceiros, que atuam como se fosse o próprio Poder Público, imunizasse o Estado de ser responsabilizado objetivamente, já que tal serviço, em princípio, caberia ao Estado. Além de facilitar a reparação dos prejuízos sofridos pelo administrado.

Nessa toada, insta fazer alusão que o Estado, como pessoa jurídica que é, é um ser intangível, não tocável materialmente. Todavia, urge ressaltar que, o Estado se faz presente no mundo jurídico através de seus agentes, pessoas físicas cuja conduta é a ele atribuída, de forma que dessa atribuição cabe ao Estado à responsabilidade civil pelos danos causados por aqueles, fruto da adoção da Teoria do Órgão de Otto Gierke, fundamentada no princípio da imputação volitiva.

Observem, nesse sentido, as judiciosas palavras estipuladas por Carvalho Filho (2009, p.530):

Deve considerar-se, por conseguinte, que a noção de agentes estão incluídas todas aquelas pessoas cuja vontade seja imputada ao Estado, sejam elas dos mais elevados níveis hierárquicos e tenham amplo poder decisório, sejam elas os trabalhadores mais humildes da Administração, no exercício das funções públicas por ela atribuídas.

Diante disso, são agentes do Estado os membros dos Poderes da República, os servidores administrativos, os agentes sem vínculo típico de trabalho, os agentes colaboradores sem remuneração, enfim todos aqueles que, de alguma forma, estejam juridicamente vinculados ao Estado. Se, em sua atuação, causem danos a terceiros, provocam a responsabilidade civil do Estado.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Entre as diversas possibilidades de responsabilidade civil do Estado, aquela que se apresenta mais complexa e polemica é a responsabilidade por atos jurisdicionais.

Conforme nos ensina Gonçalves (2009, p.156):

A antiga tese da irresponsabilidade do prejuízo causado pelo judicial danoso vem, ao poucos, perdendo terreno para a da responsabilidade objetiva, que independe de culpa do agente, consagrada na Constituição.

Durante muito tempo entendeu-se que o ato do juiz é uma manifestação da soberania nacional. O exercício da função jurisdicional se encontra acima da lei e os eventuais desacertos do juiz não poderão envolver a responsabilidade civil do Estado. No entanto, soberania não quer dizer irresponsabilidade. A responsabilidade estatal decorre do princípio da igualdade dos encargos sociais, segundo o qual o lesado fará jus a uma indenização toda vez que sofrer um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público.

Destarte, complexidade não há quando o Estado provoca dano em virtude de sua função administrativa, incidirá aqui, sem qualquer objeção a responsabilidade objetiva, tendo a Administração Pública o direito de regresso contra o agente causador do dano quando verificada sua culpa ou dolo.

A doutrina de Meirelles (2007, p.658), nos informa que não haverá responsabilização do Estado por atos jurisdicionais porque a regra de responsabilidade prevista no art. 37, §6º da Constituição não foi direcionada para os agentes políticos, vejamos:

Para os atos administrativos, já vimos que a regra constitucional é a responsabilidade objetiva da Administração. Mas, quanto aos atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de Poderes de Estado.

Malgrado entendimento de ilustre autor, notemos que a Constituição usa apenas a expressão “agentes”, o que podemos interpretar a inclusão de agentes políticos:

CF/88. Art.37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A conceituação de agentes políticos também é um exercício árduo, para Meirelles (2007, p. 75): “são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões por nomeação, eleição, designados para o exercício de atribuições constitucionais”. Essa conceituação do exímio publicista abarca todos aqueles que cumprem atribuições previstas na Constituição, incluindo assim os Magistrados.

Enquanto isso Mello (2007, p.238), qualifica sendo “os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Sua função é a de formadores de vontade do Estado”. Conceito esse mais restrito, que não inclui os Magistrados, mas apenas os escolhidos pela vontade do povo, verdadeiros detentores do Poder.

Não obstante fervorosa discussão, ainda que se entendesse doutrina majoritária, que os magistrados fazem parte da classe de agentes políticos, não obstará a aplicação do art. 37, §6º, pois, repise-se, neste dispositivo constitucional é usado o termo “agente”, que engloba

qualquer classe dos agentes públicos, sejam agentes administrativos, sejam agentes políticos, e ainda particulares em colaboração.

Além desse enquadramento do magistrado como agentes políticos ou não, há diversas teses que refutam a possibilidade do juiz ser um agente provocador da responsabilidade objetiva do Estado. Antes de adentrarmos em tais teses, deveremos delimitar o tema conceituando o que de fato é ato do Poder Judiciário com caráter de jurisdicional e os atos desse mesmo Poder que tem caráter administrativo, pois é de cabal importância diferenciarmos, já que a aplicação da responsabilidade civil objetiva não encontrará barreiras quanto ao último

Note os estudos de Carvalho Filho (2009, p. 545):

As expressões atos judiciais e atos judiciários suscitam algumas dúvidas quanto a seu sentido. Como regra, tem-se empregado a primeira expressão como indicando os atos jurisdicionais do juiz (aqueles relativos ao exercício específico da função do juiz). Atos judiciários é expressão que tem sido normalmente reservada aos atos administrativos de apoio praticados no Judiciário. Para o tema de responsabilidade civil do Estado, é preciso distinguir a natureza dos atos oriundos do Poder Judiciário.

Como todo Poder do Estado, o Judiciário produz inúmeros atos administrativos além daqueles que correspondem efetivamente à sua função típica. São, portanto, atos administrativos, diversos dos atos jurisdicionais, estes peculiares ao exercício de sua função.

Percebe-se que atos judiciais é o gênero de atos jurisdicionais e atos judiciários, os primeiros são funções típicas do magistrado, são atos de cunho processual, como os despachos, sentenças e decisões interlocutórias. Atos judiciários são atos de apoio administrativo e judicial, como atos praticados por motoristas, escrivães, oficiais e atos de conservação e limpeza, são funções atípicas do Poder Judiciário.

Incidem normalmente a regras da responsabilidade objetiva no que se refere às funções atípicas de índole administrativa do Poder Judiciário.

Não obstante, quando nos remetemos aos atos eminentemente jurisdicionais, a resolução da questão encontra diversas barreiras.

Desta feita, é curial apresentarmos aqui os comentários dignos de apreciação de Mello (2007, p.962):

No que respeita às funções públicas suscetíveis de gerarem compromisso estatal por danos, seu marco superiormente avançado é a responsabilidade por atos legislativos – o que já sucede, em alguns casos, em tempos hodiernos. Aceita-se, ainda, embora muito estritamente, a responsabilidade por atos jurisdicionais.

Expendemos agora comentários sobre os argumentos daqueles que são partidários a teoria da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

A primeira tese que pode ser verificada é a ideia de que o Poder Judiciário é dotado de soberania. Parece-nos que tal argumento há muito não vinga em nosso Direito. Nenhum dos poderes é dotado de soberania e, ainda que fosse, tal alegação serviria inclusive para o Poder Executivo alegar sua irresponsabilidade pelos seus atos administrativos, que são funções típicas desse Poder, e como foi dito no início desse trabalho, no Brasil nunca foi adotada a tese da irresponsabilidade da Administração Pública.

E mais.

Os Poderes, como se disse, não são soberanos, pois esse é atributo do Estado. Na verdade os Poderes são dotados de autonomia que, assim como a soberania, não iria sofrer qualquer violação em seu conceito pela admissão da responsabilidade por atos de seus agentes.

Há ainda uma segunda alegação que refuta a responsabilidade por atos jurisdicionais. Estamos tratando aqui da ideia de independência que deve ter o órgão jurisdicional para evitar o tolhimento da liberdade criativa que necessita o juiz para o desempenho de seus mister judicante.

Pensamos que o princípio da independência deve ser interpretado lado a lado com o princípio da responsabilidade democrática, nascedouro do jargão “tanto maior a autoridade, tanto maior a responsabilidade”.

Tal independência não pode servir de escudo de defesa pelas decisões eivadas de erros graves e inescusáveis. Ainda veja, que essa sensação que a responsabilidade objetiva possa intimidar o juiz em suas decisões também não procede, pois ao invés de intimidar, a responsabilidade prevista no art. 37, §6º, serviria para garantir a autonomia do juiz, já que substitui a figura do magistrado pela figura do Estado, impedindo que o juiz sofra ações intimidatórias ou maliciosas por parte dos litigantes insatisfeitos.

É assim que esboça Leite Chaves (1996, p.10):

Se, como afirmou Augusto Dergint, “... é de suma importância que o Juiz possua certa autonomia na interpretação da norma jurídica...” esse fato “... não justifica torná-lo, em defesa de sua independência, irresponsável por suas decisões, principalmente se viciadas por erros graves e inescusáveis...”.

Acentue-se que a preconizada liberdade de consciência do magistrado nada sofreria com a instituição da responsabilidade estatal, uma vez que, já respondendo pessoalmente pelos danos causados (art. 133 do CPC), os juízes não se veriam, naquela hipótese, acuados, pois a verba indenizatória viria aos cofres públicos.

Deveras, ao contrário de intimidar, a responsabilidade substitutiva do Estado, como lembra Cappelletti, serviria para garantir a autonomia dos magistrados, criando o

que denominou de “efeito escudo” contra as ações intimidatórias ou perturbatórias por parte dos litigantes insatisfeitos ou maliciosos.

Outro caminho que alega a irresponsabilidade pelos atos jurisdicionais é a possibilidade de enquadrar o magistrado como agente político, sobre tais ideias já foram esmiuçados comentários em parágrafos supra, cabendo-nos lembrar de que a inclusão ou não do magistrado como agente político não impede a incidência do art. 37, §6º, pois como já informado, o termo usado em tal dispositivo é “agente” de modo genérico, abrangendo todas as categorias de pessoas que, de algum modo, prestem serviços ao Estado.

Prossigamos.

Até o momento não encontramos nenhum argumento que impossibilite a aplicação da responsabilidade pelo ato jurisdicional. Não obstante, estamos para adentrar naquele em que os coligados da tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais mais se exaltam em sua defesa.

Pois bem. Estamos falando do princípio da imutabilidade da coisa julgada como barreira impeditiva da responsabilidade.

Nesse diapasão, é mister, trazermos na íntegra, os perfeitos comentários feito por Leite Chaves (1996, p.12), no belíssimo artigo sobre o tema:

O mais sólido dos argumentos de que lançam mão os partidários da tese da irresponsabilidade é o da coisa julgada. A “res judicata”, segundo sustentam, é erigida com vistas à garantia da segurança das relações jurídicas, evitando-se a insegurança das partes quanto à lide decidida. Ainda que equivocada, a decisão transitada em julgado teria de ser tomada por verdade inatacável, seguindo o brocardo “res judicata pro veritate habetur”. Criando a sua própria “verdade”, a decisão judicial trânsita em julgado não pode, por isso, render ensejo à responsabilidade do Estado.

Em razão disso, os partidários da irresponsabilidade, como lembra Augusto Dergint, entendem que “a concessão de uma indenização por um prejuízo causado por esse julgamento [danoso] implicaria em uma crítica do julgado, uma inaceitável ofensa àquela presunção de verdade legal. Da incontrastabilidade (irretratibilidade) da coisa julgada decorreria, então, a irresponsabilidade do Estado. Admitir-se o contrário significaria perigosa ruptura do basilar princípio da “segurança jurídica”.

Como ressalta Duez, “O argumento, impressionante à primeira vista, não resiste, entretanto, a uma análise mais profunda”. Não passa de um “mito”, “uma barreira” erigida para afastar-se a responsabilidade do Estado.

A autoridade da coisa julgada, com efeito, não é obstáculo ao reconhecimento do dever estatal de indenizar os danos causados por atos judiciais, sendo, quando muito, um limite àquela obrigação. Entretanto, a existência de um limite ao exercício de um direito não implica dizer que ele não exista. Assim, por exemplo, pelo só fato de a ação rescisória apresentar limite temporal, não se pode sustentar sua inexistência.

Na análise do problema, deve-se ter em conta que, nas mais das vezes, os danos às partes são ocasionados por atos diversos das sentenças de mérito, insusceptíveis, pois, de fazerem coisa julgada, como são as medidas cautelares, os atos preparatórios, preventivos e de execução. Nesses casos, não se há falar que a instituição da responsabilidade estatal implica violação à “res judicata”.

Assim, o limite de responsabilidade estatal em face da coisa julgada faz-se presente tão-somente nos casos em que houver sentença de mérito, única apta a transitar em julgado e, pois, a tornar-se imutável. Nesse caso, como afirma Yussef Cahali, "... se há coisa julgada, enquanto estiver de pé, isto se constitui em elemento inibitório da responsabilidade civil do Estado...". Daí por que, nessa hipótese, segundo aquele jurista, a reparação do dano ficará condicionada à prévia rescisão da sentença; e havendo coisa soberanamente julgada o pleito indenizatório torna-se inviável.

De fato. O instituto da coisa julgada não tem condão em todos os atos jurisdicionais, tal empecilho levantado só serviria como barreira à responsabilidade estatal nas sentenças de mérito. Mas ainda aqui, nas sentenças de mérito, se atente ao pensamento de Di Pietro (2010, p. 663):

Com efeito, o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança da decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.

Nesse aspecto, observe que para a ilustre autora, nem a coisa julgada é limite para a responsabilidade estatal por atos jurisdicionais.

Há quem condicione o pleito indenizatório contra o Estado a prévia utilização dos meios recursais para evitar a possível consumação do dano. Nesse sentido, encontramos tais pensamentos em Leite Chaves (1996, p.18): "Não parece razoável que a parte desidiosa, vendo uma decisão danosa, deixe de recorrer contanto com a possibilidade de ajuizar, posteriormente, uma ação indenizatória contra o Estado".

De outra banda, a alegação de existência de meios recursais, serve para repudiar a responsabilização do Estado em atos jurisdicionais, pois, se a decisão em segunda instância confirmar a do juízo *a quo*, satisfeito estaria o princípio implícito do duplo grau de jurisdição, não podendo uma ação autônoma contra o Estado servir de sucedâneo recursal e, numa outra análise, o prejudicado deixando de recorrer, verificar-se-ia a caducidade de seu direito.

Perceba que até o momento nos referimos aos atos jurisdicionais praticados sem qualquer distinção em sua jurisdição, não fazendo alusão específica ao âmbito criminal nem cível, e ainda, não nos atenhemos aos danos provocados por dolo do juiz ou fraude. Por lógica, se tal observação foi dada, é pelo motivo de existir tais distinções entre atos provocados com dolo ou não e, entre alguns atos jurisdicionais de natureza penal com os atos de natureza civil.

Anote-se, ainda, que decisões judiciais baseadas em leis inconstitucionais que provocarem efetivamente danos ao administrado, gerarão a responsabilidade civil do Estado.

Contudo, a responsabilização não é provinda da atividade jurisdicional, mas sim da função legiferante.

Prescreve o art. 5º, LXXV, da CF que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. A interpretação literal do dispositivo constitucional em apreço, nos trás a ideia de que há duas relações jurídicas no inciso supra, a primeira que indica que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário”, o que gera dúvida se tal erro judiciário inclui o de natureza civil, e a segunda parte, “assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, logicamente essa segunda está sendo remetida a jurisdição penal. Malgrado tal interpretação geradora de dúvidas, é de entendimento na doutrina majoritária e nos tribunais, que tal prescrição refere-se aos atos jurisdicionais de natureza criminal de modo que, se percebe que a solução sobre a responsabilidade do Estado é tranquila quando se estiver falando destes.

A Lei dos Ritos em seu art. 133 apresenta-nos uma possibilidade expressa de responsabilizar o juiz em seus atos jurisdicionais, diz ele que o juiz responderá por perdas e danos quando proceder, no exercício de suas funções, com dolo ou fraude e ainda quando se omitir, recusar, retardar, sem justo motivo, providencia que deva tomar de ofício ou a requerimento do réu. Parece-nos que tal norma faz incidir a responsabilidade individualizada na pessoa juiz, tendo, aquele que alega comprovar o dolo ou a fraude, no entanto, não devemos esquecer de que o juiz é um agente público, sendo assim, não podemos deixar de aplicar o art. 37, §6º, responsabilizando a pessoa jurídica federativa a qual este faz parte, assegurando ao Poder Público o direito de regresso contra o magistrado.

Em tal situação o prejudicado poderá propor ação indenizatória contra o juiz que agiu de modo doloso ou fraudulento ou ainda contra o Estado. Não obstante, ainda que proponha a ação em litisconsórcio passivo, em todas as situações terá que provar que a conduta judicial foi praticada dolosamente.

Ao ler tal dispositivo do Código de Processo Civil, pode se pensar que o problema da responsabilização ou não do Estado por atos do órgão julgador estaria solucionado. E de fato está quanto aos atos praticados com vontade e consciência dirigidas a causar prejuízo ao administrado, todavia, em face diametralmente oposta, os atos jurisdicionais praticados com negligência, imprudência ou imperícia, o que se resume em culpa no seu sentido estrito, ainda é um caminho tortuoso quanto à admissão, contando com muitos adeptos que proferem a irresponsabilidade estatal em tais situações, justificando a existência de meios processuais recursais e administrativos para evitar danos que o juiz, por uma falta do dever de cuidado, possa causar.

Ilustremos nesse sentido, o pensamento esposado por Carvalho Filho (2009, p.547):

Em nosso entendimento, portanto, se um ato culposos juiz, de natureza cível, possibilita a ocorrência de danos à parte, deve ela valer-se dos instrumentos recursais e administrativos para evitá-los, sendo inviável a responsabilização civil do Estado por fatos desse tipo. A não ser assim, os juízes perderiam em muito a independência e a imparcialidade, bem como permaneceriam sempre com a insegurança de que atos judiciais de seu convencimento pudessem vir a ser considerados resultantes de culpa em sua conduta.

Na mesma linha temos Meirelles (2007, p.659):

O ato judicial típico, que é a sentença ou decisão, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, nas hipóteses do art. 5º, LXXV, da CF/88. Nos demais casos, tem prevalecido no STF o entendimento de que ela não se aplica aos atos do Poder Judiciário e de que o erro judiciário não ocorre quando a decisão judicial está suficientemente fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam. Ficará, entretanto, o juiz individualmente e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do CPC, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado. Porém, nos casos referidos no art.5º, LXXV, a responsabilidade é do Estado, não do Juiz.

Parece-nos que o principal empecilho para adoção da responsabilidade estatal em atos jurisdicionais viciados decorrentes de conduta culposa do juiz é a própria proteção ao princípio da coisa julgada e a inexistência de lei em tal sentido. Vimos que, se o ato jurisdicional causador de dano for praticado em alguma das hipóteses do art.133 do CPC, – dolo, fraude, omissão, recusa ou retardamento injustificado – haverá o dever de reparação quando o lesado provar a conduta dolosa do magistrado. Da mesma forma haverá responsabilidade nas situações de natureza criminal em que o réu ficar preso além do tempo fixado na sentença (art.5º, LXXV, CF/88). Nota-se que tais situações estão estabelecidas expressamente, diferentemente do que ocorre nas hipóteses de culpa.

Em idêntica trilha dos autores supramencionados, temos a orientação de Gasparini (2005, p.904):

Em princípio, o Estado não responde por prejuízos decorrentes de sentença (o Poder Judiciário é soberano; os juízes devem agir com independência e sem qualquer preocupação quanto a seus atos ensejarem responsabilidade do Estado; o magistrado não é servidor público; a indenização quebraria o princípio da imutabilidade da coisa julgada).

(...)

A sentença não pode propiciar qualquer indenização por eventuais danos que possa acarretar às partes ou a terceiros, dado que ato da essência da soberania (RDA, 105:217, 114:298). Devem ser ressalvadas as hipóteses de condenações pessoais injustas, cuja absolvição é obtida em revisão criminal (CF, art.5º, LXXV), e, ainda assim, se essas condenações não forem imputadas a ato ou falta do próprio condenado, consoante estabelece o §2º do art.630 do Código de Processo Penal (RDA, 77:272) e as expressamente indicadas em lei (RDA, 193:316).

O Supremo Tribunal Federal corrobora o pensamento de ilustres autores, exemplificativamente no RE 463.465 em decisão de Agravo Regimental, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo, afirmou que os magistrados têm plena liberdade funcional, ficando a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenha agido com dolo, fraude ou culpa grosseira e ainda acolheu a tese de defesa da recorrente no sentido de que o Estado não responde civilmente pelos danos causados pelo órgão jurisdicional, exceto quando previstos em lei.

Nessa perspectiva, parece imperioso para a Suprema Corte, a existência de norma legal que qualifique atos culposos do juiz como possível fato gerador da responsabilidade objetiva do Estado. Não obstante, preconiza Mello (2007, p.963) que a falta de previsão legal não é motivo suficiente para abstenção da aplicação da responsabilidade objetiva, sendo esta, fruto da própria noção de Estado de Direito. Com o escopo de maior entendimento, transcrevemos suas palavras:

Parece-nos que a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independe de regra expressa para firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro.

Segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito.

(...)

Por tudo isto não cremos que se possa, no moderno Estado de Direito, colocar qualquer dúvida sobre a existência do principio da responsabilidade do Estado nos casos em que falte texto expresso dispondo sobre a matéria. Igualmente, parece-nos sem fomento jurídico satisfatório buscar apoio em regras do Direito Privado para sustentar-lhe a existência, uma vez que a base para admiti-lo reside na própria espinha dorsal do Estado de Direito.

Inobstante as colocações *supra* pareçam de uma lógica inconfutável, a tese da responsabilidade pública mesmo após o surgimento do Estado Constitucional, não se impôs com facilidade.

Não perca de vista, entretanto, que para aqueles que defendem a irresponsabilidade do Estado em atos jurisdicionais causadores de danos injustos eivados de culpa, tem-se ainda a barreira da coisa julgada, prevista constitucionalmente (CF, art.5º, XXXVI), a ser enfrentada. É que, ainda que haja lei responsabilizando o Estado por atos jurisdicionais provocados de modo culposos, discutir-se-ia a sua constitucionalidade, pois tal norma quebraria a essência da coisa julgada, que é a de evitar a perpetuidade dos litígios e a segurança jurídica, conceituada por Liebman (1976, p. 137): “não é um efeito da sentença e

muito menos pode identificar-se com a eficácia declaratória da mesma sentença: a coisa julgada é algo mais que se acresce à decisão para aumentar sua estabilidade”.

Em consonância com o eminente jurista italiano, o estimado professor Carvalho Filho (2009, p.545) tem nos ofertado os seguintes argumentos:

Por outro lado, o instituto da coisa julgada, aplicável às decisões judiciais, tem o intuito de dar definitividade à solução dos litígios, obediente ao princípio da segurança das relações jurídicas. Se a decisão judicial causou prejuízo à parte e esta se valeu dos recursos para revê-la, sua inércia a impede de reclamar contra o ato prejudicial. Se, ao contrário, o ato foi confirmado em outras instâncias, é porque tinha legitimidade, sendo, então, inviável a produção de danos à parte.

Assim, até mesmo para aqueles que entendem que o Estado deve ser responsabilizado nesses atos jurisdicionais, a coisa julgada é um forte argumento contra sua admissão. Nesse diapasão, repita-se o pensamento de Leite Chaves (1996, p.13) que atenua o grau de limitação promovida pela coisa julgada:

Assim, o limite de responsabilidade estatal em face da coisa julgada faz-se presente tão-somente nos casos em que houver sentença de mérito, única apta a transitar em julgado e, pois, a tornar-se imutável. Nesse caso, como afirma Yussef Cahali, “... se há coisa julgada, enquanto estiver de pé, isto se constitui em elemento inibitório da responsabilidade civil do Estado...”. Dai por que, nessa hipótese, segundo aquele jurista, a reparação do dano ficará condicionada à prévia rescisão da sentença; e havendo coisa soberanamente julgada o pleito indenizatório torna-se inviável.

Com todo efeito, vimos que para Di Pietro (2010, p.663), mesmo que tenha sentença de mérito, a possível responsabilização do Estado por atos jurisdicionais não vai implicar mudança na decisão judicial, de forma que a coisa julgada persiste, permanecendo inatingível. O que de fato ocorre é o nascimento de uma nova relação jurídica entre sujeito prejudicado e Estado, permanecendo a relação anterior entre sujeito vencido e sujeito vencedor inalterável, vinculados aos efeitos da sentença, consequentemente da coisa julgada.

Assumindo a linha de pensamento que busca responsabilizar o Estado inclusive nos atos típicos do poder judiciário eivado de erro, encontra em Dergint (1994, p.144) algo digno de apreciação:

Mesmo prescrita a ação rescisória, é de se admitir possa o prejudicado, pelo erro do Estado-Juiz, obter indenização, ainda de que na ação indenizatória não se busca a desconstituição da sentença lesiva e não se vinculam as mesmas partes (mas uma delas e o Estado). Assim sendo, a responsabilidade estatal não se contrapõe à coisa julgada, sendo despicinda a desconstituição do ato jurisdicional (através da ação rescisória).

Para Figueiredo (2004, p.287), não há razão que impossibilite a responsabilização objetiva decorrente dos atos de jurisdição:

Quanto a nós, não vemos empecos para responsabilizar o Estado por atos praticados por uma de suas funções, a judiciária. Efetivamente, encarna o Judiciário também a figura do agente público, de alguém que diz o Direito em normas concretas e por conta do Estado. Se assim é, dentro de certas comportas, que o regime jurídico da função postula, há de ser também responsabilizado na hipótese de lesão.

É evidente que se não de colocar standards e critérios de razoabilidade para decisões judiciárias. Entretanto, se houver decisões lesivas desconcertadas do Direito, certamente responderia por elas.

Se negada, por exemplo, liminar em mandado de segurança embora presentes seus pressupostos legais, se de tal negativa ocorrer o dano, haverá responsabilidade de quem, desbordando de seus limites, tê-la-ia negado. Nosso posicionamento é, pois, no sentido de que o Estado responde, e sobretudo pela jurisdição retardada, que acaba por configurar denegação de justiça.

Conquanto demasiado sedutores os argumentos expendido pela insigne mestre publicista, não é esse o entendimento que prevalece em nossa jurisprudência, com exceção de alguns poucos julgados. Se atenha ao que nos informa Di Pietro (2010, p.664):

A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista.

(...)

Merece menção uma importante decisão do STF que pode significar mudança de orientação da jurisprudência no que diz respeito à responsabilização do Estado por atos judiciais. Trata-se de acórdão proferido no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi Relator o Ministro Néri da Silveira, julgado em 5-3-2002 (DJU de 12-4-2002). Nele se decidiu que a autoridade judicial não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados, devendo a ação ser proposta contra a Fazenda Estadual, a qual tem o direito de regresso contra o magistrado responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Uma ultima questão.

Tem-se discutido se a demora injustificada na prestação jurisdicional, não provocado pelo acúmulo de serviço, faz com que incida a responsabilidade objetiva estatal.

Leite Chaves (1996, p.19) pensa que:

Por outro lado, admite-se uma responsabilidade do Estado em caso de demora na prestação jurisdicional, quando não decorrente de comprovado acúmulo de serviço. A parte, não apenas como cidadão, senão também como consumidor, pois paga tributos, tem direito a receber um serviço não só justo e eficiente. O dano causado pelo juiz desidioso deve ser reparado pelo Estado, por culpa “in eligendo” e “in vigilando”, por manter em seus quadros um mau agente público. Nesse caso, a responsabilidade substitutiva do Estado é preferível à responsabilidade pessoal do magistrado, pois o Estado é sempre solvável.

Com a edição da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), foi insculpido em nossa Constituição, em seu art.5º, LXXVIII, o princípio da razoável duração do processo e com isso o tema da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais decorrentes de atrasos na prestação da Justiça ganhou mais desenvoltura. É o que expõe Carvalho Filho (2009, p.548):

Para alguns estudiosos, se a violação decorrer de falha no serviço judiciário ou em paralisações injustificadas do processo, o Estado está sujeito à responsabilidade objetiva, com base no art.37, §6º, da CF/88. Assim não pensamos, porém. Sem considerar a indeterminação do conceito – já que “duração razoável” é expressão fluida e sem densidade de exatidão – parece-nos que a ofensa ao referido princípio implicará sempre a investigação sobre a forma como se desenvolveu o serviço, de modo que a conclusão a que chegar o intérprete terá que enveredar pelo terreno da culpa no serviço. A hipótese, pois, é a de incidência da responsabilidade com culpa (ou subjetiva, se assim se preferir).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude da iminente evolução do Direito Público, que tem como um de seus pilares, a repartição dos riscos e dos ônus decorrente da atividade estatal, enraizada no Século das Luzes no art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, fruto da Revolução Francesa, segundo o qual “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”, pensa-se que cada vez mais se justifica a adoção da responsabilidade civil objetiva do Estado por atos Jurisdicionais, inclusive naqueles em que o dano injusto ao lesado for causado com culpa em sentido estrito pelo julgador.

O Poder Judiciário assim como qualquer outro Poder previsto na Constituição, é dotado de funções típicas e atípicas. Quando exerce uma de suas funções atípicas, qual seja, a função administrativa, aplica-se perfeitamente a responsabilidade civil objetiva prevista constitucionalmente. Contudo, quando exerce sua função preponderante, contesta-se a aplicabilidade de tal regra responsabilizatória em certos atos de jurisdição.

De fato. Quando o erro jurisdicional for causado no âmbito criminal ou nas hipóteses previstas legalmente (Art. 133, CPC – Dolo, fraude, omissão, recusar, retardar injustificadamente providencia que deva tomar de ofício ou a requerimento do réu), não há dúvida quanto aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva, inclusive nas hipóteses do Código Processual Civil, deste que, nesse caso, a parte comprove o dolo do juiz causador do dano injusto.

A responsabilização civil objetiva nas hipóteses em que o dano injusto for causado por falta de um dever de cuidado do juiz (culpa), em que pese grande aceitação doutrinária, ainda não é adotada em nossos tribunais. Justifica-se esse pensamento jurisprudencial, a ideia de soberania que é dotado o Poder Judiciário. Nessa esteira, se o Poder Judiciário é dotado de soberania, assim também é o Poder Executivo, e esse, como vimos, aplica-se a responsabilidade objetiva, exceto nos casos de danos provocados por omissão do agente público, em que se aplica a responsabilidade subjetiva ou com culpa. Os Poderes são independentes (autônomos) e harmônicos entre si. Entender a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva em um e não em outros, é o mesmo que quebrar tal harmonia, corolário do princípio da Tripartição dos Poderes.

Entende-se que o art.37, §6º, de nossa Constituição, ao utilizar o termo jurídico “agentes”, nada justifica a interpretação de que o constituinte não incluiu nesse dispositivo os atos de juízes que causarem dano injusto a terceiro, pois, esses também são agentes, ainda que agentes políticos, como prefere grande entendimento doutrinário.

É certo que na hipótese de erro-crasso provocado por culpa do juiz, vem-se admitindo a responsabilidade civil objetiva do Estado, o que de certa forma é um avanço, no entanto, o erro não grosseiro está longe de ser admitido como fato gerador da incidência de responsabilidade objetiva. Pelo principal motivo do Direito não ser uma disciplina silogística, eternamente imutável, não se pode admitir, nesses termos, a responsabilização por erros de interpretação ou de valoração de prova, em face da mutabilidade do conceito do que é certo e do que é errado na ciência jurídica.

Ainda que se entenda que o Estado deve ser responsabilizado por atos jurisdicionais, não se pode admitir uma tese de responsabilização desmedida, de natureza protelatória e que infrinja o cunho de perpetuidade da coisa julgada.

Desse modo, a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais nas hipóteses de dano causado com a falta de um dever de cuidado pelo magistrado, deve ser mensurada pela equidade, de forma que não venha a prejudicar a segurança jurídica da coisa julgada, assim também como o funcionamento com independência do judiciário, bem como não deixar a vítima de erro jurisdicional sem resposta pela má prestação do serviço.

Responsabilizar o Estado por ato jurisdicional é tarefa árdua, e deve necessariamente, a fim de proteger a liberdade de criação do juiz e sua independência, ater-se a meios cautelosos, de modo que não se pode admitir a responsabilização por danos decorrentes de interpretação de normas de direito e de valoração de provas e fatos. De certa forma, o erro que

enseja a responsabilização é, além do erro grosseiro, os outros visualmente perceptíveis pelo médio conhecimento jurídico, uma espécie de utilização do *homo medius* jurisdicional.

Dito isto, corrobora-se o pensamento do ilustre mestre português Canotilho (1993, p.660), quando nos traça limites de admissão da responsabilidade estatal: quando houver grave violação da lei resultante de negligência grosseira; afirmação de fatos inexistentes no processo; negativa de fatos, cuja existência é comprovada nos autos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, “Constituição Política do Império do Brasil (25 de Março de 1924)”.

Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>

BRASIL, “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891)”. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>

BRASIL, “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934)”. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>

BRASIL, “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de Novembro de 1937)”. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos.

Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>

BRASIL. “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de Setembro de 1946)”. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>

BRASIL. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1967”. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>

BRASIL. “Emenda Constitucional N. 1, de 17 de Outubro de 1969”. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>

BRASIL. “**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**”. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

BRASIL, “**Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**”. Institui o Código Civil de 2002, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

BRASIL. “**Lei 7565, de 15 de Dezembro de 1986**”. Institui o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>

BRASIL. “**Lei 6.367, de 19 de Outubro de 1976**”. Dispõem sobre o seguro de acidentes de Trabalho a cargo do INPS, e dá outras providencias. Disponível em <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1976/6367.htm>>

CANOTILHO, J. J. Gomes, “**Direito Constitucional**”, 6 ed., Coimbra, Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, “**Manual de Direito Administrativo**”, 21 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

DERGINT, Augusto do Amaral, “**Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, “**Direito Administrativo**”, 23. ed., São Paulo, Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “**Curso de Direito Administrativo**”. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes, “**Direito Administrativo**”, 10. ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto, “**Direito civil brasileiro, volume IV; responsabilidade civil**”. 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

LEITE CHAVES, Rogério Marinho, “**Responsabilidade do Estado por Ato Judicial**”, retirado da **Revista Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais**, n 86, Outubro, São Paulo, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes, “**Direito Administrativo Brasileiro**”, 33 ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, “**Curso de Direito Administrativo**”, 22 ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS: reparações e proporcionalidades

Tatiana Morena Gadelha Botelho*

Prof^a Mariana Tavares de Melo**

RESUMO: Este trabalho apresenta um estudo das implicações de responsabilidade civil em face dos agentes causadores de degradação ao meio ambiente, examinando os seus aspectos e as diretrizes que norteiam este desempenho e, de que forma a atual legislação impõe os seus limites para com a sua atuação. Neste estudo buscar-se-á abordar as penalidades e a exposição de políticas de proteção ao meio ambiente enfatizando a incidência do direito civil, suas atribuições, importância para o interesse coletivo, público e privado, e os aspectos que carecem de profunda análise a fim de elucidar os principais questionamentos suportados pelo ramo ambiental.

Palavras-chave: Proteção ao Meio Ambiente. Agentes infratores. Responsabilidade Civil. Dano moral.

ABSTRACT: This paper presents a study of the implications of liability in the face of the causative agents of degradation to the environment, examining its aspects and guidelines that guide this performance, and how the current legislation imposes its limits with its performance. This study will seek to address the penalties and exposure policies to protect the environment emphasizing the incidence of civil law, its mission, importance to the public interest, public and private, and aspects that require deep analysis to clarify the main questions supported by the environment sector.

Key words: Environmental Protection. Agents offenders. Liability. Damage.

SUMÁRIO: 1 DEVER DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE; 2 INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL; 2.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002; 2.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DANO AMBIENTAL; 3 DO RETRATO NACIONAL; 4 DA REPARAÇÃO E PROPORÇÃO; 4.1 DA SANÇÃO REPRESSIVA E DURADOURA; 4.2 DA PROPORÇÃO ENTRE A CAPACIDADE ECONÔMICA DO AGENTE E A REPARAÇÃO APLICADA; 4.3 OS CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO DEVIDO; 5 O INCREMENTO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO MELHOR FORMA DE DEFESA DOS ECOSISTEMAS; 5.1 DAS SOLUÇÕES PRÁTICAS; 5.2 REFLEXÃO SOCIAL NO MEIO AMBIENTE; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

* Bacharelada em Direito

** Professora Orientadora

1 DEVER DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Em virtude do enérgico movimento com que caminha a coletividade de todo o mundo, surgir-se-á a necessidade da criação de novas medidas que regulamentam os mais diferenciados tipos de relações, sejam públicas ou privadas, dentre elas destacamos neste presente trabalho aquelas específicas a “Responsabilidade Civil por Danos Ambientais”, sob a ótica do crescimento econômico e do meio ambiente.

É correto assegurar que o Brasil está passando por uma fase de ascensão econômica, onde os investimentos em novas oportunidades de fomentar dinheiro estão a todo vapor. Por outro lado, o mundo presencia alterações no meio ambiente que preocupa a todos. Os noticiários enfocam várias questões que envolvem o desafio de crescer em paralelo ao respeito quanto o meio ambiente, mostrando que a busca por um desenvolvimento sustentável encontra dantescas dificuldades, e que de forma oposta a esta, o homem, por vezes, não considera a sua importância para com a essência humana, e ceifa sua existência natural.

Grande maioria dos países procura harmonizar o crescimento econômico em meio à política de preservação do meio ambiente, à medida que faz com que atividades potencialmente degradadoras, para que possam funcionar, se adaptem às normas ambientais.

Dessa forma, diversos instrumentos são utilizados para minorar os danos que podem ser causados a natureza; entre eles listamos especialmente o licenciamento ambiental, inauguração de leis protetoras do meio ambiente, bem como a instituição de órgãos que representam os interesses destas etc. Somados a outros instrumentos, se apresentam como importantes aparelhos preservacionistas que buscam garantir o desenvolvimento de forma sustentável.

Todavia, neste presente escrito não buscamos explicar demasiadamente a preservação do meio ambiente, mas sim, perceber uma maior compreensão entre a responsabilidade do agente causador perante os danos ambientais.

Por meio desse procedimento, cobra-se do empreendedor a responsabilidade exigida pelo art. 225, da Constituição Federal, que trata do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de forma garantir a livre iniciativa e a livre concorrência. Vale salientar que este instrumento assim como todas as outras medidas de repressão ambiental, enfrenta problemas que muitas vezes entravam o seu desenvolvimento, pois, como veremos uma vez causado o dano, este será de difícil reparação.

Dessa forma, naquilo que é possível, deve-se buscar melhorias em sua aplicabilidade preventiva, e se necessário, utilizar-se dos meios adequados e proporcionais para que seja reparado o dano na modalidade repressiva.

O grande elenque desta questão está no grau de proporção entre o dano causado, e a respectiva responsabilidade que é imputada ao causador e o dever de reconstituição do meio ambiente.

Para essa pesquisa, alguns procedimentos técnicos foram adotados: a natureza da vertente metodológica é a qualitativa, vez que o desenvolvimento sustentável, através da responsabilidade civil e o dano ambiental, são as questões que envolvem os interesses da sociedade.

O método de abordagem em questão é o dedutivo, pois ele se utiliza de informações e considerações no seu aspecto mais amplo, para se chegar lentamente à análise de um caso particular, de forma que, nos primeiros capítulos, tratou-se dos institutos que configuram a responsabilidade civil e o dever de proteção ao meio ambiente, para ao final, discorrer-se sobre a relação existente entre ambos, demonstrando a importância deste para à harmonia dos interesses da sociedade, bem como soluções para que a mesma se torne mais eficiente.

Com relação à classificação da pesquisa quanto ao objetivo geral e procedimento técnico, tem-se, respectivamente, uma pesquisa explicativa e bibliográfica. Isto porque, frente ao nosso objetivo de estudo, as causas e as consequências para os fenômenos foram buscadas a partir de teóricos, além de se proceder à consulta de websites e obras remissivas. Isto justifica, ainda, a técnica de pesquisa da documentação indireta, pois se fez a transposição do entendimento do que foi lido e estudado, e procedido o embasamento, utilizando-se de obras analíticas acerca do Direito Ambiental.

O trabalho foi estruturado em capítulos, com a pretensão de melhor organizá-lo e oferecer uma leitura mais clara e concisa de maneira a facilitar a sua compreensão. Assim, no capítulo I são procedidas considerações acerca do instituto da responsabilidade civil, apresentando-se a sua parte conceitual e sua aplicabilidade. Logo em seguida, são analisadas as principais normativas legislativas que ensejam a segurança ao meio ambiente, bem como os meios de sua preservação.

O entrelaçamento de tais estudos foi tratado exclusivamente nos capítulos seguintes, onde é caracterizado diametralmente como um instrumento de controle ambiental. Depois de conceituado, foram apresentados os diferentes pontos de vista a respeito da natureza jurídica da das consequências legais imputadas ao causador do dano, para, logo em seguida, tratar-se da sua proporcionalidade em relação ao dano causado.

Nos últimos capítulos chega-se ao selamento da pesquisa monográfica, onde compreende a contextualização da temática em face do dano ambiental; ressaltando a sua importância para tal o desenvolvimento, sendo demonstrada, a começar pelos princípios ligados a ambos e a sua importância que ficou latente ao ser analisado seu caráter repressivo e os benefícios que as gerações futuras podem dele usufruir, como forma de contribuir para o melhoramento do meio ambiente e uma sociedade fundada na paz e bem estar social.

Nem sempre se torna espontâneo o adimplemento dos requisitos e limites perpetrados pelas normas do Direito Ambiental no que tange às atividades humanas e o equilíbrio ambiental. O Governo, subsidiando-se através de leis, tem a incumbência de proteger o meio ambiente, e para isso se utiliza de diversos controles prévios, com o intuito de regularizar a realização das chamadas atividades controladas, bem como aqueles de natureza repressiva que desdobrasse posteriormente ao dano ocasionado.

Ademais, em termos da modernidade, o Meio Ambiente surge como uma nova instituição, pois é como tal reconhecida em documentos legais, ao menos implicitamente. Compreendemos (MALARÉ, 2009, p. 217):

O meio ambiente é, sobretudo uma realidade dinâmica e mutante, holística e sistêmica; ele é alvo de ciências e técnicas aplicadas, realidade interdisciplinar e mesmo transdisciplinar, que desafia abertamente qualquer competência exclusiva, seja científica ou normativa. É um fato múltiplo e constantemente renovado, de modo que nunca será esgotado em suas diversas análises. Isso é um consolo – triste consolo, porém – para as nossas limitações, ao mesmo tempo que constitui desafio para as nossas justas pretensões de conhecê-lo e administrá-lo.

Tal afirmação justifica-se pelo gênero de “Políticas de Proteção ao Meio Ambiente”, a qual, através de sua origem constitucional, zela pela proteção a natureza, conduzindo os haveres da sociedade a uma perfeita harmonia com todo o ecossistema do planeta.

A Constituição Federal Brasileira exerce o papel de principal norteador da proteção meio ambiente, devido a seu complexo teor de direitos, mensurado pela obrigação do Estado e da Sociedade na garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que se trata de um bem de uso comum do povo que deve ser preservado e mantido para a presente e futuras gerações.

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações.

3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e

administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

[grifos apostos]

Frisa-se que a Carta Magna, em seu parágrafo terceiro, tratou de ressaltar que além das sanções penais e administrativas, a imposição de obrigações que visem à reparação do dano é devida; este cuidado é realizado através da atribuição do dever a reparação pelos responsáveis do dano, sendo este voluntário ou não.

Nesse contexto exprime Álvaro Villaça Azevedo¹, sobre à responsabilidade civil: “*é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei*”.

A Lei Federal nº 6.938 (de 31 de agosto de 1981), que instituiu a "Política Nacional do Meio Ambiente", estabelece como princípio dessa mesma política que "o Meio Ambiente é patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo". (Art. 2º, II).

Essa lei consagra explicitamente a tese que tem sido objeto de discussões e experiências nos mais variados períodos da História e em todas as suas formas de civilização que apareceram sobre a face da Terra.

Por sua vez, o dispositivo constitucional retro citado nos apresenta um conceito referente à repressão através da responsabilidade civil aos agentes infratores ou causadores de danos ao meio ambiente. Contudo, a correta condução da preservação são as Políticas que levam a prevenção de crimes, seja do menor ao mais catastrófico dano ambiental.

Assim preconiza a doutrina (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 227):

Permissões, autorizações e licenças são formas clássicas de controle prévio, porque atuam antes do início da atividade controlada. O Estudo de Impacto Ambiental, que é pressuposto da licença ambiental em muitas hipóteses, constitui um meio de controle prévio específico da disciplina ambiental. A fiscalização é meio de controle concomitante, porque se exerce durante o desempenho da atividade controlada, enquanto as vistorias, termo de conclusão de obras e “habite-se” são formas de controle sucessivo, porque incidem depois de exercida a atividade controlada.

Um exemplo desta medida se perfaz no Licenciamento Ambiental, que se desdobra em um meio de controle prévio, configurando-se como um dos vários instrumentos da denominada Política Nacional do meio Ambiente. Com efeito, esse tipo de controle prévio é de suma importância, uma vez que sua feitura alimenta o empreendedor de informações que facilitarão a compreensão dos efeitos ambientais de seu negócio, antecipando eventuais

medidas de proteção. Assim, tal instrumento nada mais é do que um mecanismo de melhoria, preservação e recuperação da qualidade do meio ambiente, almejando a garantia de um desenvolvimento econômico que respeite à dignidade humana.

O artigo 1º da Resolução CONAMA n.º 237/97(2008) asseverou o seguinte conceito de licenciamento ambiental:

(...) procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Consoante se verifica na letra legislativa, emerge-se a inteligência que é sustentada por diversos autores, os quais vislumbram uma natureza jurídica característica no licenciamento ambiental, diferenciando-o de mais um ato administrativo, vez que se caracteriza, por hora, como o instrumento de intenso controle por parte do Estado para com os interesses do Meio Ambiente. Segue o entendimento (COUTINHO E FARIAS, 2007, p.119):

(...) tendo em vista os enormes investimentos financeiros que normalmente uma atividade potencial ou significativamente degradadora demanda, não seria razoável reduzir a licença ambiental à condição de mera autorização administrativa. Se, de um lado a concessão de licenças com prazos determinados demonstra que o sentido de tais documentos é o de impedir a perenização de padrões ultrapassados tecnologicamente, de outro, enquanto a licença estiver valendo, a modificação de padrões ambientais não pode ser obrigatória para aquele que esteja regularmente licenciado segundo os padrões vigentes à época da concessão da licença. Se por um lado, caracterizar a licença ambiental como ato discricionário gerará insegurança jurídica, e até ameaçará a própria ordem econômica, na medida em que afastaria investimentos, por outro, caracterizá-la como ato vinculado colocaria em risco um valor ainda mais soberano, que é o Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Mais à frente, o retro mencionado autor finaliza que:

O sensato é enquadrar tal instrumento como um ato administrativo próprio, podendo ser vinculado ou discricionário. Ressalte-se que essa discricionariedade é técnica, devendo ter como base o resultado dos estudos ambientais, sejam eles o estudo e o relatório prévio de impacto ambiental ou uma avaliação de impactos ambientais mais simplificada, a depender do potencial poluidor da atividade em questão. (...) Assim, a questão da definição da natureza jurídica da licença ambiental, como ato conclusivo do licenciamento ambiental, dependerá do resultado dos estudos ambientais, ou seja, se estes não acusarem a existência de impactos ambientais negativos,

impossíveis de serem corrigidos ou pelo menos minorados, está-se diante de um ato vinculado, ou seja, o requerente preenche os requisitos exigidos pelas normas ambientais e, neste caso, gera para o requerente direito subjetivo à concessão da licença. No caso de ser desfavorável o resultado dos estudos ambientais, aí se está diante da discricionariedade administrativa que no entender de Zanella Di Pietro, ocorre quando o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, deixando à lei, uma margem de liberdade diante do caso concreto, de modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as soluções possíveis, todas válidas perante o direito, ou seja: apesar da atividade a ser desenvolvida poder gerar algum tipo de impacto ambiental, a administração terá um espaço de liberdade para avaliar a relação custo (ambiental) X benefício (social), o nível de impacto negativo etc. É claro que isso também deverá ser feito com base em critérios técnicos e de forma justificada.

Assim, compreendemos que o cenário atual apresenta muitos desafios ao futuro da atividade que vem demonstrando oportunidade de investimento. Paralelo a este caminho, estão as preocupações quanto aos aspectos socioambientais e a importante ênfase, sempre crescente, da Legislação Ambiental, não só para tratar o índice impactante da atividade, mas para contribuir em processo coordenadas de desenvolvimento expansão de diversos setores.

No caminho do estudo referente ao “Dever de proteção ao Meio Ambiente” vislumbramos a significativa necessidade de abordarmos a temática referente ao Impacto Ambiental.

Não obstante saibamos do nosso dever em manter o Meio Ambiente equilibrado, dia-a-dia somos incitados a uma reflexão acerca dos atuais casos de catástrofes naturais, e suas respectivas origens.

Desta feita, o estudo preliminar sobre os impactos que o ecossistema suporta em virtude de ações humanas de caráter negativo se perfaz mais que oportuno, a fim de viabilizar a ligação de conhecimento entre os danos ambientais para com a respectiva responsabilização do agente causador do dano.

É certo que tal impulso é ocasionado por confrontos diretos ou indiretos entre o homem e a natureza. Destarte, parafraseando a Resolução do CONAMA, nº 001, de 23 de Janeiro de 1986, compreendemos:

Considera-se Impacto Ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividade humanas que, diretamente ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem estar da população; as atividades sócias e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e; a qualidade dos recursos ambientais.

Segundo a Norma ISO 14001: “Impacto Ambiental é qualquer modificação do meio ambiente, adversa ou benéfica, que resulte, no todo ou em parte, das atividades, produtos ou serviços de uma organização”.

A partir do conceito jurídico o impacto ambiental refere-se exclusivamente aos efeitos da ação humana sobre o meio ambiente. Portanto, fenômenos naturais como tempestades, enchentes, incêndios florestais por causa natural, terremotos e outros, apesar de provocarem as alterações ressaltadas não caracterizam um impacto ambiental.

Um exemplo de impacto ambiental, investido no conceito jurídico aqui estudado é aquele gerado pelas atividades industriais, através das emissões gasosas configurando a chuva ácida. Esses gases combinam-se com o hidrogênio presente na atmosfera sob a forma de vapor de água. Ao caírem nas superfícies, alteram a composição química do solo e das águas, atingem as cadeias alimentares, destroem florestas e lavouras, atacam estruturas metálicas, monumentos e edificações.

Em um primeiro momento, pode parecer que a chuva ácida se configura como aquele Impacto Ambiental de natureza meramente ambiental; porém, de acordo com uma definição mais detalhada da temática, observamos que tal força nasce a partir da emissão inadequada de gases ao ar por indústrias, gerando o acúmulo de impurezas que manifestadas ao ar, conduz a chuva ácida.

Desta feita, uma vez que o tema do presente inscrito remete-se a responsabilidade civil para com os danos ambientais, nos parece mais adequado limitarmos-nos ao conceito jurídico, onde poderemos analisar a proporcionalidade do encargo que é gerado ao agente causador do dano, em referência aqueles suportado pelo Meio Ambiente.

Novamente citando o dizer constitucional, realçamos a importância deste para com a responsabilidade que será direcionada ao causador.

Art. 225 – [...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

[grifos apostos]

A partir desta conclusão, encaremos a contextualização do impacto realizado ao meio ambiente como aquele de responsabilidade, ainda que em caráter minimizado, ao homem – entenda-se, pessoa física ou pessoa jurídica.

Caso assim não constituísse a inteligência da lei constitucional, não haveria conteúdo que possibilitasse a argumentação de que aquele que causar dano ao meio ambiente será responsável por sua respectiva reparação.

Conclui-se que a busca por um desenvolvimento sustentável e um meio ambiente equilibrado, no Brasil e no mundo, tem o instituto da responsabilidade civil ao causador do dano como um valioso aliado; de forma a corroborar, através das medidas preventivas ou repressivas, para um ecossistema firme e auxiliador do bem estar do ser humano.

Como veremos adiante, edificar uma correta proporcionalidade entre a reparação a ser feita pelo agente se perfaz de dantesca necessidade, tendo em vista a expressa necessidade de tornar o meio ambiente o mais próximo do que anteriormente ele era, e assim, restabelecer os benefícios por ele emanado a sociedade.

2 INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desde os tempos mais remotos, ainda quando o homem desconhecia um aparente conceito de “responsabilidade”, já se demonstrava uma significativa predileção pela sua intenção por ser o meio mais simplificado de garantir o equilíbrio entre os grupos de pessoas ali existentes.

Com especial ênfase na exploração do comércio, as diretrizes de responsabilização do agente, geriam uma tendência natural entre os habitantes de uma mesma localização, onde, respectivamente, suportavam o ônus e o bônus pelos seus atos e encargos.

Há de ressaltar que as primeiras formas de comércio surgiram há milhares de anos, e já demonstravam interesse na comercialização de mercadorias, que era realizada com a troca direta por outras do gênero, levando em consideração a unidade de peso e a medida proporcionalmente. Com a organização originária do homem em forma da sociedade e respectivamente da exploração econômica, o comércio tornou-se atividade principal, onde a todos era acessível a sua exploração.

Desta feita, o conceito e a exploração das diretrizes veiculadas à “Responsabilidade” nasceram até mesmo antes que o homem compreendesse a sua definição literal, que sobreveio da origem na raiz latina ‘*spondeo*’, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos e pactos verbais do direito romano.

Tendo em vista que em um período pequeno de tempo a economia já se tornara o principal meio de capitalização da sociedade, que se via necessitada de instituir preceitos

normativos morais que tornasse a relação comercial justa às partes, buscando igualdade e a respectiva extinção de vantagens exacerbadas ante o poderio social.

Assim, fora necessária a criação de leis e normas, baseada nos costumes, que imputasse penas, por vezes severas, ao devedor descumpridor da obrigação perante a responsabilidade que lhe era imputada. Sabe-se que na antiguidade, a dívida não adimplida dava ao credor a possibilidade de exigir do devedor o pagamento através de meios alternativos. As práticas mais comuns era a transformação da pessoa do devedor na condição do escravo; ou ainda, a inadimplência poderia dar ao credor o direito de retirar a vida do devedor como forma de reparação da dívida.

No ano de 737 antes de Cristo, criou-se a *cessio bonorum* através da *Lex Iulia*. Nascia, portanto o embrião legal da Responsabilidade Civil. Esse marco é utilizado por diversos doutrinadores do Direito Comercial, inserido no modelo do Direito Civil, pelo fato de nesta época terem sido instituídos dois princípios fundamentais: a) o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor; b) princípio da *par conditio creditorum*.

O último título merece atenção especial, visto que é homenageado pelo seu brilhantismo frente a fim primordial do processo falimentar (CARVALHO DE MENDONÇA. J. X., 1983, v. 7 item n. 7.):

[...] Objetiva garantir a isonomia de tratamento entre os credores de uma mesma classe, não admitindo a incidência diferenciada de incrementos sobre dívida originária, abusivamente estipulados em contratos ou acordos firmado junto a qualquer dos credores. A concessão de todo e qualquer beneplácito viria em detrimento dos interesses dos demais credores, conspirando e atentando contra o fim maior inerente ao procedimento da lei de quebras, onde o estado tem o dever de garantir a igualdade de tratamento entre eles. [...]”.

Naturalmente com o passar dos anos, o procedimento de cobrança ante o inadimplemento da dívida se aperfeiçoa em decorrência do crescimento da autoridade estatal que procurou coibir os abusos de caráter privado em sua aplicação prática ao dinamismo comercial.

Com foco prioritariamente centrado na proteção do ativo econômico em face de sua culpabilidade pelo prejuízo, passou a ser preterido em sua natureza, relativizando a hipótese de que determinados agentes vislumbrassem a exclusão de sua responsabilidade. Em sentido adverso, a legislação evoluía paulatinamente de forma a assegurar a restauração do equilíbrio moral e patrimonial provocar pelo autor do dano.

Exatamente neste sentido, o interesse maior se perfaz no restabelecimento da harmonia e no equilíbrio violado pelo dano, que assim, constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Ademais, conforme veremos adiante, a partir de tal instituição normativa fora concedido ao agente prejudicado tomar iniciativa da ação e/ou execução em seu benefício perante os bens materiais do devedor ou do agente causador do dano, sendo paulatinamente restringida a interferência ao direito à vida, liberdade ou locomoção.

Neste norte de evolução normativa, é correto envolver no contexto explanado que a responsabilidade pode resultar da violação a normas morais como jurídicas, seja separadas ou concomitantes; a depender da infração que configurou o dano.

A partir deste entendimento, podemos compreender que a incitação acerca da responsabilidade não se limita aos danos causados pelo aspecto material, mas com significativa parte no que tange ao campo da moral humana, que por sua vez, é mais amplo do que o direito; só se cogitando da responsabilidade jurídica quando há efetivo prejuízo ao sujeito lesado.

A partir destas duas condições básicas, vislumbramos o fundamento central que norteia o referido tema, de modo a inspirar particularmente as diversas diretrizes legislativas circuncidadas nos países de todo o mundo, onde zelam pela consideração da responsabilidade moral, bem como referente ao gride jurídico.

2.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Iniciamos segundo a inteligência de (NOGUEIRA, 2004, p. 15) reflitamos: “O problema da responsabilidade é o problema do direito, visto que ‘todo o direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”.

Nesta argúcia de preceitos compreende-se:

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que lhe é acarretada, para o seu sujeito, de reparar o dano, obrigação de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.

A característica principal da obrigação consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

A partir do estudo da doutrina brasileira, especialmente nos dizeres de Gonçalves, podemos articular que esta possui prioritariamente duas fontes distintas, embora circunstanciada, sendo (GONÇALVES, 2009, Ed.4, p.331):

- a) **A vontade humana:** que origina dos negócios jurídicos de natureza cível amparados pelos: contratos, declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos;
- b) **A vontade do Estado:** originado a partir da instituição de leis.

Esta bipartição nos leva a compreensão de que a natureza da responsabilidade civil tem origem em atos de particulares amparados pela lei, ou individualmente salvados por esta. Independente de sua origem, na hipótese do dano ou prejuízo, nasce o dever de responsabilizar o sujeito prejudicado.

O Código Civil de 2002 dedicou poucos dispositivos a responsabilidade civil. Na Parte Geral vislumbramos os art. 186, 187 e 188, cuja se perfaz a consignação da regra aquiliana. Na Parte Especial estabeleceu a regra básica da responsabilidade contratual no art. 389 e dedicou dois capítulos à “obrigação de indenizar” e à “indenização”, sob o título “Da Responsabilidade Civil”.

Vejamos alguns destes dispositivos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Não obstante não se encontre a compreensão da responsabilidade civil propriamente dita nos dispositivos retos citados, verifica-se o instrumento originário da referida temática, o ato ilícito. A partir deste, faz nascer o encargo de culpa e respectivo dever de reparar por vias da responsabilidade. Encontra-se, portanto a indagação se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou e em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido.

Em seu contexto legal, extrai-se como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Tem-se neste contexto, o dever originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo (LYRA, 2008, p.20).

Aquele que pratica um ato ilícito, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma

regra elementar do equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema de responsabilidade.

Reza o dispositivo que consolida o assunto até aqui explanado:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Grifos apostos.

O esclarecimento que fundamenta o estudo da responsabilidade civil está contido na expressão **“fica obrigado a repará-lo”**. Ora, uma vez que o Codex estabelece a obrigação de reparar, esta é direcionada para um agente. Obviamente para com aquele causador do dano, ou seu respectivo responsável, se assim o for.

Por fim, após exaustiva explanação sobre o instituto da Responsabilidade Civil, compreendemos basicamente que esta se configura no dever de reparar um dano causado, em virtude de um ato ilícito.

O referido dispositivo demonstra ainda a nítida evolução na ótica legislativa: que anteriormente preocupava-se em julgar a conduta do agente, mas que atualmente volve seus interesse no julgamento do dano em si mesmo, em sua ilicitude ou injustiça.

Concluimos com a oportuna síntese acerca da Responsabilidade Civil *sobre o assunto* (ITURRASPE, 2005):

- a) O fundamento se encontra no dano, porém mais injustamente no sofrido do que no causado com ilicitude;
- b) Há uma razão da justiça na solução indenizatória, uma pretensão de devolver ao lesado a plenitude ou integralidade da qual antes se gozava;
- c) A culpa foi durante mais de dois séculos, o tema obsessivo, o requisito básico, a razão ou fundamento da responsabilidade;
- d) O direito moderno, sem negar o pressupostos de imputação culposa, avançou no sentido de multiplicar hipóteses de responsabilidade ‘sem culpa’, objetivas, na qual o fator de distribuição é objetivo: risco, segurança ou garantia;
- e) A última década do século XX nos mostra, juntamente com o avanço nos critérios objetivos, o desenvolvimento de fórmulas modernas de cobertura de risco, através da garantia coletiva do seguro obrigatório, com ou sem limites máximo de indenização;

f) O século XXI, por seu turno, faverá de pôr em prática um sistema verdadeiramente novo de ‘responsabilidade’, que já se manifesta em alguns em países, como Nova Zelândia; um sistema de cobertura social de todos os danos, com base de fundos públicos e sem prejuízos das ações de regresso, em sua modalidade mais enérgica”

2.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DANO AMBIENTAL

O legislador pátrio, com a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei nº 6.938/81 – criou, em seu artigo 14, §§, o regime da responsabilidade civil objetiva pelos danos causados ao meio ambiente. Sendo comprada a existência da ação lesiva, do dano e do nexu causal com a fonte poluidora ou degradadora faz nascer o dever de reparação.

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios;

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

§ 5º A execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas no § 1º deste artigo.

Para alcançar o fim desejado se faz estritamente necessário a constatação da lesão ambiental, tornando indispensável a comprovação de relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano dele advindo. Ademais, compreende-se que não é imprescindível que seja evidenciada a prática de um ato ilícito, a demonstração da existência

do dano para o qual exercício de uma atividade perigosa exerceu uma influência causal decisiva.

Sendo lícita a conduta do agente, tal fator torna-se irrelevante se dessa atividade resultar algum dano ao meio ambiente. Essa nada mais é do que uma consequência advinda da teoria do risco da atividade ou da empresa, segundo a qual cabe o dever de indenizar àquele que exerce atividade perigosa, consubstanciando ônus de sua atividade o dever de reparar os danos por ela causados. Tal teoria decorre da responsabilidade objetiva, adotada pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

A responsabilidade civil objetiva aos danos ambientais pode assumir duas acepções diferentes. Por um lado, a responsabilidade objetiva tenta adequar certos danos ligados aos interesses coletivos ou difusos ao anseio da sociedade, tendo em vista que o modelo clássico de responsabilidade não conseguia a proteção ambiental efetiva, pois não inibia o degradador ambiental com a ameaça da ação ressarcitória. Por outro lado, a responsabilidade objetiva visa a socialização do lucro e do dano, considerando que aquele que, mesmo desenvolvendo uma atividade lícita, pode gerar perigo, deve responder pelo risco, sem a necessidade da vítima provar a culpa do agente. Desse modo, a responsabilidade estimula a proteção a meio-ambiente, já que faz o possível poluidor investir na prevenção do risco ambiental de sua atividade (JUNIOR. 2005).

Tratando-se acerca da responsabilidade civil ambiental, que se sabe é objetiva, faz-se imperioso refletir a respeito do Princípio de Direito Ambiental do Poluidor-Pagador.

Conforme esta diretriz, quem polui deve arcar com as despesas que seu ato produzir; outros segmentos doutrinários, em defesa dos causadores do estrago ambiental, defende a desinteligência de acreditar que o pagamento de tributos o permite poluir. Obviamente, o jargão “quem paga pode poluir” é infundado de verdades legais e confronta o conceito de preservação.

Tal princípio pretende sancionar através da repressão no preço as externalidades negativas produzidas, o que se denomina custo ambiental. Tal expressão se traduz na imposição do sujeito causador do problema ambiental em sustentar financeiramente a diminuição ou afastamento do dano. Visa, ainda, impedir a socialização dos prejuízos decorrentes dos produtos inimigos ao meio ambiente.

Ensina Benjamin (2005, p.56) que:

"Ao obrigar o poluidor a incorporar nos seus custos o preço da degradação que causa – operação que decorre da incorporação das externalidades ambientais e da aplicação do princípio poluidor-pagador – a responsabilidade civil proporciona o clima político-jurídico necessário à

operacionalização do princípio da precaução, pois prevenir passa a ser menos custoso que reparar"

Dessa forma, distinguem-se no princípio duas vertentes básicas:

- a) Atitude preventiva: Evitar a ocorrência de dano ambiental;
- b) Atitude repressiva: ocorrido o dano, visa a sua reparação.

Neste princípio, mais precisamente em seu caráter repressivo é que se insere a ideia de responsabilidade civil pelo dano causado ao meio-ambiente, pois uma vez que a atitude preventiva não foi suficiente e algum fato ocasionou o dano ambiental, que o agente seja responsável pela sua reparação.

Excluir tal responsabilidade do agente retira a possibilidade da natureza ser preservada e reconstruída, uma vez que sem o temor a sanção que supostamente pode receber o agente interessado no crime ambiental, o cometerá sem medir as consequências.

Oportunamente, a legislação pátria proporciona a sociedade significativa proteção ao meio ambiente. Ocorre que um dos maiores fatores carentes é a fiscalização para preservar e a ineficiência para punir.

Veremos mais a diante as características elementares de ambos os padrões, com especial ênfase na metodologia repressiva como instrumento de reponsabilidade civil para com os danos ambientais.

3 DO RETRATO NACIONAL

O meio ambiente, de maneira atual, representa uma definição amplamente significativa para sociedade, sendo fonte de renda e harmonia humana. Dessa forma, catástrofes ambientais acarretam interferências nas relações sociais, gerando graves efeitos a depender da sua proporção.

Esse fato delimita uma ampliação do objeto de estudo através da confirmação e ênfase das informações por meio de dados numéricos e análises que, mesmo estimativos, dão suporte para a estruturação da presente pesquisa.

Cabe aos envolvidos no âmbito desse contexto, desde os condutores a própria sociedade elaborar um perfil crítico, denunciando práticas ilegais que influenciam diretamente no equilíbrio do meio ambiente. Assim, incentivados com a não colaboração com a insegurança, a sociedade coopera de maneira peculiar com a elaboração de um melhoramento social.

A ausência de julgamentos ou contextualização dos fatos acarreta em prejuízos que não se limitam apenas aos indivíduos lesados e atingidos, como também a sociedade em geral, que envolvida na pseudo-aparência de justa e segura, fecha as portas para a ocorrência de soluções viáveis.

Assim, as consequências para a sociedade se encontram intrínsecas à omissão populacional, visto que as transformações democráticas estão vinculadas e inerentes a uma sociedade denunciante, jurídica, democrática.

Levando esse fator em consideração, cria-se um perfil delimitador baseado na precária realidade atual e críticas com baixa qualidade técnica para preservar a natureza, que somada a ausência de preparo teórico, não valoriza e permite que a continuação de sua exploração exacerbada e descontrolada.

Ademais, a atuação do poder público torna-se questionável uma vez que este deveria atender aos problemas emergentes por meio de soluções e transformações (DELGADA, 2001,p.352s). Através do impulso inicial para o desenvolvimento de motoristas formadores de opinião é plausível pressionar e estimular esses órgãos atuantes.

Por meio da análise de dados estáticos relacionados a acidentes ambientais no Brasil e no mundo, por exemplo, é possível observar a situação caótica e a necessidade de soluções emergenciais. Assim, é de extrema importância uma verdadeira modificação e conscientização da sociedade brasileira.

As estatísticas revelam um indicativo alarmante. Os dados e valores representam uma significativa consequência da imprudência e despreparo social. Para caracterização mais realista dos estragos causados, convém analisar dados da sétima edição da Pesquisa de Informações Municipais (Munic):

Em 2008, 5.040 municípios brasileiros (90,6%) informaram a ocorrência frequente e impactante de alguma alteração ambiental¹¹, sendo queimadas, desmatamento e assoreamento de corpos d'água as mais citadas. Apesar disso, apenas pouco mais de 1/3 dos municípios dispõe de recursos financeiros específicos para viabilizar ações da esfera ambiental e menos de 1 em cada 5 prefeituras tem uma estrutura adequada para lidar com os problemas nessa área.

Do total de municípios brasileiros, 5.040 (90,6%) informaram a ocorrência frequente e impactante de alguma alteração ambiental nos 24 meses anteriores à Munic. Em média, foram informados 4,4 problemas ambientais por município, e apenas sete municípios informaram a ocorrência simultânea de todos os impactos ambientais: Bannach (PA), Marabá (PA), Tupiratins (TO), Bela Cruz (CE), Santa Maria da Serra (SP), Novo Machado (RS) e

Luiziânia (GO). Por outro lado, 522 municípios (9,4%) disseram não ter sofrido nenhum problema ambiental de forma frequente e impactante. Os municípios sem ocorrência de impacto ambiental têm uma maior presença relativa entre os de menor população, principalmente entre aqueles com até 5.000 habitantes (17,6% dos municípios nessa faixa). As regiões Sudeste (11,8% dos municípios) e Sul (11,6%) apresentam os maiores percentuais de municípios que informaram a não-ocorrência de impactos ambientais frequentes.

Minas Gerais (99 municípios), São Paulo (97), Paraná (59) e Rio Grande do Sul (49) são os estados com as maiores quantidades de municípios que informaram a não-ocorrência de problemas ambientais frequentes e impactantes. Apenas um município com população acima de 500 mil habitantes integra esse grupo: Porto Alegre (RS).

[Fonte: IBGE]

Os dados averiguados por si só retratam a necessidade de intervenção de órgãos a nível internacional, além de dantesca mobilização do poder público nacional, caracterizando uma atuação mais firme com elaboração de campanhas rigorosas para redução imediata do caos ambiental.

Ora, compreender o fatídico que, do total de municípios brasileiros, aproximadamente 90,6%, informam a ocorrência frequente e impactante de alguma alteração ambiental, é um sinal alarmante. Marco este que deve ser encarado com extremo cuidado.

Tristemente, as Políticas de Proteção ao Meio Ambiente, que têm o condão de zelar pela sua integridade, muitas vezes não são colocadas em prática com efetividade e sucesso, implicando no elevado número de regiões que suplicam intervenção maior com fim de dar suporte a situação crítica de impactos ambientais negativos.

Tomando como base os fundamentais valores indicativos, vislumbramos ainda, de acordo com *IBGE*:

Queimadas (3.018, ou 54,2% dos municípios), desmatamento (2.976, ou 53,5%) e assoreamento⁴ de corpos d'água (2.950, ou 53%) foram os impactos no meio ambiente mais apontados pelos gestores municipais. Os três foram os únicos apontados por mais da metade dos municípios e mantêm forte correlação entre si: o assoreamento tem como causas o desnudamento dos solos, ocasionados, em geral, por queimadas e desmatamento.

As queimadas foram relativamente mais apontadas nas regiões Norte (74,2% dos municípios) e Centro-Oeste (62,4%). O desmatamento também foi apontado de forma expressiva no Norte (71% dos municípios) e no Nordeste (64,8%) do país. Já o assoreamento de algum corpo d'água foi predominante entre os municípios do Centro-Oeste (63,3%) e Sudeste (60,2%).

A poluição da água foi mais informada por municípios das regiões mais urbanizadas e economicamente mais desenvolvidas: Sudeste (43,6% dos

municípios) e Sul (43,2%). Já a escassez de água foi mais apontada pelos municípios do Sul (53,5%) e do Nordeste (52,3%).

A contaminação do solo foi mais citada pelos municípios das regiões Nordeste (27,1%) e Sul (25,9%), enquanto a poluição do ar predominou no Norte (36,3% dos municípios) e no Centro-Oeste (29%).

Comparando-se os dados da Munic 2008 com os coletados pelo Suplemento de Meio Ambiente da Munic 2002, observa-se que se manteve praticamente igual a incidência de assoreamento de corpos d'água (52,9% e 53,0% dos municípios, respectivamente), poluição do ar (22,0% e 22,2%) e degradação de áreas legalmente protegidas (20,2% e 21,6%). Problemas de poluição da água aumentaram sua ocorrência (38,1% em 2002 e 41,7% em 2008), já as ocorrências de contaminação do solo (33,0% e 24,2%) e alteração que tenha prejudicado a paisagem (35,1% e 17,8%) diminuíram.

A análise do assunto em questão por meio de informações estatísticas favorece a elaboração de um incentivo maior à segurança mundial. Por conseguinte, os valores demasiadamente exagerados relatados anteriormente serão apaziguados e reduzidos através da total conscientização do perigo da exploração imprudente.

Campanhas estimuladas pelo poder público acrescentam favorecimentos de fundamental importância para conscientização popular, caracterizando um passo inicial para ocorrência de mudanças. Através de campanhas socioeducativas, a sociedade pode ser bem orientada quanto ao comportamento adequado em relação a atitudes no de prevenção. Sendo assim, explorações, danos e crimes de menor porte podem ser amenizadas a partir da atenção dos cidadãos, preservando a vida e favorecendo uma convivência social mais saudável.

Modificações no âmbito social não ocorrem exclusivamente por incentivo dos cidadãos, sendo insuficiente. Além do poder público, os órgãos de zelo do meio ambiente devem cumprir com vigor e efetuar sua missão incumbida por lei. Somados diversos incentivos é possível facilitar o trabalho com a sociedade, objetivando o fim comum: a paz e segurança no trânsito.

4 DA REPARAÇÃO E PROPORÇÃO

Verdade incontestável é a compreensão de que o dano causado ao meio ambiente deve ser reparado proporcionalmente a sua ação. A partir desta premissa básica passamos a um estudo mais adequado no que tange ao dever de reparação, da instrumentalização da forma, judicial ou extrajudicial, dos órgãos competentes para tanto, da capacidade econômica do causador do dano etc.

Para tanto, sabendo-se que caberá o Poder Público defender os interesses da sociedade perante o meio ambiente, e deste ente particularmente, será desta primícia que partiremos ao nosso estudo. Resta esclarecer, que por maior que seja o dano não caberá ao particular e/ou interessado sancionar o responsável ou ainda estabelecer outros tipos de penas como meio de reparação à natureza.

Conforme prevê a Constituição Federal do Brasil, compreendemos:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

[...]

Não obstante, inclui-se ainda a preocupação socioambiental nas questões humanitárias, seguindo ao encontro da cada vez mais presente regulamentação do setor, como pode ser visto na Constituição Federal de 1988, que reservou a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Tais preceitos dever-se-ão configurar a formação de condutores que, no curso escolar fundamental deverão, obrigatoriamente, estudar temas acerca dos conceitos básicos de proteção ao meio ambiente, correlacionados a vida.

Frisa-se que a partir da concepção destes novos condutores para com a preservação a vida humana, bem como a proteção do meio ambiente e a correta conscientização de sua preservação, é certo que o nível de atributos destes aumentarão, gerando assim diminuição no número de crimes e danos.

Paralelamente, investido por determinação da Carta Magna, o poder público por meio dos seus diversos órgãos e suas respectivas esferas Executiva, Legislativa e Judicial, compõe

o agente responsável para sancionar, conforme lhe conduz a legislação pátria, os sujeitos causadores e aplicar, respectivamente, a pena necessária a reparação.

Não obstante consideremos a importância dos demais órgãos públicos que detêm a responsabilidade de preservar o meio ambiente, e, se necessário, aplicar sanções; o presente escrito nos conduz a uma análise repressiva calcada de instrumentos que somente o poder judiciário é gestor de sua aplicação, e assim nos permite uma mais perfeita análise desses e de que forma eles atuam como meio de repressão em oportunidade pós-dano ambiental.

É neste sentido que se configura este escorço, fundamentado na legislação, doutrina e jurisprudência, pressupõe uma significativa conclusão da temática em estudo a partir da ótica e atuação do Poder Judiciário como instrumento de repressão para com os crimes e respectivos danos ambientais.

4.1 DA SANÇÃO REPRESSIVA E DURADOURA

A função metodológica em matéria ambiental se perfaz cada vez mais importante no concerto jurídico, pois são questões em que o intérprete, para enfrentar seus desafios incisivos, deve observar com olhos na face e na nuca, condicionado a realidade na ótica pretérita, presente e futura.

Tal pedagogia deve ser satisfatória à realização dos valores constitucionais, implicando a pura e simples reparação dos danos causados à natureza e aos seus indivíduos.

É impossível realizar a conclusão decisória preocupando-se apenas com a reparação; muito mais que isso, o operador do direito se investe de um comprometimento com os valores das gerações presente e futuras, pois esta pode estar estritamente vinculada aos efeitos duradouros.

Dessa maneira, a única conclusão possível é no sentido de que, para efetivarem-se os valores constitucionais de preservação de um meio ambiente saudável, o operador não pode ter seu olhar apenas para trás, no sentido de restabelecer unicamente o status quo.

Corroborando o entendimento de Fiorillo (2011, p.143):

A responsabilidade civil por danos ambientais, além de seus outros caracteres, tem um indissociável conteúdo pedagógico. Ao determinar a indenização por danos causados ao meio ambiente, o juiz, no caso de processo judicial, não pode limitar-se aos danos ocorridos e proporcionar simplesmente sua reposição. É preciso que sua decisão, vise a assegurar que o agente poluidor não só reponha os acontecimentos ao status a quo, mas

também pague indenização correspondente a uma relevante parte de seu resultado ou de seus lucros anuais, de maneira que perca aquilo que lucrou com sua operação a descoberta de instrumentos eficazes de proteção ambiental ou que se advirta de que não vale a pena, economicamente, operar sem esses instrumentos.

É o que se procede. Acidentes ambientais graves, que denotam certa despreocupação com a proteção do meio ambiente devem ser encarados com maior rigor, pois os fatores de cuidado, zelo e preocupação influenciam com a sanção a ser aplicada, que gera uma análise da existência ou não do instituto da boa-fé.

É preciso que, definitivamente, que o Poder Público, advirta, por meio de sanções, que a preservação ambiental, mormente para empresas que operam com substâncias perigosas, é crucial. E o dano causado, deve ser responsabilizado na medida em que foi causado, não se limitando ao restabelecimento da ordem presente, mas proporcionando que o dano causado seja tratado como oportunidade para a reparação daquilo que é possível a partir de sua capacidade empresarial e econômica.

4.2 DA PROPORÇÃO ENTRE A CAPACIDADE ECONÔMICA DO AGENTE E A REPARAÇÃO APLICADA

É indispensável compreender que para a eficaz aplicação da justiça em meio ao litígio ambiental, ainda que causado em proporções significativas, considerar a capacidade econômica do agente causador do dano é oportuna.

Desta feita, no procedimento instrutório onde se analisa os fatos, provas e fundamentos jurídicos, sede necessária compreender a capacidade que o agente causador possui para reparar o dano e aplicar, se for o caso, a pena adequada ao seu cumprimento.

Há de salientar que afirmando a compreensão e importância da consideração da capacidade contributiva do ocasionador do dano, não se deseja eximir sua responsabilidade, mas tão somente aplicar o conceito de justiça fazendo-o reparar nas condições que lhe é possível.

Neste norte, tendo em vista que o responsável sofre uma perda econômica considerável, deve-se, sobretudo quando pessoa jurídica, calcular a proporção da reparação com base em seu faturamento anual ou com base em seu lucro bruto, para que a “função pedagógica do direito ambiental” se aplique de forma equilibrada, e, especialmente, que os interesses coletivos se realizem.

Essa operação não configura nenhuma novidade nem é um exercício de excentricidade. Nos Estados Unidos da América a extensiva jurisprudência dos tribunais federais, sobre a base legal proporcionada pelo "Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act", aceita a aplicação de multas punitivas às empresas que causam acidentes ecológicos, especialmente por derramamento de substâncias tóxicas (hazardous substances releases) (DELGADO,2001, p.352s).

Assim, à aplicação de quantias a título de responsabilização e punição tem um efeito de prevenção especial e também, o que talvez seja ainda mais importante um efeito de prevenção geral dos mais relevantes.

Não somente o agente poluidor é advertido das penas por desrespeitar o meio ambiente; outras empresas que operam ou não no setor percebem a importância de investir na preservação do meio ambiente. A despesa com ações preventivas passa a ser vista como um investimento, não como um desconfortável e inconveniente gasto.

Esta linha intelectual se traduz na mais perfeita proteção aos interesses universais do meio ambiente, pois procura proceder com a correta aplicação da justiça a partir da capacidade contributiva do agente causador, evitando que suporte danos desproporcionais ao seu patrimônio e que a reparação colocaria em "cheque" a sua permanência no mercado econômico.

Todavia, frisa-se, que este seguimento não retira o dever de sancionar e, nem tampouco a capacidade do sujeito de suportar a sanção. Trata-se tão somente da proporcionalidade que deve ser arbitrada para com o dano ocasionado, considerando a capacidade contributiva daquele, com fins no equilíbrio econômico da região.

4.3 OS CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO DEVIDO

Sem embargo, as naturais dificuldades envolvidas na quantificação dos danos ensejados pelo acidente ambiental, a toda evidência, devem ser adequadamente equacionados até mesmo por imposição legal.

Avulta-se imprescindível a eleição de critérios objetivos e razoáveis para a fixação da justa indenização destinada a integralizar os fundos mencionados na Lei nº 7.347/85.

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e

representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

§ 1o. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

§ 2o Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1o desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.

Segmentada afirmação do caput “Havendo condenação em dinheiro, à indenização pelo dano causado reverterá a um fundo [...] sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”. A partir desta fração intelectual vislumbramos o sentido da direta vinculação ao *quantum* indenizatório para com o desagravo da natureza.

Vejamos o trecho fundamental da sentença judicial:

Abordando a lesão provocada a direito ontologicamente difuso, muito embora sejam invocáveis os critérios tradicionais preconizados pelo Código Civil atinentes aos “danos emergentes” e aos “lucros cessantes”, fato é que tais critérios revelam-se insatisfatórios para a adequada fixação do quantum debeat. Assim, tem sido difundido, tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias, orientação no sentido de que se adote como parâmetros objetivos para a fixação da indenização devida não só a estimativa econômica dos prejuízos causados ao meio ambiente, mas também a estimativa da capacidade econômica do infrator.

Nelson Nery Júnior sugere a utilização dos “critérios de arbitramento ou de fixação da indenização com base no valor do lucro obtido pelo causador do dano com sua atividade” (NERY, 2007, P. 1513).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao apreciar precisamente a fixação de indenização por acidente com derramamento de petróleo, determinou que a quantia a ser reparada deveria ser calculada tendo como base a quantidade de óleo derramada, eventuais reincidências, medidas tomadas para diminuir o dano, capacidade econômica da ré, além de outras circunstâncias a serem aferidas pelo sensato critério judicial. (NERY, 2007, P. 1519).

Ora, nada mais justo que o critério para aplicação da sanção seja o próprio dano ambiental. Além do prejuízo material, cuja mensuração é das mais difíceis, existem outros danos, de configuração moral, que devem ser sempre considerados.

O meio ambiente é o patrimônio mais importantes da humanidade. Igualmente, os acidentes causam expressivos incômodos e inquietações na população da região afetada, bem

como intranquilidade da fauna e flora, e desequilíbrio inter-relacional. Há paralelamente ao dano material ocorrido, um tangível dano moral, cuja vítima é a população regional, e em especial aqueles que direta ou indiretamente depende do meio ambiente para sobrevivência, meio de transporte, lazer etc.

Não é de se desprezar, a depender da proporção, o incômodo causado aos países vizinhos, que se atemorizam com o acidente, e, se necessário, chegam a mobilizar contingentes de funcionários com objetivo de minimizar o efeitos negativos.

É sabido que cada vez mais o Poder Judiciário vem reconhecendo a possibilidade de ressarcir, a título de reparação por dano moral, o sofrimento, o incômodo, a dor, enfim, causados às vítimas de fatos ilícitos. Daí porque é indispensável condenar o responsável pelo pagamento de indenização em dinheiro, a ser liquidada em procedimento próprio, pelo dano moral ambiental.

Por fim, resta claro que, o critério-mor utilizado para a fixação de valores indenizatórios é a proporção do dano; que a depender dos seus efeitos pode considerar os danos morais, além dos materiais, para, por fim, constituir o *quantum* viável para tentativa de reconstituição da área afetada.

5 O INCREMENTO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO MELHOR FORMA DE DEFESA DOS ECOSSISTEMAS

Vislumbrando a caótica realidade que muitas regiões suportam, considerando as possibilidades práticas e momentâneas de mudanças, elencamos propostas para a superação da “crise ambiental” e melhorias na qualidade do relacionamento “homem x meio ambiente”.

Resta ressaltar que o presente tema não se esgota aqui, uma vez que somadas a outras, consideramos estas como oportunas e de maior relevância prática para triste situação.

5.1 DAS SOLUÇÕES PRÁTICAS

Sustentadas pela variedade de setores, importam desde a educação fundamental, passando pelo ensino específico de conscientização, propomos nesta abordagem ressaltar as principais soluções em caráter prático formas positiva em meio ao caos natural.

Como veremos, se configuram em medidas simples, e outras, complexas, mas que independente do grau de dificuldade trazem em sua essência efeitos positivos para com a resolução trânsito. Vejamos.

É certo afirmar que indubitável é a importância dos projetos pedagógicos frente a preparação inicial do cidadão, que deve gerar frutos de uma reflexão e de um esforço coletivos no âmbito da instituição responsável expressando as condições objetivas de doação, sua concepção, e seus objetivos gerais contextualizados em relação às suas inserções.

Investindo no cumprimento efetivo do projeto pedagógico e do plano do desenvolvimento compreende-se a elevação da qualidade no plano de ensino ante a capacitação do respectivo aluno para condução do restabelecimento do curso natural.

Em muitas instituições de preparação tais diagramas não passam de documentos esquecidos em gavetas, ou seja, o que é descrito na lei e deve ser efetivamente implantado, não é; os professores não conhecem seu conteúdo, e conseqüentemente, os alunos são mal capacitados.

Observamos que não há como falar em conscientização, sem, contudo, conhecer o projeto pedagógico nacional e o plano de desenvolvimento institucional, vez que nestes são depositados a segurança de que o cidadão encontra a intenção de ao final esteja apto e capacitado a ser colaborador do meio ambiente, enfrentando com sucesso as dificuldades naturais que a estas lhe são inerentes (COSTA. 2008. p. 331).

Não menos importante e diretamente inserido no tema em questão, está a estruturação da grade curricular do ensino colegial que deve definir em seus projetos pedagógicos o conteúdo curricular de modo a atender a dois eixos interligados de formação: conceitual e prática.

Preconizando a inteligência do mesmo doutrinador, compreende-se a imposição do eixo fundamental que tem por finalidade integrar o estudante no campo dos aspectos conceituais relacionados a natureza, sob a perspectiva de seu objeto, apontando para as suas relações para com outras áreas do saber, pertinentes à compreensão de seu método e finalidades.

Desta forma, além de explorar diferentes áreas do saber e suas conexões, ele deve apresentar a oferta de conteúdos relacionados com a disciplina, de tal forma que haja uma melhor delimitação do objeto de estudo e uma adequada percepção das diferentes conexões estabelecidas com diretrizes que levam o cidadão a controlar os seus instintos exploradores, comportando-se de modo a alcançar a resolução de qualquer que seja a origem ou intensidade do fator problemático.

Por outro lado, compreendemos a vertente prática, em que se demonstra fundamental, a fim de que alcance durante o curso preliminar o status desejados pelo interesse coletivo, sendo a aptidão a conscientização de preservação ambiental.

Segundo COSTA (2008. p. 335), “nem a dedicação exclusiva nem o acúmulo de experiência prática asseguram, de forma automática, a obtenção da postulada qualidade”. Afirma ainda, que um curso “não se constrói como um simples prolongamento das atividades conceituais com as funções docentes, sendo ocupadas quase que exclusivamente por tradicionais operadores de ensino cuja importância, entretanto, não pode ser desprezada”.

Assim, é possível concluir que o plano de ensino didático-pedagógico projetado nas escolas, de modo geral, está carente de medidas eficazes para com a maior instrução, de tal forma, gerar consequências fatais a boa condução da moral cidadã.

O cidadão brasileiro, como em outros aspectos sociais, apresenta deficiências desde a educação básica. O Estado tem o dever de proporcionar um ensino de qualidade aos seus habitantes, instruindo-os não apenas as matérias escolares, mas oportunizando uma efetiva reflexão acerca da realidade que o envolve.

Despertar o aluno, ainda na sua terna infância, ao zelo e respeito pelas regras básicas de condutas de um cidadão a iniciar pela sua dedicação aos estudos, à preservação do meio ambiente, a cidadania, dentre outros fatores; faz criar no adulto um instinto de capacitação e atenção as normas..

Para isso precisamos de uma verdadeira “Reforma na Educação”, com a apresentação de soluções para o caso, tentando elevar o nível educacional dos alunos em geral.

Os investimentos se iniciam desde a infraestrutura à qualificação dos professores que devem estimular o aluno a ter uma visão crítica na realidade em que vive. Atesta-se, que o valor destinado à capacitação do corpo docente não representa despesa, mas investimento, além de representar fator de pontuação na busca de uma sociedade regida pela paz e segurança coletiva (COSTA. 2008. p. 388).

Neste norte de investida, enfatizamos novamente, a responsabilidade inerente a atividade básica das escolas, no que tange a capacitação específica do aluno, devendo em suas atividades gerar a estes, meios de compreensão do assunto desejado e o papel fundamental do cumprimento das leis à sociedade.

Por fim, a exploração ambiental pode ser minorada através de investimento ao fator educacional infantil, e posterior capacitação dos cidadãos adultos, onde a correta compreensão do sentido ao respeito e zelo à cidadania e paz social, traduz o sentido básico a responsabilidade do ensino sobre ambiente saudável e equilibrado, que exclui, em sua essência, quaisquer resquícios de degradação descontrolada.

A importância de uma preparação prática se perfaz fundamental para o interesse coletivo de toda uma sociedade, uma vez que o cidadão mais capacitado e assemelhado a

realidade ambiental, garante, teoricamente, a minoração do número de impactos negativos, maior respeito às normas ambientais, e por fim, a paz social.

O estágio supervisionado, como foi genericamente analisado no presente trabalho, deveria ser componente curricular obrigatório ao ensino fundamental e/ou médio, quiçá universitário, haja vista que nem todos os alunos vivenciam em sua vida o prazer de manter contato com a natureza.

A finalidade do estágio curricular é proporcionar ao aluno formação prática, com desenvolvimento das habilidades necessárias à preservação ambiental, para tanto, a concepção e a organização das atividades práticas devem se adequar ao perfil pessoal concebido no projeto pedagógico e aos conteúdos dos eixos de formação fundamental e profissional, trazendo ao aluno uma visão integrada da formação teórica e prática.

A infraestrutura da sociedade é parte importantíssima ao bem estar social, devendo aquela proporcionar as condições materiais necessárias para a sua realização. Desta forma, é necessário que as instalações físicas, bem como o planejamento organizacional da cidade ou região, possibilitem um sistema populacional mais organizado e condicionado aos seus cidadãos.

É fundamental que a infraestrutura tecnológica seja elaborada com intuito de harmonizar o mais amplo acolhimento à comunidade, além de possuir instrumentos de atualização que evitem a sua rápida obsolescência. Portanto, a infraestrutura deve atender às demandas específicas oriundas do crescimento populacional e significativo crescimento da necessidade de exploração.

No Brasil, em diversas cidades, o que se percebe é uma realidade completamente contrária à teoria. Tem-se por tendência natural a carência de investimentos na urbanização das cidades, o que acarreta dificuldades na locomoção dos veículos e pedestres (ARANTES. 2001. p. 47).

Para tal problemática, tem-se como efetiva resolução o investimento em urbanização pública, onde proporciona acessos entre ruas e avenidas de forma a “desafogar” o trânsito, bem utilização de instrumentos proporcionam a aproximação do cidadão com o meio ambiente com equilíbrio e harmonia.

Mais do que uma atividade organizacional, a política de urbanização é o ambiente de articulação entre teoria e prática, desde a seleção para suas medidas preventivas à efetiva prestação de serviço público. Para tanto, ele requer uma estrutura adequada que possibilite a realização de todas as atividades, reais e simuladas, que lhe são inerentes.

Têm o dever atender todas as exigências de infraestrutura formuladas para a sociedade em geral, e na qualidade de laboratório técnico, deve apresentar uma estrutura digna do impacto ambiental e da função social, oferecendo todas as condições materiais para a reprodução das certezas e das dificuldades relacionadas com o trânsito.

5.2 REFLEXÃO SOCIAL NO MEIO AMBIENTE

Na tentativa de elencar proposta que contribua para o progresso do ambiente relacionado ao trânsito, verificamos alguns mecanismos que se efetivamente praticados, modificaria esta infeliz realidade em que nos deparamos.

Contudo não basta apenas apresentar sugestões, é imprescindível, acima de tudo, que todos aqueles que estão inseridos, direta ou indiretamente, tenham a consciência de que é essencial transformar nossos pensamentos, e buscando incessantemente os caminhos que nos levam a justiça e a igualdade.

Desta forma, torna-se de suma importância à implementação de uma consciência moral e ética na formação dos futuros cidadãos. Pois, a estes, cabe a concretização de um “novo papel”, que se inicia por meio de um ensino vinculado a realidade e formador de novas posturas.

É salutar, que também deve existir um comprometimento de todos os cidadãos para com a transformação da sociedade, mas para isso, é necessária a libertação desse sistema desigual que aliena o cidadão, sufocando-o e negligenciando-o em sua capacidade de equilibrar os interesse econômicos com a preservação do meio ambiente.

Nesse sentido, o conhecimento pode e deve ser instrumento para viabilizar essa libertação, começando pela prática do ensino como um fenômeno social e historicamente construído, resultante das lutas pela transformação social no país. Contudo, continuar neste norte, que muitas vezes se perfaz no mecanismo de reprodução ou aprisionamento por meio de uma ideologia silenciosa, não é o caminho, mas sim, construção de homens dispostos a mudar a realidade vigente, com poder de escolha e com consciência crítica (CÂMARA FILHO. 2001. p. 23).

O cidadão deve ter consciência do seu papel na sociedade, principalmente quando se trata de uma sociedade injusta e desumana como a nossa. Para tanto, a sistematização de fatores, incluindo educação do trânsito, colabora com necessidade de alcançar-se uma sociedade estruturada onde a finalidade configura-se em formar homens de bem que operem e lutem por um novo direito que beneficie as maiorias interessadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação mundial com o meio ambiente vem a cada dia ganhando maior relevância. Um desses motivos está no fato de que os recursos naturais não são ilimitados, ou seja, o uso imoderado e irresponsável desses recursos tende a causar o fim deles. E isto decorre, principalmente, da política de crescimento econômica desordenada e sem medidas. O principal prejudicado com este quadro que se apresenta somos nós, seres humanos, pois dependemos diretamente do meio ambiente para satisfação de nossas exigências.

Na verdade, faz-se necessário um trabalho de conscientização de todos os segmentos da sociedade, sobre a importância de se utilizar os recursos do meio ambiente de forma responsável e equilibrada.

Não obstante, restados sua impossibilidade e deflagrado o dano ambiental, independente de sua escala de efeitos, deve-se declarar o(s) responsável(eis) a fim de que haja a reparação pelo caos ocasionado. Sem dúvidas, na maioria das vezes o maior prejudicado é a natureza, que por mais que o causador não meça esforços para proporcionar sua reparação, não lhe é possível retroagir ao *status a quo*.

Isto se perfaz pelo fator cronológico em que o meio ambiente se utiliza para alcançar aquele estado natural. Ora, acreditar que a reparação humana devolverá a sua condição primária é compreender sua ingenuidade. Contudo, uma vez ocorrido o dano, devemos nos esforçar, em todos os sentidos, para que a reparação seja de forma eficaz e atilada, proporcionando, no que possível, a sua ordem natural.

Dessa forma, trazendo para uma realidade mundial, percebemos o egoísmo daqueles que partem em busca do crescimento econômico a todo custo; se despreocupam com o uso responsável do meio ambiente e com a qualidade de vida das gerações futuras.

Para garantir a tão desejada harmonia do meio ambiente com o crescimento econômico, surge o modelo de desenvolvimento sustentável como meio preventivo, e o instituto da responsabilidade civil para com o causador do dano, a fim de que lhe seja imputada o dever de reparar, na medida do estrago ambiental, o dano por ele originado. Esta inteligência ganha força, paulatinamente, no mundo e no Brasil, o qual tenta satisfazer as necessidades do tempo presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações em as suas necessidades.

É sábio compreender e dar condições para o com o crescimento econômico, posto que é através dele que a sociedade evolui. Todavia, este crescimento deve respeitar o meio

ambiente. Assim, faz-se necessário aplicar, caso seja necessário, a proporção adequada entre a reparação do dano e aquele suportado.

Ao imputar a responsabilidade para com os danos por a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, deve-se instrumentalizar a sua vitalidade e importância para a qualidade de vida das presentes e futuras gerações não seja comprometida, garantindo um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem barrar o crescimento econômico. A responsabilidade civil, portanto, é a essência do dano ambiental, à medida que possibilita a tentativa real de reparação.

Assim, conclui-se que a busca por um desenvolvimento econômico, no Brasil e no mundo, tem na exploração ambiental seu fundamento. Os problemas, de ordem técnica, jurídica e institucional, enfrentados no processo de reparação do dano, devem ser solucionados para que este instrumento torne-se cada vez mais eficiente e ágil.

Ademais, esperamos que este trabalho tenha contribuído de alguma forma para uma maior conscientização das questões ambientais, de maneira que cada um tome para si a sua parcela de responsabilidade sobre o meio ambiente. Esperamos, ainda, que este trabalho monográfico seja inspiração de outros futuros trabalhos mais aprofundada sobre o tema, de forma a construir uma sociedade e um governo mais atuantes em prol de um desenvolvimento econômico em parcimônia a preservação do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2002.

AGRAVO de instrumento de 2005. Processo no 200501000378659, Sexta Turma, decisão em 28/11/2005, Relatora: Desembargadora Federal Marial Isabel Gallotti Rodrigues. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em: 10, mar, 2008.

AGRAVO de instrumento de 2001. Processo no 200101000306075, Sexta Turma, decisão em 17/09/2001, Relator: Juiz Alexandre Machado Vasconcelos (convocado). Disponível em:<<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em: 10, mar, 2008.

ALBUQUERQUE, Flávia. **MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE AVANÇOU NA QUESTÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL.** **Agência Brasil.** Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/12/08/materia.2006-12-08.7751897537/view>>. Acesso em: Nov. 2012.

ANGELIN, Rosângela. **Educação Ambiental: uma oportunidade para o desenvolvimento sustentável e democrático no Brasil.** Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/068/68angelin.htm>>. Acesso em: 8, mar, 2012.

ANTUNES. Paulo Bessa, *Direito Ambiental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo, RT, 8ª ed., 2000

BENJAMIN, Antônio Herman V. "**Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental**". *In Revista de Direito Ambiental* nº 9. São Paulo: RT. 1998.

BRASIL. **Conama.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 10, mar, 2008.
CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 13. ed. Saraiva. 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros. 1996.

CAVALCANTI, Clóvis (Org.). **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

CLEMENTE, Isabel; LEITÃO, Matheus. O ambientalismo atrapalha o desenvolvimento? **Revista Época**. 509.ed. Disponível em: <www.revistaepoca.com.br>. Acesso em: ago, 2012.

DELGADA, M. **A solução na prevenção de acidentes**. Curitiba, 2001. D352s Monografia (Especialização em Trânsito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIANSANTI, Roberto. **O Desafio do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atual Editora LTDA., 1998.

IBGE - Mais de 90% dos municípios enfrentam problemas ambientais. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1286&id_pagina=1. Acesso em: 13, outubro, 2012.

JUNIOR, José Luiz. **Responsabilidade civil por danos ambientais**. Acesso em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1934/Responsabilidade-civil-por-danos-ambientais>.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: RT, 2000.

LUCENA, Socorro; BRITO, Adjalmira (orgs). **Regras de metodologia para trabalhos na graduação**. João Pessoa: UNIPÊ, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

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

RIO+10. Disponível em: <<http://www.ambientebrasil.com.br/composer>>. Acesso em: 20, fev, 2008.

RIO+10: um fracasso anunciado. Disponível em: <<http://www.universia.com.br>>. Acesso em: 20, fev, 2008.

ROCHA, DÉLCIO. Licença ambiental não pode ser entrave, diz Siemens. **Ambiente em Foco**. Disponível em: <<http://www.ambienteemfoco.com.br/?p=>>>. Acesso em: maio, 2007.

SILVA, Geral Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Thex; Biblioteca Estácio de Sá, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

WEGRZYNOVSKI, Ricardo. Cabo de guerra. **Revista Desafios do Desenvolvimento**. 29.ed. Disponível em: 67. <<http://desafios.ipea.gov.br/desafios/edicoes/29/artigo37820-5.php>>. Acesso em: mar. 2006.

O PRECEDENTE JUDICIAL: A UTILIZAÇÃO DO PRECEDENTE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Giordano Mouzalas de Souza e Silva*
Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva**

RESUMO: O presente trabalho tem como proposta analisar o uso do precedente judicial no Direito brasileiro que, historicamente, segue a tradição do *civil law*, mas, nos últimos anos, vem passando por transformações que o aproximaram dos preceitos do *common law*. Para tanto, a matéria será introduzida com uma explanação acerca da noção de precedente judicial, na qual se apontará suas principais características. Em seguida, o debate será em torno das vantagens e desvantagens no que tange a utilização do precedente, examinando sua eficácia principalmente em relação a realidade brasileira. Por último, debate-se a influência do precedente judicial no direito brasileiro como um fator jurídico-social que persegue a justiça.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema Jurídico Brasileiro. Precedente Judicial. *Civil Law*. *Common Law*. Decisão judicial.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the use of judicial precedent in Brazilian law that historically follows the civil law tradition, but in recent years has been going through transformations that approached to the principles of the common law. To reach this purpose, the subject will be introduced with an explanation about the concept of judicial precedent, in which it will be indicated its main features. After that, the discussion will be about the advantages and disadvantages regarding the use of precedent, examining its effectiveness, especially in relation to the Brazilian reality. Finally, this article will discuss the influence of judicial precedent in Brazilian law as a factor that chases legal and social justice.

KEYWORDS: Brazilian Legal System. Judicial Precedents. Civil law. Common law. Court decision.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Noções Preliminares. 1.2 *Common Law e Civil Law*. 1.3 O Precedente Judicial no *Common Law*. 1.4 Institutos com herança do *Common Law* no Direito Brasileiro. 2. Principais razões para a efetiva utilização dos precedentes judiciais na realidade brasileira. 2.1 A segurança jurídica. 2.2 A isonomia nos julgados. 2.3 Coerência da ordem jurídica, economia e celeridade processual. 2.4 Limitação do subjetivismo do magistrado. 2.5 Desestímulo à litigância e o favorecimento de acordos. 3. Principais críticas ao uso dos precedentes. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

* Bacharelado em Direito

** Professor Orientador

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vem se organizando de forma dinâmica e contínua. Deste progresso surgem cada vez mais novas incongruências, novas desavenças, novos litígios.

Natural é que o sistema judiciário, o poder responsável em dirimir conflitos de interesses, também acompanhe o trilhar célere dos fatos sociais. Ou seja, deve adaptar o direito ao cenário social como uma ferramenta célere e eficaz de pacificação da coletividade.

A fim de se evitar o que defendia o jurista francês Georges Ripert: “[q]uando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito” tem se percebido que o sistema jurídico brasileiro vem aproximando a família do *civil law* a do *common law*. Nota-se então que o sistema processual brasileiro caminha, nos últimos anos, para um sistema misto.

Nesse diapasão, com o intuito de delimitar a influência do *common law* no direito brasileiro faz-se necessário um estudo crítico em torno da aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio.

Em um primeiro momento, fez-se necessário a enumeração das diferenças basilares entre o *civil law* e o *common law* com a finalidade de inferir a aproximação entre sistemas que apresentam-se, à primeira vista, com propostas diametralmente opostas.

Posteriormente, explicou-se a sistemática do precedente judicial, apontando suas principais técnicas de aplicação e superação, técnicas que são utilizadas pelos países que adotam o *common law*.

Em seguida, tendo em vista a factível influência do *common law* no direito brasileiro, o presente artigo se propôs a analisar as heranças do *common law*, mais especificamente o uso dos precedentes judiciais, que já vigoram no Brasil destacando-se os institutos da súmula vinculante, a repercussão geral no recurso Extraordinário, julgamento por amostragem, dentre outros.

Inserido neste cenário, discutiu-se as razões para a utilização efetiva do precedente judicial no direito brasileiro, em outras palavras, os benefícios prováveis oriundos da adoção desse modelo. Abordou-se a segurança jurídica, a isonomia nos julgados, a coerência da ordem jurídica, economia e celeridade processual, a limitação do subjetivismo do magistrado e o desestímulo à litigância e o favorecimento de acordos sob o ponto de vista da aplicação do precedente.

Logo após, no intuito de enriquecer o debate central do artigo, qual seja o da utilização do precedente judicial no direito brasileiro, arrolou-se os prováveis pontos negativos da efetiva aplicação do precedente explorados pela doutrina.

Concluiu-se que o uso do precedente judicial é benéfico para a realidade brasileira, tendo em vista as contribuições concretas que poderão ser trazidas com a utilização efetiva do mesmo.

Nota-se, dessa forma, a grande importância e impacto que tem o tema em testilha para a sociedade brasileira. Ademais, destaca-se a sua atualidade, pois o judiciário ainda está galgando seus passos em direção a uma maior valorização dos precedentes judiciais, e a necessidade de debate, tendo em vista a enorme quantidade de processos que tramitam perante o judiciário e a imprescindibilidade de se encontrar soluções para tornar os processos céleres.

A metodologia utilizada na produção deste trabalho constituiu em levantamento bibliográfico, na intenção de analisar o material já publicado, principalmente livros, artigos científico e expor o precedente judicial sob uma nova perspectiva. Ademais, analisou-se a legislação pátria pertinente ao caso *sub examen*. Dessa forma, trata-se de uma pesquisa descritiva e analítica, com o objetivo de fazer uma investigação detalhada sobre o tema.

1 NOÇÕES PRELIMINARES

O sistema jurídico brasileiro é orientado pelos pressupostos do *civil law*, uma estrutura que tem como característica primordial a perseguição da legislação, em outras palavras, é uma estrutura essencialmente legalista.

1.1 COMMON LAW E CIVIL LAW

A despeito da tradição histórica herdada de Portugal, o Direito brasileiro vem sofrendo profundas mudanças, no sentido de valorização das decisões judiciais como fonte criativa de direito, influenciada, sobretudo, pelo pós-positivismo ou neoconstitucionalismo.

Tal mudança é nomeada por alguns doutrinadores como “commonlawlização”, no qual há uma aproximação entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. (MARINS, 2011). Aproximação essa que acontece na medida em que se percebe, no caso brasileiro, uma

simpatia em relação a jurisprudência, as decisões jurisdicionais e o prestígio da função criadora do magistrado.

O civil law, também conhecido como o *continental law*, tem o intuito de regular os direitos e obrigações de ordem particular concernente as pessoas, aos bens e suas relações. Este, diferentemente do *common law*, busca, dentro de um ordenamento jurídico, a aplicação da norma ao caso real.

Já o *common law* tem como principal característica a valorização dos precedentes em detrimento as leis estatutárias. É “a lei feita pelo próprio Juiz”. Os conceitos jurídicos evoluem ao longo do tempo e são construídos de acordo com os diversos casos que, em convergência, delimitam o campo de aplicação.

Também preocupado em distingui-los, o célebre jurista Miguel Reale (2009, p.141-142) disserta que:

Cabe, nesse sentido, distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*common Law*). A primeira caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (civil Law) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.

Ao lado dessa tradição que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. [...] Temos, pois, dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, correspondentes a duas experiências culturais distintas, resultantes de múltiplos fatores, sobretudo de ordem histórica. O confronto entre um e outro sistema tem sido extremamente fecundo, inclusive por demonstrar que, nessa matéria, o que prevalece, para explicar o primado desta ou daquela fonte de direito, não são razões abstratas de ordem lógica, mas apenas motivos de natureza social e histórica.

Nesse mesmo sentido, Ataíde Junior (2012) discorre, de forma sistemática, sobre três diferenças primordiais entre essas duas famílias do direito. A primeira, já apontada alhures, reside na importância que o *common Law* confere ao precedente judicial, enquanto que o civil Law destaca como fonte primária do direito à lei.

Aponta também Ataíde Júnior (2012, p.40) que com o surgimento do constitucionalismo houve uma aproximação entre ambos os sistemas, aumentando, dessa forma, a importância da jurisprudência nos países do *civil law* e da lei nos países do *common law*.

A segunda diferença apontada pelo autor reside na forma de pensar dos juristas dos dois sistemas. Enquanto que no civil Law, por serem as normas jurídicas abstratas, a tarefa do Juiz

é essencialmente a de interpretação de fórmulas legislativas, no common Law, por terem como ponto de partida o *ratio decidendi* dos precedentes, a técnica jurídica caracteriza-se pelo processo de *distinções*. (ATAÍDE JUNIOR, 2012, p.41)

Por último, há diferenças clássicas estruturais entre o civil e o common Law que podem ser resumidas em cinco pontos: 1) no *common law* observa-se uma estrutura unitária e compacta, no que tange as cortes superiores; 2) no *common law* os tribunais superiores julgam apenas os casos de maior relevância social, tendo a Corte esse poder de escolha; 3) a composição das cortes superiores no *common law* é feita por indicação política, no qual são escolhidos personalidades de destacado relevo; 4) há no *common law* um vínculo aos precedentes judiciais e; 5) a lei no *common law* é tida como fonte excepcional do direito, tendo relevância o direito desenvolvido pelos próprios julgadores.

Tais diferenças clássicas na estrutura dos dois sistemas, com o passar do tempo, se atenuaram, principalmente quando se leva em conta o caso brasileiro, de acordo com Ataíde Júnior (2012, p. 43-44):

Com efeito, a) no Brasil, as cortes superiores tem reduzido números de ministros. O Supremo Tribunal Federal (STF) conta com onze ministros e o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) com trinta e três; b) o ordenamento jurídico brasileiro já prevê institutos que permitem aos membros das cortes superiores escolher recursos de maior relevância para decidir, tais como: *a repercussão geral* e o *julgamento por amostragem dos recursos especiais e extraordinários*; c) os ministros do STF não são obrigatoriamente juizes de carreira, podendo ser nomeados pelo presidente, dentre juristas de destacada atuação; atente-se que no STJ 1/3 dos ministros pode ser escolhido dentre membros do Ministério Público e da advocacia, número esse superior ao reservado nos tribunais regionais e estaduais (1/5); d) o sistema brasileiro já adota o precedente vinculante como sói acontecer com a *súmula vinculante; com repercussão geral e com matérias decididas em controle concentrado de constitucionalidade*; e) o juiz brasileiro já não identifica o direito com a lei, pois acima desta está a Constituição e, diurnamente, é levado a cotejar a consonância daquela com esta, para aplicar-lhe ou negar-lhe vigência.

Nesse mesmo sentido, Porto (2010) destaca o poder da globalização em facilitar o diálogo entre os dois sistemas e como eles vêm reciprocamente se influenciando:

Da common law para civil law, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira "commonlawlização" no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. Realmente, a chamada "commonlawlização" do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestígio da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz.

Nesse diapasão, latentes são as diferenças e a influência entre ambos os sistemas. Acontece que o sistema jurídico brasileiro já guarda diversos elementos de conexão com o *common law*, e como é objetivo do presente trabalho inferir o uso do precedente judicial no ordenamento pátrio, faz-se imprescindível discorrer sobre o precedente judicial.

1.2 O PRECEDENTE JUDICIAL NO *COMMON LAW*

No direito brasileiro, a invocação de um precedente judicial apresenta-se apenas como um mero elemento de persuasão que poderá influenciar de maneira subjetiva no convencimento do juiz. Desse modo, passe-se a enfrentar definições e conceituações do *common law*, para que seja identificado, a *posteriori*, sua aplicação no direito brasileiro.

Segundo Ataíde Junior (2012, p. 70) “o precedente constitui-se numa decisão judicial, considerada em relação de anterioridade a outras, cujo núcleo essencial, extraível por indução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos”. Didier, Braga e Oliveira (2012, p.385) definem o precedente judicial como sendo a “decisão judicial tomada a luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”

A eficácia obrigatória dos precedentes recai apenas sobre a sua motivação que nada mais é do que a tese ou o princípio utilizado na decisão. Não recai, portanto, nas circunstâncias de fato que embasam o caso concreto.

Em outras palavras, o *ratio decidendi* (ou *holding*) - a tese ou o princípio jurídico no qual se fundamenta a decisão - tem força obrigatória e é composta, segundo Redondo (2012, p. 320), por três elementos: “(i) da indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (iii) do juízo decisório (*judgement*)”.

Isto posto, é salutar a necessidade de cautela, por parte dos juristas, quando proferirem suas decisões, uma vez que a mesma não ficará restrita apenas ao caso em apreço, podendo gerar um *ratio decidendi* que será aplicado em inúmeros casos análogos, devido a extração de uma norma geral.

Na tentativa de ilustrar o tema, Didier, Braga e Oliveira (2012, p.386) descrevem que:

Um exemplo pode vir a calhar: o art. 1.102-A do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de “prova escrita” que não tenha eficácia de título executivo. “Prova escrita” é termo vago. O STJ decidiu que “cheque prescrito” (n. 299 da súmula do STJ) e “contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário” (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir

de casos concretos, criou “duas normas gerais” à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Note que a formulação desses enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto a sua incidência. Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o magistrado termina por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso - por exemplo, “cheque prescrito” se enquadra no conceito de “prova escrita” de que fala o art. 1.102-A do CPC. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*. Ela deve ser exposta na fundamentação do julgado, porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo. Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque, tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, à tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem aquela em que foi originariamente construída - por exemplo, com base nela e possível admitir, em qualquer outra situação concreta, a ação monitória para cobrança de cheque prescrito. **Eis aí a essência do precedente: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes.** (grifo nosso)

Além do *ratio decidendi*, vale citar a figura do *obiter dictum* que não possui o efeito vinculante do precedente, compreendendo apenas os argumentos expostos de passagem na motivação da decisão. O *obiter dictum* ou apenas *dictum* não é de todo desprezível, podendo revelar uma futura orientação do tribunal. Ademais, consoante Didier, Braga e Oliveira (2012, p.388) “o voto vencido em um julgamento colegiado é *obiter dictum* e tem a sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente”.

A eficácia do *ratio decidendi*, no *common law* tem força vinculante, não apenas em relação ao tribunal que o proferiu, mas também frente a todos os juízos de grau inferior. Nesse ponto reside a grande diferença entre o *civil law* e o *common law*.

Consoante Duxbury *apud* Marinoni (2010, p.104):

quando decidimos com fundamento nos precedentes, nós consideramos importante o fato de a nossa situação atual ter sido abordada anteriormente, porém **nós não iremos necessariamente avaliar o precedente pelo que ele nos ensina. Por vezes, podemos até mesmo seguir precedentes com os quais não concordamos.** (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido ressalta Marinoni (2010, p. 109) que o juiz ao estabelecer um precedente, cria também uma responsabilidade consigo mesmo, pois terá que seguir seu *decisum* nos casos futuros, além de vincular os juízos hierarquicamente inferiores.

Por óbvio, os precedentes não são imutáveis, existindo duas principais técnicas utilizadas tanto na aplicação do precedente, como na sua superação. A primeira é o *distinguish*, no qual cabe ao Juiz à comparação entre o *ratio decidum* e o caso em julgamento.

Tal técnica tem como objetivo a distinção entre os casos para que seja observada, ou não, a aplicação do precedente. Sobreleva Marinoni (2010, p. 327) que uma diferença fática nem sempre é suficiente para a não aplicação do precedente. Fatos irrelevantes ou não fundamentais não tornam os casos desiguais.

Já o *overruling* é uma técnica para a revogação do precedente, muito utilizada no plano horizontal, no qual uma Corte superior revoga o precedente da inferior, mas que encontra algum óbice no plano horizontal. O *overruling* de um precedente acontece principalmente quando constatado incongruência social ou inconsistência sistêmica, atrelada principalmente as mudanças de valores sociais.

A revogação do precedente por meio do *overruling*, não caracteriza uma surpresa ou instabilidade para o sistema, os jurisdicionados já estavam alerta da possível mudança de entendimento. É claro que as cortes, no *common law*, necessitam de forte argumentos para mudar um precedente, devido ao poder que o mesmo tem no sistema.

No sistema brasileiro, o grau de poder representado por um precedente pode ser dividido, para Ataíde Junior (2012), entre precedente obrigatório ou vinculante, precedentes relativamente obrigatórios e precedentes persuasivos.

No primeiro, o caráter vinculante independe da opinião do juiz do caso em julgamento, devendo os magistrados se posicionarem- conforme já foi decidido. Ilustrando com a realidade brasileira, se enquadrariam nessa categoria as decisões definitivas do STF no controle concentrado de constitucionalidade.

No segundo caso, apesar da força obrigatória, poderá a autoridade solucionar o caso em concreto de forma diversa, desde que tenha uma boa e funda razão para fazê-lo, consoante Ataíde Junior (2012, p. 102) o exemplo desse tipo de precedente no direito brasileiro pode ser encontrado no caso das decisões do STJ em recurso especial nas causas repetitivas.

Por último, os precedentes persuasivos, apresentam-se como um norte para o juiz, mas não há a obrigação de levá-lo em consideração. O julgamento dependerá do livre convencimento do magistrado, modelo adotado nos países do *common law*.

Vale ainda ressaltar a diferença entre jurisprudência e precedente. Enquanto que aquele é composto por diversas decisões a respeito de determinado caso concreto, este se refere a uma só decisão que poderá e deverá ser aplicado como fundamento em casos futuros. Assim, quando um precedente é repetidamente utilizado transforma-se em jurisprudência. De acordo com Miller e Souza (2011) “no *common law*, um único julgado já é considerado como precedente obrigatório, na medida em que afirma a norma jurídica a ser aplicada em situações futuras semelhantes, o que evidencia ser a jurisprudência a primeira fonte de direito”.

Tendo em vistas a noção inicial apresentada supra sobre os precedentes judiciais nos países que adotam o *common law*, é objetivo desse trabalho acadêmico analisar a utilização dos precedentes judiciais em países que historicamente adotaram o *civil law*, especificamente o caso do Brasil.

1.3 INSTITUTOS COM HERANÇA DO COMMON LAW NO DIREITO BRASILEIRO

Observa-se que o Brasil galga rumo ao *common law*, na medida em que nota-se um maior prestígio as decisões judiciais. Tal aproximação vem acontecendo ao longo do tempo, sendo possível enumerar diversos institutos jurídicos no Brasil que possuem características do sistema do *common law*.

Nesse sentido, serão discutidos institutos do direito brasileiro tanto o que possuem força vinculante, a exemplo das súmulas editadas pelo STF, como os que ainda possuem força relativamente vinculante.

Em um primeiro momento, vale ressaltar o artigo 38 da Lei. 8.038/90 que permite que os relatores do Recurso Especial e do Extraordinário possam julgar monocraticamente o recurso que “contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”.

Desse modo, observar-se que as súmulas e, em alguns casos, até mesmo a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores possuem uma força tal que permite ao magistrado julgar recursos monocraticamente. Nesse mesmo sentido estão os artigos 557 e o 544, § 3º do CPC que versam sobre o julgamento monocrático quanto à inadmissibilidade, provimento ou desprovimento, do recurso Especial ou Extraordinário quando encontrar-se fundamento em súmula ou jurisprudência do STJ ou STF e sobre o julgamento monocrático do agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu o recurso Especial ou Extraordinário quando o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência do tribunal, respectivamente.

Também se permite observar a força vinculante dos precedentes nas decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade e diretas de inconstitucionalidades, conforme o artigo 102 da Constituição Federal:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade **produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante**,

relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A força vinculante também é prevista no artigo 28 da Lei 9.868 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. **A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.** (grifo nosso).

Ainda a título de exemplo, pode-se citar no direito brasileiro o instituto previsto no artigo 103-A da Constituição Federal, adicionado por meio da Emenda Constitucional n° 45/2004, a súmula vinculante, hodiernamente regulamentada pela Lei n° 11.417/2006. De acordo com o artigo 103-A:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.**

§ 1° **A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.**

§ 2° **Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.**

§ 3° Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (grifo nosso)

Da leitura do artigo supra, constata-se que a súmula vinculante possui poder frente a todas as esferas do Poder Judiciário, assim como, da Administração Pública. Ademais, nota-se que a súmula vinculante, a despeito do seu poder, poderá ser revisada ou cancelada pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Lenza (2011, p. 724):

A súmula vinculante, como se verá, em nosso entender, sem dúvida contribui para, ao lado de tantas outras técnicas, buscar realizar o comando fixado no art. 5º, LXXVIII, também introduzido pela Reforma do Poder Judiciário e, na mesma medida de, estabelecer a segurança jurídica, prestigiando o princípio da isonomia, já que a lei deve ter aplicação e interpretação uniforme.

Desse modo, pode-se perceber como as matérias de cunho constitucional, principalmente em relação a súmulas e decisões do STF, já possuem força vinculante, aproximando-se do precedente judicial adotado nos países do *common law*.

Outro instituto que foi influenciado pelo *common law* é o julgamento por amostragem dos recursos Extraordinário e Especial, previstos pelos artigos 543-B e 543-C. Segundo tais artigos quando houver multiplicidades de recursos com fundamentações idênticas os recursos serão processados por amostragem, ficando os outros sobrestados até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

De acordo com o Parecer PGFN/CRJNº492/2010:

[..] apesar de não ser, propriamente, vinculante, e de não ensejar a inadmissão automática dos recursos interpostos contra os futuros acórdãos que o aplicarem, é certo que os precedentes judiciais formados sob as vestes dos arts. 543-B e 543-C do CPC ostentam uma **força persuasiva especial e diferenciada**, capaz, a um só tempo, de **distingui-los** dos outros precedentes judiciais, também oriundos do STF/STJ, mas que não resultaram de julgamentos submetidos a tal sistemática, e de **tornar a sua aplicação** praticamente impositiva às futuras demandas que tratem da mesma questão jurídica nele tratada, podendo essa aplicação ser superada, apenas, em hipóteses absolutamente remotas e excepcionais.

Nesse mesmo sentido, insere-se o instituto da repercussão geral do Recurso Extraordinário, adicionado no ordenamento pátrio por meio da Emenda Constitucional nº 45, e que garante ao STF a seleção dos recursos que irá analisar, levando-se em conta a relevância jurídica, política, social ou econômica do tema. Para Nunes, Lacerda e Miranda (2013, p.195), a repercussão geral “é capaz de sobrestar todos os demais recursos extraordinários na origem que possuam ‘mesma temática’ do recurso paradigma que será julgado com efeitos *pamprocessuais* sobre os demais”.

Ambos os institutos, assim como nos países do *common law*, filtram os recursos que chegam ao Supremo, mostrando-se uma forma de diminuição do número de processos encaminhados ao STF.

Em resumo sobre o tema, Miller e Souza (2011, p.5), discorrem que:

[n]a legislação especial é constata a relevância dos precedentes judiciais no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 10, da Lei nº 9.882/99), na uniformidade interpretativa prevista pela na (*sic*) Lei nº 10.257/2001 (art.14), na Consolidação das Leis do Trabalhos (nos arts. 8º,869 e 896, §§ 4º e 5º, da CLT).

E o Código de Processo Civil, por sua vez, confere (e vem conferindo cada vez mais) elevado valor aos precedentes judiciais, o que pode ser percebido em diversos dos seus dispositivos legais, que abertamente consideram a importância dos precedentes.

Assim se verifica, também a título exemplificativo, no julgamento do conflito de competência (art. 120, parágrafo único), na possibilidade de julgamento liminar do mérito da ação em processos repetitivos (art. 285-A), na inexigibilidade do reexame necessário (art. 475, §3º), no julgamento da impugnação e dos embargos à execução com fundamento na inexigibilidade de título (art. 475-L, § 1º e art. 741, parágrafo único), no incidente da uniformização da jurisprudência (art. 479), na declaração incidental de inconstitucionalidade (art. 481), na “súmula impeditiva de recurso” (art. 518,§1º), no julgamento monocrático do recurso com fundamento em jurisprudência dominante (art. 557 e art. 544, §3º e §4º) e no julgamento de recursos repetitivos dos tribunais superiores (art. 543-B e art. 543-C)

Assim, observou-se que inúmeros são os exemplos legislativos da importância do precedente judicial no direito brasileiro, evidentemente ainda não com a força com que é tratado pelos países do *common law*, mas já observa-se certa influência dos mesmos.

Desse modo, para alcançar a finalidade proposta serão abordados os principais argumentos favoráveis para o uso do precedente no Brasil, defendidos pelos doutrinadores pátrios, e apontar as possíveis desvantagens, principalmente em relação aos jurisdicionados, de uma mais profunda adoção do precedente vinculante.

2 PRINCIPAIS RAZÕES PARA A EFETIVA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA REALIDADE BRASILEIRA

Existe enorme controvérsia doutrinária acerca da utilização dos precedentes judiciais como fonte do direito brasileiro, segundo Morais (2011, p.32), “a polêmica surge quando se reflete acerca do Princípio da Legalidade (art. 5º, II, CF) e da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (art.4º) e se percebe que não se arrola o precedente judicial como fonte de direito”.

No entanto, sustenta-se na doutrina, a crença de que a utilização do precedente vinculante proporciona maior eficácia para o jurisdicionado, devido à incidência de princípios como o da segurança jurídica, igualdade nos julgados e a coerência da ordem jurídica. (MARINONI, 2010).

Os doutrinadores não são unânimes quando da discriminação dos pontos positivos que acompanham o uso efetivo dos precedentes judiciais, Moraes (2011), pó exemplo, a despeito de citar alguns tópicos trazidos por Marinoni (2010), destaca os princípios da igualdade, celeridade, economia processual, segurança jurídica e o da razoável duração do processo. Já Mendes (2013) também traz à baila a garantia de imparcialidade do magistrado.

Nesse diapasão, e tendo em vista que mesmo de forma tímida o precedente judicial já vem sendo aplicado na realidade brasileira, *mister* faz-se a análise dos benefícios trazidos por essa nova fonte do direito analisados pelos doutrinadores supracitados.

2.1 A SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica no direito brasileiro vem estampada na Constituição Federal e, de acordo com Ataíde Junior (2012, p. 109), é contemplada em três facetas: princípio, valor e direito fundamental.

Em forma de princípio, a segurança jurídica é prevista no art. 5º, *caput* e inciso XXXVI, da Constituição Federal que assevera que as relações jurídicas quando já consolidadas, sendo fruto da coisa julgada, do ato jurídico perfeito ou do direito adquirido, não podem ser mudadas, preservando-se os efeitos já consolidados.

Como valor, aponta Ataíde Junior (2012, p. 109) que por esse prisma “a segurança jurídica é, a um só tempo, um valor supremo de nossa sociedade (ao lado da liberdade, igualdade e justiça) e, um valor transcendente através do qual se assegura a consecução dos demais (assegura o exercício dos direito (...))”

Já em relação ao direito fundamental, a segurança jurídica aparece na Constituição Federal ao lado da vida, liberdade, igualdade e propriedade comuns a todo e qualquer ser humano.

Entende Marinoni (2010, p.121) que a segurança jurídica é requisito indispensável em um Estado de Direito, capaz de assegurar a previsibilidade e estabilidade da ordem jurídica.

A despeito de se ter o conhecimento das leis, assevera Marinoni (2010), que, principalmente em relação aos países que adotaram o *civil law*, isso não é sinônimo de previsibilidade dos julgados, uma vez que as regras jurídicas podem ser analisadas e interpretadas de maneira dispares.

Nesse sentido, podem os precedentes judiciais maximizar a previsibilidade das decisões judiciais, na medida em que possuem força vinculante. Ademais, o uso dos precedentes

judiciais também acarreta em uma maior estabilidade dos julgados, uma vez que os juízes necessitam respeitar as decisões tomadas pelos tribunais superiores, assim como, as suas próprias decisões.

Um sistema que não garante a segurança aos seus jurisdicionados, impede a concretização da cidadania, na medida em que impede que o cidadão conheça os seus direitos. (MENDES, 2013)

De acordo com Marinoni (2010, p. 131):

Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade dos sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua ‘justiça’ e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.

Nesse mesmo sentido, Bobbio *apud* Mendes (2013) discorre que “para que se possa falar em uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”. O desrespeito ao precedente judicial gera um clima de instabilidade e compromete o próprio Estado de Direito, uma vez que se verificam várias leis regendo a mesma conduta.

Nesse sentido, a segurança jurídica, no common law, é respeitada em um grau bem mais elevado do que no *civil law*, tendo em vista o grande efeito dado ao precedente judicial.

2.2. A ISONOMIA NOS JULGADOS

Preceitua a Constituição Federal, no seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. A igualdade mostra-se como mais um pilar do Estado Democrático de Direito, sendo o tratamento desigual aceito quando busca-se a igualdade real, ou seja, “tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.

No que tange o processo, como aponta Marinoni (2010, p. 145),

[...] não só há grande preocupação com a igualdade de tratamento dos litigantes no processo, mas também com a igualdade de acesso à justiça e com a igualdade aos procedimentos e às técnicas processuais. Nesta dimensão, se é possível falar, para facilitar a comunicação, em igualdade ao processo, é mais espécies a igualdade de

tratamento no processo, a igualdade de acesso e a igualdade ao procedimento e à técnica processual

No que respeita o precedente judicial e a igualdade, o que se busca é a isonomia das decisões judiciais. Acontece que a despeito de a lei ser a mesma, há interpretações divergentes no âmbito do judiciário, o que resulta em decisões desiguais e muitas vezes até opostas em casos semelhantes.

Nesse diapasão, insere-se a importância da igualdade capaz de tomar novos contornos com a utilização do precedente judicial vinculante. Segundo Moraes (2011, p. 33) “esse princípio aplicado à prestação jurisdicional através do precedente vinculante permite a previsibilidade do julgamento nos casos assemelhados e pode resultar no princípio da segurança jurídica”.

Debate-se, dessa forma, a questão das causas repetitivas, muito comum no judiciário, e que por vezes possuem deslindes diferentes, latente violação ao princípio da igualdade. Segundo Ataíde Júnior (2012, p.111-112):

Não se pode olvidar que diante das causas repetitivas o fenômeno da jurisprudência lotérica – onde o resultado da causa é ditado pela sorte na distribuição do feito – é ainda mais perverso, pois enseja, sem qualquer justificativas plausível, que causas idênticas tenham soluções diversas.

[...]

Outrossim, cumpre ressaltar que a divergência jurisdicional, mormente, nsd causas repetitivas, viola os *princípios da razoável duração do processo* e da *efetividade da tutela jurisdicional*, pois, havendo entendimento favorável nas cortes superiores, não é razoável submeter a parte a toda uma *via crucis* para tutelar e/ou os tribunais locais teimam em se rebelar contra as cortes a quem cabe dar a última palavra em matéria constitucional e infraconstitucionais.

Para que haja a igualdade das decisões judiciais por meio do uso dos precedentes vinculantes, os magistrados brasileiros precisarão entender que fazem parte de um sistema. Assim, mostra-se um verdadeiro absurdo decisões diferentes em torno de casos semelhantes levados ao judiciário, “embora o juiz possa criar a norma jurídica, é preciso impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade.” (MARINONI, 2010, p.155)

2.3. COERÊNCIA DA ORDEM JURÍDICA, ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL

Tendo em vista a necessidade de um sistema coerente, Marinoni (2010, p.133) critica a contradição ainda existente no Brasil “entre a mitificação do duplo grau e a ausência de

respeito às decisões dos tribunais superiores” que são celebradas como uma garantia à justiça, mas que não passam de uma desconfiança e desvalorização do juiz de primeiro grau. Nesse sentido o autor disserta que:

[...] o duplo grau se assenta em um ambiente de desconfiança em relação ao juiz de primeiro grau, que não poderia ter poder para decidir, livre e solitariamente, qualquer demanda. Como demonstrou Cappelletti, o primeiro defeito essencial do duplo grau, que não está presente – especialmente no que diz respeito ao processo civil - nos países anglo-saxões, é a profunda desvalorização do juízo de primeiro grau, com a conseqüente glorificação, se assim se pode dizer, dos juízos de segundo grau. Em virtude da necessidade do segundo grau, a causa, em primeiro grau, não está ganha nem perdida; a sentença do juiz, por não ter, em regra, execução imediata, serve para pouco mais do que nada. Como afirma o professor florentino, o primeiro grau é somente uma larga fase de espera, um extenuante e penosa antessala para se chegar à fase de apelação ou à verdadeira decisão, ao menos para a parte que tem condições econômicas para alcançá-la. Marinoni (2010, p.133)

Logo, tal entendimento vai de encontro à lógica do sistema estrutural do Poder Judiciário. Espera-se que o juiz de primeiro grau possa resolver definitivamente alguns casos. No entanto, isso só ocorrerá, conforme Marinoni (2010, p. 167), “quando as partes souberem a decisão que será proferida pelo tribunal. Tal acontecerá quando houver um mínimo de estabilidade na interpretação do direito, a gerar previsibilidade aos litigantes”.

Quando obrigados a seguir as decisões de tribunais superiores, as partes não necessitarão recorrer até o esgotamento das instâncias, na medida em que terão seu direito reguardado desde logo, o que traz tanto uma celeridade ao processo como uma economia para as partes e para o próprio Estado.

Para Marinoni (2010, p.188), “o respeito aos precedentes torna o uso do sistema judiciário mais barato, vindo ao encontro dos objetivos perseguidos pela democratização do acesso à justiça e pela realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF)”.

Nesse mesmo norte, consoante o grande jurista Rui Barbosa a “justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada”, assim, a utilização efetiva dos precedentes favorecerá a uma maior credibilidade da sociedade com o Poder Judiciário.

Em suma, é latente a contribuição do precedente judicial para a coerência da ordem jurídica. A vinculação dos precedentes obriga os magistrados a respeitarem as decisões de tribunais hierarquicamente superiores corroborando para igualdade nos julgados, para a segurança jurídica dos jurisdicionados, para a economia e para uma razoável duração processual.

2.4 . LIMITAÇÃO DO SUBJETIVISMO DO MAGISTRADO

No sistema do *civil law* tem-se a ideia de que a imparcialidade do juiz advém da justificativa, da fundamentação que legitima as decisões judiciais. Aponta Marinoni (2010) que tais justificativas que incorporam as decisões, no entanto, não são garantias da imparcialidade do juiz, podendo o jurisdicionado deparar-se com sentenças/acórdãos arbitrários.

Versando sobre matéria, Mendes (2013) corrobora com a utilização dos precedentes na medida em que isso limita o subjetivismo do juiz. De acordo com Mendes (2013):

ao contrário de retirar o livre convencimento do juiz, impedido o acesso à justiça, é aparelhamento contra a arbitrariedade e subjetividade do julgador, que, muitas vezes, se convence de teorias ultrapassadas ou contrárias a moderna visão do direito, e, consonância com a sociedade. É importante combater este abuso de interpretação e decisão promovida pelo juiz eminentemente subjetiva para manter a segurança do próprio cidadão em busca de um direito. Essa limitação promovida pelo precedente processual alcança suma importância no nosso ordenamento jurídico, a partir do dissonante comportamento judicial, exclusivamente subjetivo, no qual, a maioria dos juízes, se acha investido de um poder sobre a lei e além dela.

Assim, além da necessidade de ficar adstrito ao que ele mesmo já decidiu, quando da efetivação do precedente judicial, os juízes ficarão obrigados a respeitar as decisões das cortes superiores, limitando o seu subjetivismo nas decisões judiciais, garantindo uma maior imparcialidade e igualdade para quem busca o poder judiciário.

2.5. DESESTÍMULO À LITIGÂNCIA E O FAVORECIMENTO DE ACORDOS

Inúmeros são os processos que tramitam no judiciário brasileiro. O acesso à justiça enseja a litigância, mas com essa não deve ser confundida. A previsibilidade do desfecho de uma demanda judicial desestimula a litigância, na medida em que as partes não gastarão esforços em causas já consolidadas perante o judiciário.

Nesse sentido discorre Marinoni (2010, p.181-182):

Quando a parte que se julga prejudicada tem conhecimento de que o judiciário não ampara sua pretensão, esta certamente não gastará tempo e dinheiro em busca de uma tutela jurisdicional que, de antemão, sabe que lhe será favorável. Contudo, quando ao advogado não resta outra alternativa a não ser informar o seu cliente de que, no que diz respeito ao seu problema, o Judiciário já decidiu e tem decidido de várias formas, fica a parte com a viva impressão de que deve propor demanda, arriscando obter uma decisão favorável. Afinal, se um juiz ou uma Câmara ou Turma pode lhe dar ganho de causa, entre outras que podem lhe dar decisão

desfavorável, vale a pena arcar com os custos e com a demora do processo. O autor da ação é obrigado a pensar com a lógica de um apostador, transformando o distribuidor judicial em espécie de roleta, cujo último sopro determinará a sorte do litígio. Há nítida possibilidade de o Judiciário ser visto como casa lotérica, em que a aposta seja conveniente, mesmo pagando-se alto.

Além disso, acredita Marinoni (2010) que o uso dos precedentes judiciais contribui de forma significativa em direção aos acordos judiciais e/ou extrajudiciais, uma vez que as partes saberão de antemão as vantagens e desvantagens em continuar com a lide, podendo, por meio de razões objetivas, chegar a uma negociação.

É certo que uma das partes terá um maior poder de barganha frente à outra durante as negociações, mas a previsibilidade auxiliará ambas, na medida em que saberão até que ponto é vantajoso ou não fazer o acordo.

Um exemplo atual de desestímulo a litigância e busca por acordos no Brasil é o PARECER PGFN/CRJ N°492/2010 que orientam os Procuradores da Fazenda Pública a não interpor recursos meramente protelatórios quando já houver jurisprudência dos tribunais superiores a respeito do tema. (NUNES, LACERDA e Miranda, p. 196)

Diante de todo o exposto, nota-se que os doutrinadores são unânimes em apresentar diversos pontos positivos advindos da efetiva utilização dos precedentes judiciais. Por conseguinte, para uma cognição integral do tema é necessário à observância dos possíveis prejuízos que os precedentes poderão acarretar quando da sua utilização efetiva, tema que será abordado no tópico subsequente.

3 PRINCIPAIS CRÍTICAS AO USO DOS PRECEDENTES

A primeira vista, o uso dos precedentes judiciais mostra-se imensamente favorável para o judiciário brasileiro. No entanto, principalmente por conta do conservadorismo ainda presente, muitas vezes ainda enaltecem as possíveis desvantagens oriundas da aplicação dos precedentes.

Dessa forma, com o intuito de amadurecimento por meio do debate, passa-se a analisar as críticas trazidas pela doutrina e, quando possível, opiniões que já são copaz de refutá-las.

A principal crítica assinalada e unanimemente debatida pelos doutrinadores consiste na possível violação das funções estatais. O Estado brasileiro é dividido em três poderes: o legislativo, o executivo e o judiciário, sendo que cada um exerce uma atividade principal e outras secundárias, por meio do sistema de freis e contrapesos (*Checks and Balances*).

Assim, questiona-se a invasão por parte do judiciário em atividades privativas de outro poder. Nesse diapasão, seria verdade que, quando editado um precedente, o judiciário estaria adentrando na função do poder legislativo?

Para Moraes (2011, p. 41), essa função seria paralegislativa, não excluindo as atribuições inatas de outros poderes, nem concedendo ao judiciário um “superpoder”. De acordo com Marinoni (2010, p. 204-5):

O questionamento da força obrigatória das decisões judiciais diante do princípio da separação dos poderes constitui gritante falta de consciência jurídica ou ingenuidade enfadonha e inescusável. Quem vê problema na imposição obrigatória de determinada interpretação da lei parece não ter percebido que o Judiciário, muito mais do que fixar a interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissões ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental. **Ora, não é preciso muito esforço para entender que se o juiz, singularmente, pode controlar a constitucionalidade da lei, os tribunais superiores evidentemente podem decidir com força obrigatória sobre todos os membros do Poder Judiciário.** Nesta dimensão, aliás, obviamente também não há como afirmar que a súmula vinculante, por ter eficácia que incide além do Poder Judiciário, viola a separação dos poderes. (grifo nosso)

Nesse sentido, não resta dúvida de que o precedente judicial não viola em hipótese alguma a separação dos poderes, pois não há interferência em atribuição legítima do poder legislativo, respaldando-se o judiciário no art. 49, XI, da Constituição Federal.

Outra possível consequência negativa advinda do uso dos precedentes é o engessamento das decisões. Discute-se na doutrina até que ponto os precedentes podem ser um obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais.

É verdade que os precedentes são de observância obrigatória e de difícil modificação, mas isso não significa que uma vez implantados o debate sobre o tema decidido pelo judiciário não mais acontecerá. Nesse sentido encontra-se a importância da doutrina, de acordo com Marinoni (2010, p.193-194):

[...] os precedentes, num sistema que se funda no seu respeito, somente **podem ser revogados excepcionalmente, quando o desenvolvimento da doutrina demonstra que o precedente está, indiscutivelmente, equivocado, ou quando surgem novos valores ou novas circunstâncias fáticas – como aquelas derivadas da evolução tecnológica – que impõem a sua redefinição.** É claro que os precedente não podem ser revogados apenas porque a corte não gosta dos seus fundamentos ou entende que outros seriam mais apropriados, ou mesmo supõe que tais fundamentos não são adequados ou válidos. Para a revogação de um precedente, a evolução na doutrina deve ter chegado a um estágio em que o fundamento que o ancorava não seja mais sustentável nos tribunais. Do contrário não haveria sentido em falar em força obrigatória dos precedentes e em estabilidade e segurança por ela proporcionadas. (grifo nosso)

Desse modo, também a preocupação com o engessamento das decisões não mostra-se verdadeira, na medida em que os precedentes podem e devem ser modificados para adequarem-se as novas realidades sociais.

Também Ataíde Júnior (2012) preocupa-se com o engessamento da jurisprudência, focando-se mais precisamente em um eventual bloqueio na produção jurisdicional dos órgãos de primeira instância. Nesse sentido Ataíde Júnior *apud* Barbosa Moreira (2010, p.133),

[d]efende que é indispensável reservar certa margem de flexibilidade à jurisprudência, a fim de que a mesma possa ajustar-se à realidade cambiante do mundo exterior, já que as mutações da sociedade são captadas em primeiro lugar pelos juízes das instancias inferiores, convocados a lidar antes dos outros com os conflitos de interesse que as novas condições sociais, políticas e econômicas vão desenhando.

Corroborando com Marinoni (2010), Ataíde Junior (2012) acredita que não haverá um engessamento jurisprudencial até porque apesar de sua maior rigidez, o sistema de precedente judicial não significa uma submissão total e irrefutável as decisões anteriores. Nesse sentido Ataíde Junior (2012, p.135) aponta que:

[o]s juízes e tribunais, utilizando-se da técnica do *distinguishing*, podem estender a *ratio decidendi* mais além dos limites de um caso antecedente se entenderem que, assim, estão promovendo justiça. Por outro lado, caso a aplicação da *ratio decidendi* do precedente possa produzir resultado indesejável, juízes e tribunais podem estreita-la ou restringi-la. Os juízes e tribunais inferiores podem, ainda, realizar o *antecipatory overruling*, ou melhor, anteciparem-se à provável revogação do precedente pelas cortes superiores, quando estas já tenham dado fortes demonstrações de que tal precedente está em vias de revogação.

Ainda sobre esse tema, Marinoni (2010, p.195) salienta que só os tribunais que produziram, ou tribunais superiores, é que podem revogar de fato o precedente judicial. Desse modo, ficam os magistrados inferiores adstritos ao precedente para resguardar-se a estabilidade do sistema.

Em terceiro lugar, Marinoni (2010) aponta um possível óbice à realização da isonomia substancial, que seria o tratamento desigual em situações desiguais. Acontece que, como dito alhures, não deve ser o precedente aplicado de maneira indiscriminada. Os precedentes judiciais “[n]ão podem ser vistos apenas em abstrato, como se fossem modelos adaptáveis a toda e qualquer situação concreta, mas como normas que devem tomar em conta as particularidades de cada situação litigiosa”.

Desse modo, por meios das técnicas, como o *distinguishing* e o *overruling*, podem os magistrados adaptar o precedente judicial ao caso concreto em busca da justiça, mas é claro que essa abertura deve ser utilizada com cautela.

Nesse mesmo sentido, encontra-se mais uma crítica ao uso dos precedentes: a violação da independência dos juízes. Acontece que a independência do juiz não deve ser entendida como a possibilidade de interpretar a seu bel-prazer a legislação, mesmo quando isso significa ser contrário ao entendimento de tribunais superiores já consolidados.

Assim, o juiz necessita colaborar com o sistema judiciário, trabalhando para a unidade e racionalidade da prestação jurisdicional. Para Marinoni (2010, p. 206) “é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema racional e isonomicamente distribuí justiça, ter-se algo que mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio”.

Em outras palavras, não há o que se falar em violação a independência dos magistrados, uma vez que todos que compõem o judiciário devem trabalhar para a sua coerência e unicidade e isso também engloba decisões semelhantes em casos semelhantes a fim de assegurar a segurança jurídica e a igualdade entre os jurisdicionados.

Outra discussão insere-se no âmbito da violação ao princípio do juiz natural, uma vez que os magistrados ficam vinculados às decisões e que, portanto, já se tem uma definição da norma legal.

O princípio do juiz natural é uma garantia prevista no artigo 5º, XXXVII e LII, da Constituição Federal, e está ligada a imparcialidade e a segurança jurídica, vendendo-se o julgamento por tribunais de exceções e por autoridades não competentes.

Dessa forma, facilmente vê-se que não há a alegada violação ao princípio do juiz natural, “pensar que a força obrigatória dos precedentes desfaz da garantia ao juiz natural é simplesmente reafirmar que o juiz, a quem deve corresponder o litígio, não pode estar obrigado a adotar o precedente”. (MARINONI, 2010, p.210)

Discute-se ainda a violação da garantia de acesso à justiça, diante da obrigatoriedade do precedente judicial e de que o acesso a justiça seria a não vinculação do judiciário a uma prévia solução a ser dado ao caso concreto. (MARINONI, 2010, p.211).

Na explicação de Marinoni (2010, p.211), a violação ao acesso a justiça não se coaduna, pois

[...] a vinculação aos precedentes, ao invés de negar, fortalece o direito de acesso à justiça. Ora, não há como admitir decisões várias e contraditórias a um mesmo caso – a previsibilidade e a estabilidade são imprescindíveis. A previsibilidade elimina a

litigiosidade, evitando a propositura de demandas em um ambiente aberto a soluções díspares, que, inevitavelmente, desgastam e enfraquecem o Poder Judiciário. De outro lado, obrigar ao respeito aos precedentes elimina as despesas, o tempo e todos os transtornos advindos de uma litigiosidade desnecessária, como é aquela que obriga a parte, cujo direito é respaldado no precedente, a interpor recurso para ter o seu direito efetivamente tutelado.

Por último, Ataíde Junior (2012) disserta sobre o risco de se uniformizar jurisprudência sem o amadurecimento da interpretação legal.

O amadurecimento da interpretação legal proporciona a formação de uma jurisprudência mais sólida, uma vez que há a possibilidade de advogados, juízes, desembargadores e ministros contribuírem para a discussão do tema, chegando-se a um consenso maduro da questão.

Assim, não é de todo ruim a diversidade jurisprudencial. Isso possibilita que os tribunais superiores possam canalizar as opiniões e pontos de vista, na tentativa de solucionar o caso com clarividência.

Como apontado por Ataíde Júnior (2012, p. 130), a preocupação com o não amadurecimento da questão acontece, sobretudo, diante dos artigos 895 a 906 do projeto do novo código de processo civil.

Tais artigos prenunciam o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas, instituto este que poderá abrir margem para a fixação de entendimento jurisdicional “de forma prematura, ensejando novos dissensos, num curto lapso temporal, tendo em vista o surgimento de novos argumentos não imaginados ou não trazidos à discussão na época do julgamento do incidente”. (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p.130)

Diante dessa realidade, aponta Ataíde Júnior (2010, p.130) que o judiciário deve admitir uma discussão sobre a matéria para proferir um precedente apenas quando a questão já foi amplamente discutida e não admitir o incidente de resolução de demandas repetitivas enquanto o debate não estiver maduro.

Nesse sentido, a utilização do precedente judicial mostra-se uma forma de solucionar grandes problemas atuais enfrentados pelo poder judiciário, tendo em vista a celeridade e a segurança jurídica trazida pelo mesmo. Poucos e improváveis são os pontos negativos dos precedentes, o que torna sua utilização mais eficaz. A única preocupação contumaz da doutrina pauta-se no instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo código de processo civil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos houve um processo de incorporação, no ordenamento brasileiro, de uma fonte do direito, à primeira vista, atípica ao *civil law*, o precedente judicial, herança do sistema anglo-saxão. Indubitável é o movimento reformista no direito pátrio a favor da utilização de importantes institutos do *common law*.

A incorporação do precedente judicial no direito brasileiro ainda acontece de forma tímida, mas muitos são os argumentos favoráveis para seu uso efetivo. Como apontado, vê-se a necessidade da implementação efetiva do precedente judicial, uma vez que ainda não se tem a previsão da sua força vinculante, apesar do grande papel já desempenhado pela jurisprudência no Brasil.

O uso efetivo dos precedentes judiciais mostra-se uma alternativa viável para uma prestação jurisdicional célere e, conseqüentemente, a diminuição do número de processos que afogam o judiciário, este o grande problema do sistema brasileiro. Dessa forma, o uso do precedente atinge o problema do judiciário em seu núcleo, não sendo apenas mais uma medida imediata e paliativa, ao contrário, aparece como uma solução real e concreta.

Concluiu-se ainda que as técnicas utilizadas no sistema de precedentes mostraram-se bastante flexíveis, no sentido da sua aplicação e superação, por meio do *distinguishing* e *overruling*, respectivamente. Cabe ao juiz adequar o precedente ao caso concreto.

Mais do que uma reforma no âmbito jurídico, o efetivo uso dos precedentes judiciais pretende uma mudança de valores e comportamento do próprio jurisdicionado que, a partir da segurança e previsibilidade das decisões, não intentarão demandas infrutíferas e até recorrerão mais aos acordos.

Não obstante, a aproximação entre os sistemas deve ser feita com extrema cautela, respeitando-se as peculiaridades do Brasil, a fim de evitar que aspectos positivos do sistema pátrio sejam descartados.

Como destacado no decorrer do trabalho, o precedente judicial é capaz de estimular e desenvolver princípios importantes que incidem na prestação jurisdicional, assegurando um Estado Democrático. Dentre eles estão à igualdade, segurança jurídica, celeridade, economia, coerência na ordem jurídica e a imparcialidade do magistrado.

Ademais, servirão os precedentes como forma de resguardar os jurisdicionados das autoridades judiciárias que insistem em decidir demandas judiciais semelhantes de forma diferente, muitas vezes até contraditória.

Em relação aos pontos negativos apontados por muitos doutrinadores, o que se notou é que tais efeitos não se mostram nocivos para a realidade brasileira e poderão ser facilmente contornados. Não se ver, por exemplo, o engessamento jurisprudencial nos países que já adotam a força vinculante do precedente judicial. O direito está em constante mudança e a própria estrutura e funcionamento dos precedentes preocupa-se com a sua renovação e adequação a realidade vivida, a exemplo do *overruling*. A mudança em um precedente judicial é vista como algo normal e necessário para o funcionamento e para a busca à justiça.

Em suma, a utilização dos precedentes judiciais mostra-se bastante benéfica para a realidade brasileira. Suas possíveis consequências negativas não representam um óbice para a adoção dos institutos do *common law*. Assim, deve o Brasil ter no common law uma inspiração para uma reforma na forma de atuação do Poder Judiciário, Poder esse responsável pela aplicação da lei tendo como objetivo a resolução de conflitos sociais.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Maria Cristina de. **Metodologia do Trabalho Científico**. 2009. Disponível em: <http://portal.virtual.ufpb.br/biblioteca-virtual/files/pub_1291081139.pdf>. Acesso em 02 de ago de 2013.
- ATAÍDE JUNIOR, Jadelmiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade Do direito no Sistema Processual Brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Código civil (2002). Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 que instituiu o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- BRASIL, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. EMENTA. **PARECER PGFN/CRJ/Nº492/2010**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/blog/PGFN%20PARECER%20No%20492-2010.pdf>>. Acessado em: 01 de set de 2013.
- DIDIER, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Volume 2. 7º Ed. Salvador: JusPODIVM. 2012.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARINS, Lucas Belloc. **A sistemática da teoria do precedente judicial e a gradual introdução de princípios da common law no direito brasileiro**. Academia Brasileira de Direito Civil. 2011. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 24 ago. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

MINAYO, Maria Cecília de Sousa. **O desafio da pesquisa social**. In: _____. (Org.). Pesquisa Social. Teoria, Método e criatividade. 16 ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 09-29

MENDES, Bruna Pacheco. **O instituto do precedente judicial norte-americano no Direito Processual brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3572, 12 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24158>>. Acesso em: 07 set. 2013.

MILLER, Cristiano Simão. SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. **A importância do precedente judicial no direito processual civil brasileiro e o julgamento dos recursos repetitivos**. Revista Científica Internacional, ano 4, n° 18 julho/setembro. 2011.

MORAIS, Gisela Telles de Menezes. **O precedente vinculante na solução de controvérsias**. Revista de Direito, Vol. 14, N° 19, ano 2011, p. 29-46.

NUNES, Dierle. LACERDA, Rafaela. MIRANDA, Newton Rodrigues. **O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira**. Revista Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n° 62, pp. 179-208, jan/jun.2013.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre o *Common Law*, *Civil Law* e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 25 de set. de 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedentes: Teoria Geral e seus reflexos no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier. RODRIGUES, Walter dos Santos. **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. São Paulo: Campus jurídico, 2012.

A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL E A MODERNIZAÇÃO DAS EMPRESAS

Bernardo Siqueira Smith*
Ms. Mariana Tavares de Melo**

RESUMO: Levando-se em consideração a relevância do direito ao trabalho inserido na Constituição de 1988, o presente trabalho espera demonstrar a importância de tal direito no ordenamento jurídico brasileiro e na sociedade atual globalizada, analisando a realidade em que se encontram os trabalhadores em um mercado capitalista global. Em sentido amplo, serão abordados os aspectos constitucionais do direito fundamental ao trabalho, além dos pontos principais acerca da globalização, do neoliberalismo e das revoluções industriais. Em sentido estrito, pretende-se analisar as mais relevantes consequências sofridas pelo mercado de trabalho em razão do processo de globalização e da modernização das empresas.

Palavras-chave: direito ao trabalho. modernização das empresas. fragilização.

ABSTRACT: Taking into account the relevance of the labor law inserted in the Constitution of 1988, this project hopes to demonstrate the importance of this right in the Brazilian law related to the globalized society today, examining the reality in which workers are in a global capital market. Broadly speaking, we discuss the constitutional aspects of the fundamental right to work, besides the main points about globalization, neoliberalism and industrial revolutions. Strictly speaking, we will analyze the most relevant consequences suffered by the labor market because of globalization and modernization of enterprises.

Keywords: right to work. modernization of enterprises. embrittlement.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito ao trabalho 2.1 Âmbito constitucional; 2.1.1 Direito fundamental ao trabalho e dignidade da pessoa humana; 3. Globalização; 3.1 Neoliberalismo e as Revoluções Industriais; 4. A fragilização do Direito Laboral e a modernização das empresas; 5. Considerações Finais; Referências.

* Bacharelado em Direito pelo IESP

** Professora Orientadora

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 apresenta o direito ao trabalho entre um dos direitos fundamentais, como fundamento da República Federativa do Brasil, como objetivo da ordem econômica e da ordem social, demonstrando seu alto grau de importância.

Todos os dispositivos da constituição são suporte para a consagração do trabalho como elemento importante para garantir a vida digna, bem como proporcionar ao indivíduo condições mínimas de sobrevivência. Por isso, a ideia de direito fundamental ao trabalho está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a globalização é acontecimento de integração econômico, político, cultural e social, decorrente do modelo capitalista, que tomou proporções mundiais, atingindo de modo significativo as políticas internas.

Diante do processo de globalização, do neoliberalismo e das revoluções industriais que trouxeram consequências inovadoras para o desenvolvimento econômico mundial e para o mercado de trabalho, as empresas foram se modernizando através do processo de automação.

Cada vez mais surgem notícias sobre a modernização das empresas, com substituição dos profissionais por máquinas, pois quando as empresas vão se reorganizar ou reestruturar fazendo uso das tecnologias estão muito mais interessadas nos lucros e no aumento da produtividade, deixando de lado a preocupação com os trabalhadores.

Sendo assim, um dos desafios da modernidade é equilibrar os efeitos da globalização e da modernização das empresas com o mercado de trabalho que exige trabalhadores mais qualificados, preparados e especializados.

Nesse contexto, o presente trabalho passa a abordar os principais aspectos do direito fundamental ao trabalho, as características e consequências da globalização, para ao final discorrer sobre a fragilização do Direito Laboral e a modernização das empresas.

2. DIREITO AO TRABALHO

Conforme estudo realizado por Cervo (2008), as Constituições brasileiras sofreram evolução quanto às garantias no Direito do Trabalho. A partir da Constituição de 1934 foi previsto pela primeira vez a política trabalhista, envolvendo a previsão de criação da Justiça

do Trabalho, consignando os direitos de segunda geração, quais sejam os direitos sociais, econômicos e culturais, dentre os quais se destaca os direitos trabalhistas.

2.1 ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Delgado (2006) explica que desde a Constituição de 1934, até mesmo durante as constituições autocráticas, ficou caracterizado forte tendência do fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho, que significa a elevação de normas anteriormente previstas apenas em legislação infraconstitucional ao status de norma constitucional, além de realizar uma releitura desses direitos através dos princípios e normas constitucionais.

A Constituição de 1937 tinha como característica intervenção na ordem social e econômica, representando retrocesso em alguns aspectos dos direitos trabalhistas. Tal Constituição consagrou o direito ao trabalho como um dever social.

Cervo (2008) explica, ainda, que a Constituição de 1946, considerada uma das mais avançadas para a época, retomou as garantias e direitos aos trabalhadores assegurados na Constituição de 1934, dando continuidade à preservação das conquistas dos direitos dos trabalhadores, inserindo-os no capítulo da Ordem Econômica e Social, havendo ampliações significativas na Constituição de 1967.

A constitucionalização do Direito do Trabalho pode ser visto, de acordo com Lenza (2010), sob dois enfoques, “ordem legislativa” e “ordem doutrinária e jurisprudencial”. Ocorreu a constitucionalização do Direito do Trabalho no ordenamento jurídico, o que demonstra o grau de importância da matéria.

Em 1988, com a constituição cidadã o direito ao trabalho foi retirado do capítulo da Ordem Econômica e Social, e inserido nos “Dos direitos e garantias fundamentais”, sendo erigido à posição de direitos e garantias fundamentais.

De fato ocorreu, então, o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, não se pode esquecer que atual a Constituição Federal também trouxe aspectos negativos, sobretudo o da flexibilização das normas trabalhistas.

A Constituição, art. 1º, IV, afirma que a República Federativa do Brasil, “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

Democrático de Direito e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, dentre outros.

O art. 3º estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, traz o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, além de promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação. Ainda, o seu art. 5º, caput, fala da inviolabilidade do direito à vida, que deve ser assegurado a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Todos os dispositivos apresentados servem de suporte para a consagração do trabalho como elemento importante para garantir a vida digna, além de proporcionar ao indivíduo condições mínimas de sobrevivência, tendo em vista que o direito à vida consiste tanto na prerrogativa de se manter vivo (isto é, não ver retirada a vida de modo artificial) quanto na necessidade de se garantir um tratamento digno com elementos minimamente existenciais, conforme Lenza (2010).

A Constituição de 1988 traz a valorização do trabalho humano como fundamento da República Federativa do Brasil, como princípio-base da ordem econômica e da ordem social, além de sua consagração como direito fundamental, concluindo pelo alto grau de importância do direito ao trabalho.

2.1.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito ao trabalho está previsto no art. 7º, da Constituição Federal, dentre os direitos sociais que devem ser assegurados pelo Estado. A doutrina, capitaneada por Holthe (2009), aponta uma divisão quanto ao direito do trabalho consagrado no texto constitucional, a saber: direitos individuais dos trabalhadores previstos no art. 7º da Carta Magna; e direitos exercidos de forma coletiva pelos trabalhadores, consagrados nos arts. 8º ao 11, da Constituição Federal.

No que se refere aos direitos individuais dos trabalhadores, o rol apresentado no artigo supracitado é meramente exemplificativo, nada obstante que a legislação infraconstitucional amplie-o. “A Constituição ainda deixou bem claro que os direitos nela enumerados são destinados tanto aos trabalhadores urbanos, quanto aos rurais, prestigiando o princípio da igualdade, base dos direitos sociais” (HOLTHE, 2009, p.363).

Cervo (2008, p.45), em sua tese de mestrado, baseando-se em Robert Alexy, apresenta o direito fundamental ao trabalho e suas várias dimensões, destacando-se: “direito

fundamental ao trabalho enquanto direito de defesa, direito de proteção, direito de organização e procedimento, direito de prestação em sentido estrito”.

A Constituição traz também a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, juntamente com a valorização do trabalho.

Para Sarlet (2007, p. 61), a dignidade da pessoa humana:

É qualidade intrínseca e indissociável ao ser humano, não podendo ser alienada, tornando-se elemento que qualifica a pessoa humana como tal, deve ser promovida e protegida, não podendo, todavia, ser criada, concedida ou retirada, posto que inerente a todo ser humano.

Dignidade da pessoa humana é elemento intrínseco à própria condição de existência humana.

Assim procede Sarlet (2007, p. 62):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade deve estar diretamente associada a um conjunto de garantias que visem assegurar indivíduos uma condição existencial mínima.

Cervo (2008, p. 95), apesar da dignidade da pessoa humana apresentar diversos graus de eficácia jurídica, “o grau de realização da dignidade humana não pode ficar aquém das condições materiais mínimas, eis que o chamado mínimo existencial corresponde à uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica”. A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que não pode ser suprimido.

O trabalho é “elemento que concretiza a identidade social do homem, possibilitando autoconhecimento e plena socialização” (DELGADO, 2006, p. 26).

Cervo (2008, p. 43) argumenta:

A existência digna da pessoa humana tem substrato no desenvolvimento econômico centrado na valorização do trabalho e da livre iniciativa, ambos, na forma do art. 170 da Constituição, são princípios e fundamento da República. O que pretende o ordenamento constitucional, na verdade, é que ambos os princípios, pela importância social que têm, conciliem-se e tomem o mesmo rumo, visando uma sociedade livre, justa e solidária, com diminuição das desigualdades sociais e regionais e proteção dos economicamente pobres e carentes.

Assim, direito ao trabalho, livre iniciativa e desenvolvimento econômico devem andar sempre atrelados, de modo a atingir os seus fins.

A partir do momento que é assegurado efetivação do direito ao trabalho o próprio indivíduo passa a ter condições de proporcionar a si mesmos os demais direitos sociais previstos na constituição, como moradia, alimentação, saúde, e outros. O trabalho serve como promoção da justiça social e como elemento de concretização da dignidade da pessoa humana, tornando possível a garantia de um mínimo existencial.

3. GLOBALIZAÇÃO

A globalização é um acontecimento antigo, apenas a partir do fim da Segunda Guerra Mundial começou a surgir nos moldes que se encontra atualmente.

Com a transição da década de 80 para a década de 90 houve a concretização do fenômeno conhecido como globalização. Prado (2006, p.2) explica que o termo:

Globalização veio a ser empregado principalmente em dois sentidos: um positivo, descrevendo o processo de integração da economia mundial; e um normativo prescrevendo uma estratégia de desenvolvimento baseado na rápida integração com a economia mundial.

A globalização, acontecimento de integração econômico, político, cultural e social, decorrente do modelo capitalista, pode ser vista tanto no sentido positivo quando no normativo. Por um lado o positivo expõe o processo de conexão internacional, enquanto o normativo traz a ideia de tática de desenvolvimento mundial baseado justamente na integração econômica mundial de forma acelerada.

Essa etapa é marcada pelo encurtamento das distâncias entre pessoas e países em razão das facilidades e melhorias nos meios de comunicação e transportes, pelo incitamento da concorrência, alargamento dos fluxos produtivos e financeiros mundiais, conexões entre os sistemas econômicos e financeiros nacionais, internacionalização da produção e da economia e dos investimentos externos.

Como se observa a globalização trouxe aspectos de integração econômico e social, pois ao diminuir as distancias entre as pessoas, trouxe grandes melhoramentos e avanços.

Ressalte-se embora existam aspectos comuns da globalização em diversos espaços geográficos, seu significado pode variar de acordo com o tempo e o lugar, de modo a permitir

diversas leituras acerca do conceito de globalização, levando-se em consideração as relações entre os meios político, social, econômico e cultural em âmbito internacional.

O economista Prado (2006, p.6):

Definimos globalização como o processo de integração de mercados domésticos, no processo de formação de um mercado mundial integrado. Em vista desta definição, incluímo-nos, portanto, entre os defensores da idéia de globalização como fenômeno socio-econômico. Nesse sentido, pode-se dividir o fenômeno da globalização em três processos, que, no entanto, estão profundamente interligados: globalização comercial, globalização financeira e globalização produtiva.

O processo de integração mundial é resultado de um fenômeno de ordem sócio-econômica, sendo apresentado pela doutrina como três fenômenos distintos, porém entrelaçados, tais como a “globalização financeira”, a “globalização comercial” e a “globalização produtiva”.

Globalização pode ser entendida como “globalização comercial” que corresponde a uma interligação dos mercados nacionais por meio do comércio e mercado internacional; “globalização produtiva” no que diz respeito à integração dos mercados produtivos domésticos, proporcionando uma estruturação produtiva a nível internacional; “globalização financeira” com a integração dos mercados financeiros e econômicos nacionais, formando um amplo mercado internacional (PRADO, 2006, p.6).

Todavia, o significado de globalização varia de acordo com o país, as pessoas e o tempo, podendo estabelecer coisas diversas para distintas pessoas, pois em cada espaço geográfico haverá consequências e características peculiares. Para Prado (2006, p.5):

Percebe-se quatro linhas básicas de interpretação do fenômeno: globalização como uma época histórica; globalização como um fenômeno sociológico de compressão do espaço e tempo; globalização como hegemonia dos valores liberais; globalização como fenômeno socioeconômico.

A globalização como uma “época histórica” é marcada pelo novo contexto histórico inaugurado após a queda do muro de Berlim e o fim da União Soviética, proporcionando uma abertura mundial e o início do efetivo processo de integração internacional (PRADO, 2006, p.2).

Por outro lado, como “fenômeno sociológico de compreensão do espaço e do tempo”, esta compreensão é “possível pelas transformações tecnológicas do mundo contemporâneo, daria um poder crescente para o capital globalizado, em oposição ao poder dos trabalhadores,

com menor poder de ação global, e em muitos casos aprisionados na localidade” (PRADO, 2006, p.2).

Globalização como “hegemonia de valores liberais” representa tanto uma “mera criação ideológica que procura legitimar a atual ordem internacional” como um fenômeno “real e observável, e que este confunde-se com a supremacia historicamente determinada da ordem liberal” (PRADO, 2006, p.3).

Finalmente, globalização como “fenômeno socioeconômico” pode ser entendida como a interação entre os processos de “expansão extraordinária dos fluxos internacionais de bens, serviços e capitais, o acirramento nos mercados internacionais e a maior integração entre os sistemas econômicos nacionais”, advindos nos últimos 20 anos, de forma a afetar as “dimensões financeira, produtiva-real, comercial e tecnológica das relações econômicas internacionais” (PRADO, 2006, p.3).

“Trata-se, na verdade, de um conjunto de fatores que determinaram a mudança dos padrões de produção, criando uma nova divisão internacional do trabalho. Poderia ser denominada, mais propriamente, internacionalização da produção e do trabalho” (ROMITA, 1997, p29).

O autor esclarece que para entender melhor o fenômeno da globalização se faz necessário traçar as suas características em vez de tentar uma definição descritiva.

Nesse sentido, Romita (1997, p.55) apresenta algumas características:

A concepção fordista de produção, embasada em fábricas classicamente organizadas é substituída por organizações flexíveis, sem rigidez, à base de relações contratuais flexibilizadas entre capitalistas e trabalhadores. A economia passa a se desenvolver em escala mundial, como nunca antes se verificara. Fala-se em mundialização da economia. Os mercados de insumos, consumo e financeiro se internacionalizam, de sorte que a fronteira geográfica torna-se obsoleta. Observa-se uma tendência mundial à democratização da vida política, ganhando relevo a consciência da necessidade de garantia dos direitos humanos, bem como do controle de políticas arbitrárias.

Romita (1997) apresenta, ainda, algumas características importantes como a facilidade de transporte e comunicação que possibilitaram a interação econômica a nível mundial, bem como a integração regional entre os países. Outro ponto importante é a fragmentação das empresas e corporações multinacionais de modo a permitir a sua distribuição por diversos países, nos quais a legislação é mais flexível.

3.1 NEOLIBERALISMO E AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS

Atualmente a ideia de globalização está diretamente ligada ao capitalismo contemporâneo, também denominado de neoliberalismo.

Nessa fase há uma preocupação em estabelecer um Estado mínimo, com o mínimo de intervenção do Estado, intervindo apenas nas questões de maior importância que vai trazer reflexos diretos na economia, na sociedade e na política.

Melo (2009, p. 78) afirma:

A partir da década de 90, o governo Collor iniciou a abertura dos mercados nacionais, fazendo com que o Estado brasileiro fosse deixando de ser um Estado paternalista (simbolismo remanescente do governo Vargas) para, aos poucos, ir se tornando um Estado Liberal Periférico e completamente submetido à política capitalista internacional. Nesse sentido, as grandes instituições financeiras passaram a determinar os encaminhamentos sócio-políticos do país, bem como o destino dos seus trabalhadores.

Desse modo, o Brasil foi se tornando aos poucos um Estado liberal, porém muito subordinado ao âmbito internacional, ao ponto de influências externas determinarem o rumo do país.

É importante dizer algumas das principais características do neoliberalismo: intervenção mínima do Estado na economia e no mercado de trabalho, com inclusão de políticas contra o protecionismo da economia; privatização das empresas estatais, com ênfase para políticas econômicas voltadas para as empresas privadas.

Outras particularidades importantes são lei da oferta e da procura regulando o mercado, os bens e serviços, com incentivo à produção e à livre circulação de mercadorias; destaque para a globalização e para os princípios econômicos do capitalismo; abertura do país para a entrada das empresas multinacionais; entre outros.

Abílio (2003, p.4) afirma:

[...] origens do neoliberalismo não são tecnológicas nem econômicas, mas políticas e sociais onde as políticas neoliberais e as expressões ideológicas seguiram a tomada do poder do Estado. Em resumo, o liberalismo econômico é um projeto político-social-cultural-ideológico que se fundamenta na articulação do poder capitalista exportador e financeiro sob o controle do Estado, que atua em um cenário de mercado, trazendo consequências políticas.

Assim, a política neoliberal, de origem política e social, prega a liberdade econômica com o mínimo de intervenção do Estado na economia e nos processos de produção,

remetendo temas ligados à economia e à sociedade para o setor privado, marcado pela liberalização dos mercados, o que influenciou diretamente no dinamismo do Direito do Trabalho, gerando bloqueios no sistema de produção brasileiro e dificultando a realização dos propósitos desse ramo do direito.

“Então, as bases jurídicas protetoras do trabalho e da produção local sofrem abalos quanto a sua influência direta sobre a edificação teórica e prática dos conceitos acerca do desenvolvimento socioeconômico real e desejável no nosso país” (MELO 2009, p.79).

De acordo com Rifkin (2004, p.60):

Na Primeira Revolução Industrial, a energia movida a vapor foi usada para a extração de minério têxtil e na fabricação de uma grande variedade de bens que anteriormente eram feitos à mão. O navio a vapor substituiu a escuna, e a locomotiva a vapor substituiu os vagões puxados a cavalo, melhorando significativamente o processo de transporte de matéria-prima e de produtos acabados. A máquina a vapor era uma nova espécie de escravo – uma máquina cuja habilidade física excedia grandemente o poder, tanto dos animais quanto dos seres humanos.

Na Primeira Revolução Industrial houve o primeiro grande passo para o acesso ao transporte e à matéria-prima, pois os transportes a vapor substituíram métodos antigos e a força humana.

Para Melo (2009, p.20):

A Segunda Revolução Industrial teve como estímulo o domínio da energia elétrica pelo homem e com todos os inúmeros benefícios e utilidades que ela é capaz de gerar em todos os setores, especialmente no setor laboral da produção de bens de consumo voltados para a expansão do capitalismo europeu.

A Segunda Revolução Industrial também trouxe grande contribuição para o mundo do capitalismo, momento a partir do qual o homem passou a dominar a energia elétrica.

Nas últimas décadas do século XX desencadeou-se o fenômeno da Terceira Revolução Industrial, fator decisivo para a consolidação do neoliberalismo ou capitalismo contemporâneo, influenciando diretamente na nova perspectiva do Direito do Trabalho e do processo de globalização.

De acordo com Rifkin (2004), a Terceira Revolução Industrial surgiu de forma imediata após a Segunda Guerra Mundial, segunda metade do século XX, período de grandes transformações no plano tecnológico, sobretudo pelo liame entre o conhecimento científico e a produção industrial. A Terceira Revolução Tecnocientífica é caracterizada pela aplicação dos conhecimentos científicos ao desenvolvimento industrial.

Embora tenha surgido após a segunda grande guerra, apenas nos últimos anos vêm causando grande impacto na sociedade, influenciando na organização da atividade econômica. Para Rifkin (2004, p.60):

Robôs com controle numérico, computadores e softwares avançados estão programados, essas novas 'máquinas inteligentes' são capazes de realizar funções conceituais, gerenciais e administrativas e de coordenar o fluxo de produção, desde a extração da matéria-prima ao marketing e à distribuição do produto final e de serviços.

O capitalismo contemporâneo aliado à Terceira Revolução Industrial e à globalização proporciona uma dominação totalitária internacional por parte dos países desenvolvidos, sob o ponto de vista econômico, político e do setor produtivo, causando efeitos diretos nas empresas e nos direitos trabalhistas.

Logo, foi a partir da Terceira Revolução Industrial que o mundo passou por diversas transformações, de modo que, ao mesmo tempo em os avanços tecnológicos representam um avanço no sistema internacional propiciando melhores qualidades de vida, por outro lado desencadeia uma série de problemas sociais que vem a influenciar diretamente na vida dos indivíduos.

Dentre os aspectos negativos, destacam-se as questões no âmbito do Direito do Trabalho o que será abordado no capítulo seguinte.

Muito embora a Terceira Revolução Industrial tenha sido muito importante para o desenvolvimento mundial, atualmente fala-se na Quarta Revolução Industrial. Sobre o tema, Almeida (2005) dispõe:

A quarta revolução industrial, na qual estamos ingressando neste momento histórico, mobiliza, fundamentalmente, as ciências da vida, sob a forma da biotecnologia, bem como uma gama multidisciplinar de ciências exatas e cognitivas que responde pelo nome de nanociência. Esta, por sua vez, se confunde praticamente com suas materializações práticas, sob a forma da nanotecnologia. Desde várias décadas, senão há mais de um século, os cientistas tentam domar o infinitamente pequeno, plenamente conscientes de que é ao nível das moléculas, das partículas e dos átomos que se joga parte importante do jogo da vida e da própria composição e funcionamento do infinitamente grande, isto é, do universo. Essa busca resultou em enormes avanços científicos e materiais para a humanidade, assim como no deslanchar de forças que chegaram a ameaçar a própria sobrevivência da civilização sobre o planeta, tanto sob a forma do holocausto nuclear como na perspectiva de uma guerra biológica ou química.

Sendo assim, a Quarta Revolução Industrial trata-se de verdadeira revolução de conhecimento e de comunicação, voltada para o campo da pesquisa científica, da

biotecnologia, das ciências e, sobretudo, da nanotecnologia, tudo em busca do desenvolvimento tecnológico e econômico.

Como não poderia deixar de ser, as consequências das revoluções industriais refletem diretamente no âmbito laboral, vez que restringem cada vez mais o acesso dos trabalhadores ao mercado de trabalho, além de exigir maiores qualificações diante da alta competitividade e da modernização das empresas.

4. A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL E A MODERNIZAÇÃO DAS EMPRESAS

O processo de globalização, inevitavelmente, causou grandes impactos nas empresas e no mercado de trabalho. No que se refere às empresas, ocorreu amplo processo de modernização com aquisição de novas tecnologias que ampliam a sua capacidade produtiva, substituição dos trabalhadores por máquinas que realizam o mesmo trabalho de forma mais rápida e eficaz, a informatização, a redução significativa dos postos de trabalhos, dentre outros (MELO, 2009).

A abertura do mercado internacional e as facilidades advindas dele proporcionaram uma concorrência desleal entre os empreendimentos dos países menos desenvolvidos e as empresas dos países mais desenvolvidos. “[...] a concorrência entre as empresas nacionais e estrangeiras também se tornou muito acirrada e, assim, a posição do trabalhador nacional permaneceu vulnerabilizada diante [...]” (MELO, 2009, p.53).

No âmbito do mercado de trabalho, em razão dessa modernização das empresas, os trabalhadores passaram a enfrentar as consequências, tais como redução dos empregos e baixos salários.

Para Melo (2009, p.51):

Essa nova crise no mercado de trabalho foi edificada através do enfraquecimento estrutural do Direito do Trabalho, das reduções da relevância do emprego industrial e rural em virtude da automação da mão-de-obra, a perda de poder dos sindicatos, do aumento do número de trabalhadores sem contrato formal de trabalho, da depreciação dos salários, do número cada vez mais insuficiente de posto de trabalho em relação a mão-de-obra ofertada, do crescimento abundante do setor informal da produção, da multiplicação dos números pertinentes aos trabalhadores desprovidos de carteira assinada e destituídos das demais garantias laborais e, por fim, das disparidades alarmantes quanto à má distribuição de rendas entre as distintas camadas socioeconômicas do país.

Logo, com a crise no mercado de trabalho e em razão das próprias consequências vindas da automação das empresas, o próprio direito ao trabalho foi diretamente afetado.

As inovações tecnológicas proporcionaram um efeito desagradável na perspectiva dos trabalhadores, vez que estes são obrigados a deixar seus postos de trabalho, não restando muitas alternativas: ou permanecem desempregados ou aceitam empregos de baixa qualidade com salários cada vez mais reduzidos. Esse processo se evidencia com mais intensidade nos países menos desenvolvidos.

Diante dos impactos negativos de todo processo mundial sofrido nas últimas décadas e do elevado desenvolvimento tecnológico, os trabalhadores perderam espaço no âmbito das empresas, passando a ser substituídos por máquinas, havendo diminuição dos postos de trabalho, redução dos salários, contratações informais, entre outros problemas.

“Alguns críticos vêm a raiz do crescente desemprego na mão-de-obra barata e nas importações mais acessíveis, e condenam as empresas americanas por transferirem a produção e os serviços para países ao sul da fronteira ou para além-mar” (RIFKIN, 2004).

Para Camargo (2001), as elevadas taxas de desemprego estão associadas não apenas ao processo de globalização, mas às questões de âmbito internacional, destacando-se a falta de abertura do mercado de trabalho em virtude das regras rígidas impostas pelos países para a entrada de estrangeiros para ocupar postos de trabalho.

O raciocínio do economista é no sentido de que a abertura permite um elevado fluxo de trabalhadores entre países, proporcionando um equilíbrio entre os países mais desenvolvidos e os menos desenvolvidos, gerando impacto direto nos salários.

Nesse sentido, Camargo (2001, p.14):

Porém, do ponto de vista dos países em desenvolvimento, devemos considerar que se as restrições aos fluxos migratórios fossem substancialmente reduzidas, trabalhadores desses países, cujos salários são relativamente mais baixos, migrariam com mais facilidade para os países desenvolvidos. Com isso, a oferta de trabalhadores aumentaria nesses países, forçando queda dos salários reais. Da mesma forma, como a oferta de trabalhadores nos países menos desenvolvidos diminuiria, teríamos um aumento dos salários reais dos trabalhadores menos qualificados nos mesmos. (grifo nosso)

Para o autor, a abertura aos fluxos migratórios iria gerar, direta ou indiretamente, aumento dos salários do proletariado.

E assim conclui Camargo (2001, p.15):

[...] o processo de globalização não parece ser principal responsável pelos problemas dos mercados de trabalho, mas também que a extensão desse processo para o próprio mercado de trabalho, com redução dos entraves à migração entre países, pode ser um importante mecanismo para reduzir as desigualdades e a pobreza no mundo. Desse ponto de vista, os dois grandes problemas do mercado de trabalho mundial hoje são um sistema regulatório mal desenhado, cujo objetivo é unicamente proteger os trabalhadores, sem qualquer preocupação com os incentivos por ele gerados, e a excessiva autarquização desse mercado. Diante da realidade da globalização, a política adequada, do ponto de vista dos países menos desenvolvidos, é uma abertura maior dos mercados de trabalho dos diferentes países, como ocorreu nos mercados financeiros e de bens. Essa é uma forma eficiente de reduzir a disparidade na distribuição da renda entre países e dentro dos próprios países menos desenvolvidos.

Apenas a globalização como fenômeno isolado não é o causador de toda desestruturação do mercado de trabalho, pois a problemática envolve questões políticas, sociais e econômicas.

Rifkin (2004) vai mais além ao dispor que o mundo está passando por uma nova revolução tecnológica, dessa vez muito mais devastadora do ponto de vista dos trabalhadores e que causará grandes mudanças sociais, antes nunca vistas.

“A nova revolução [...] poderia significar menos horas de trabalho e maiores benefícios para milhões. Entretanto, as mesmas forças tecnológicas poderiam levar facilmente ao crescente desemprego e a uma depressão global” Rifkin (2004, p.13).

O que não se pode esquecer é que o Direito Laboral tem um alto grau de relevância dentro da sociedade, não apenas como forma de promover a inclusão social dos indivíduos e de lhe proporcionar uma existência mais digna e com um mínimo necessário, mas também como forma de possibilitar às empresas a realização de suas atividades.

Isso porque, embora as máquinas possam substituir o homem em muitos ramos empresariais, existem outros que dependem necessariamente do trabalho humano para se desenvolverem com eficiência e alcançarem o seu fim, qual seja, a produtividade e a lucratividade (SANTOS, 2010).

Um dos grandes problemas enfrentados atualmente é a não efetivação por parte do Estado dos direitos sociais, não obstante as normas constitucionais garantidoras, o que proporciona um abismo entre o que dispõe a Constituição Federal e a situação fática vivenciada atualmente. As circunstâncias se tornam ainda mais graves em razão de o trabalho proporcionar a concretização social dos indivíduos além de possibilitá-los a realização dos demais direitos sociais (SANTOS, 2010).

Não se pode olvidar, também, que as empresas pagam muito caro para sua manutenção, com pagamento de muitos encargos sociais, elevada carga tributária, encargos

com seu funcionamento, trabalhadores e sistema de atendimento dos consumidores. Tudo isso faz com que as empresas diminuam ainda mais seus gastos com trabalhadores, substituindo-os por máquinas.

Aliado aos efeitos da globalização, da alta importância dos trabalhadores para manutenção do sistema e a não efetivação das normas constitucionais, os altos encargos sociais e as facilidades e flexibilizações trazidas nas legislações estrangeiras fizeram com que os outros países se tornassem mais atrativos.

Ocorrendo a migração de empresas situadas no Brasil para outros países influencia direta e significativamente nos postos de trabalhos, reduzindo mais uma vez as oportunidades para os trabalhadores menos qualificados.

Outra complicação enfrentada é a falta de preparo das pessoas para enfrentar um mercado de trabalho cada vez mais exigente e especializado. Essa desqualificação se inicia desde a educação infantil até às universidades, pois o sistema brasileiro público é ineficiente, vez que não se mostra capaz de preparar de forma satisfatória os indivíduos para enfrentar o mercado de trabalho. Corroborando com o exposto, as palavras de Melo (2009, p.96):

Nesse sentido, o âmbito do trabalho se deteriora em precariedade, exclusão e informalidade face à escassez de investimentos financeiros de ordem pública e na ausência de real interesse político em relação aos cuidados para com as muitas carências da sociedade, sobretudo, no que diz respeito ao sistema educacional e profissionalizante de natureza pública, inclusiva e gratuita. Trabalhadores carentes, despreparados e mantidos na ignorância dos seus direitos laborais são alvos de fácil exploração em todos os níveis das relações laborais.

Rifkin (2004) também faz uma crítica ao atual sistema vez que os postos de emprego atualmente disponíveis estão voltados para a área de conhecimento, que exigem alto nível de especialização, e por isso ficam limitados àquelas pessoas bem qualificadas e preparadas para assumir um emprego de relevante função social.

Assim, uma das dificuldades enfrentadas, além da escassez de empregos é a falta de qualificação das pessoas disponíveis face às rigorosas exigências do mercado de trabalho, o que dificulta o ingresso de pessoas desqualificadas, ainda que haja um processo de treinamento. Rifkin (2004, p.37):

Os poucos bons empregos disponíveis na nova economia global da alta tecnologia estão no setor do conhecimento. É ingenuidade acreditar que grandes números de trabalhadores sem qualificação e semiquualificados, trabalhadores administrativos e operários possam ser treinados para tornarem-se físicos, cientista da computação, técnicos de alto nível, biólogos moleculares, consultores empresariais, advogados, auditores, etc. Para começar, a lacuna nos níveis educacionais entre aqueles que precisam de emprego e o tipo de cargos de alta tecnologia disponíveis é tao grande

que nenhum programa de retreinamento poderia esperar atualizar de forma adequada o desemprego profissional de trabalhadores, para que estivessem à altura do número limitado de oportunidades de cargos especializados que existem.

Diante dessa inegável situação fática, não resta alternativa a esses indivíduos senão o desemprego ou a aceitação por um emprego informal sem proteção e a garantia de seus direitos trabalhistas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso da tecnologia vem propiciar um grande desenvolvimento, proporcionando um nível de bem estar, de comodidade e de avanço para o mercado, entretanto vem sendo utilizado, muitas vezes, de forma negativa, promovendo o desemprego, a desvalorização dos trabalhadores, conforme os interesses do mercado capitalista global.

A desvalorização dos profissionais, as cobranças cada vez maiores do mercado de trabalho, a importância de aprimoramento por parte dos trabalhadores, o mercado de trabalho cada vez mais competitivo e escasso são fatores que contribuem de forma significativa para os atuais quadros de desempregos que o Brasil e o mundo sofrem atualmente.

Nesse sentido, tem-se que as relações patronais, entre empregado e empregador, vêm se tornando cada vez mais difíceis de serem harmonizadas em virtude de uma realidade social excludente. Tal fato acontece em decorrência da precariedade dos serviços às empresas oferecidos pelos trabalhadores, tudo devido à falta de maiores investimentos, reais e efetivos, por parte do poder público naquela categoria social. Investimentos nesse sentido diminuiriam por demais a informalidade que acaba por funcionar como um paliativo na contratação de mão de obra, que muitas vezes estão despreparadas (MELO, 2009).

O oferecimento de uma educação digna por parte dos agentes políticos, dada sua importância em qualquer sistema de governo, evitaria a exploração injusta por parte dos empregadores em relação a seus subordinados, visto que muitos ainda se encontram alienados dos seus verdadeiros direitos e, por isso, abstêm-se de maiores questionamentos (MELO, 2009).

Cada vez mais se faz necessário que os trabalhadores acompanhem os processos de modernização das empresas que exigem pessoas mais capacitadas e treinadas, tendo que se adequar aos rigores e às exigências dos novos mercados de trabalho que surgiram com o processo de globalização.

Diante da situação fática instalada nas últimas décadas, é necessário enfatizar a importância do Direito Laboral para manutenção da sociedade, bem como para o desenvolvimento econômico e o funcionamento das empresas. Trata-se de verdadeiro instrumento indispensável à vida, sobretudo por ser proporcionador da inclusão social e da possibilidade de se realizar outras prerrogativas igualmente essenciais.

Algumas medidas podem ser adotadas pelo Poder Público e pelo setor privado a fim de evitar maiores consequências no mercado de trabalho. Uma importante iniciativa é a redução dos encargos sociais e tributários, com a flexibilização moderada e responsável do sistema laboral brasileiro, a fim de possibilitar às empresas mais contratações.

Nesse contexto, cabe ao Poder Público estabelecer políticas públicas efetivas, com educação pública gratuita e de excelência, além da implementação de cursos profissionalizantes gratuitos com intuito de proporcionar a qualificação adequada dos indivíduos e possibilitar a efetivação dos direitos constitucionais assegurados pelo ordenamento jurídico.

A modernização das empresas precisa ser feita de forma consciente e equilibrada sem gerar prejuízos à produtividade e lucratividade das mesmas e, por outro lado, sem proporcionar um desemprego generalizado. Com ações conjuntas entre o Estado e o setor privado será possível a garantia e efetivação do direito constitucional ao trabalho.

REFERÊNCIAS

- Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.
- Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- ABÍLIO, Maria Inês Ramos. **Globalização**: características mais importantes. Disponível em: <http://www.fsma.edu.br/visoes/ed03/3ed_artigo1.pdf>. Acesso em: 20 mar 2012.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e a nanotecnologia: rumo à quarta revolução industrial. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/052/52almeida.htm>>. Acesso em 14 maio 2012.
- CAMARGO, José Márcio. **Globalização e mercado de trabalho**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/bcmt/mt_016d.pdf>. Acesso em: 12 mar 2012.

CERVO, Karina Socal. **Direito fundamental ao trabalho na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://tede.uces.br/tde_arquivos/2/TDE-2008-04-28T151056Z-184/Publico/Dissertacao%20Karina%20Socal%20Cervo.pdf>. Acesso em: 12 mar 2012.

GODOY, Luana Michelle da Silva. **Impactos da globalização no mundo do trabalho: a flexibilização da legislação trabalhista e a atuação sindical.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2804.pdf>. Acesso em: 20 mar 2012.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional.** 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Mariana Tavares de. **A informalidade no direito do trabalho.** São Paulo: MP Ed., 2009.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. **Globalização: notas sobre um conceito controverso.** Disponível em: <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:G2DLys2jE3cJ:scholar.google.com/+conceito+globaliza%C3%A7%C3%A3o&hl=pt-BR&as_sdt=0&as_vis=1>. Acesso em: 15 mar 2012.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o contínuo crescimento do desemprego em todo o mundo.** São Paulo: M. Books, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. **Globalização da economia e Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Trabalhar o mundo – Os caminhos do novo internacionalismo operário.** São Paulo: Record, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NOVOS TEMPOS E NOVOS TERMOS DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA

Remigio de Medeiros Nóbrega Filho*

Ms. Mayra Andrade Marinho **

RESUMO: Não é de hoje que a estrutura familiar está deturpada e muito diferente da ideia empregada pela igreja no início dos tempos. Com a evolução da sociedade e o papel organizador atribuído ao Estado, surgem figuras diversas ao velho matrimônio e seu caráter sacramental como, por exemplo, o concubinato, a família paralela e a união estável, regime esse, pleiteado por pessoas do mesmo sexo que se relacionam entre si e que são doutrinariamente denominados de homoafetivos. Contudo, o que se observa como obstáculo para o estabelecimento dos direitos advindos dessa relação e seu reconhecimento como instituição familiar, deve-se ao preconceito enraizado na sociedade, graças aos preceitos religiosos e a uma interpretação restrita da norma jurídica. Uma vez que, a norma basilar trazida pela Constituição de 1988, em detrimento das anteriores de 1967 e 1969, retira a cláusula exclusiva e põe sobre sua tutela novas modalidades de família, busca-se demonstrar a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva com fundamento em princípios constitucionais e interpretação da norma positiva de forma extensiva e por analogia.

Palavras-Chave: Homoafetivo. Família. União Estável.

ABSTRACT: It is not today that family structure is distorted and very different from the idea employed by the church at the beginning of time. With the evolution of society and organizing role assigned to the State, there are several pictures of the old marriage and its sacramental character, for example, concubinage, and a parallel family stable, this scheme, pleaded for the same sex that relate to themselves and are doctrinally called homosexual. However, what is seen as an obstacle to the establishment of rights arising out of this relationship and its recognition as a family institution, is due to the prejudice rooted in society, thanks to religious precepts and a narrow interpretation of the rule of law. Since the fundamental norm introduced by the Constitution of 1988 over the previous 1967 and 1969, the clause takes sole custody and put on your new family forms, seeks to demonstrate the possibility of union recognition on the grounds homoafetivas constitutional principles and interpretation of standard positive and broadly by analogy.

Keywords: Homoffective. Family. Stable Union.

SUMÁRIO: 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 2 FUNDAMENTAÇÃO ; 2.1 DA FAMÍLIA; 2.2 DA HOMOSSEXUALIDADE; 2.2.1 Homossexualidade: doença ou condição?; 2.2.2 O preconceito social e a evolução quanto à aceitação da homossexualidade; 2.3 UNIÃO HOMOAFETIVA E OS PRINCÍPIOS QUE A AMPARAM; 2.3.1 O princípio da legalidade e o art. 226, § 3º, da Constituição Cidadã de 1988; 2.3.2 O princípio da igualdade como vetor dos avanços sociais; 2.3.3 O princípio da dignidade da pessoa humana e a primazia constitucional; 2.4 NOVOS TERMOS DA HOMOAFETIVIDADE; 2.4.1 Da possível união estável homoafetiva; 2.4.2 Da possibilidade do casamento homoafetivo; 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERENCIAS.

* Bacharelado em Direito

** Professora Orientadora

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por muito tempo, desde os primórdios da história a Religião exerceu um domínio absoluto sobre as coisas humanas. As crenças religiosas formulavam as explicações necessárias e segundo os pensamentos da época, Deus não só acompanhava os acontecimentos terrestres, mas nele interferia. Neste período o Direito era considerado como expressão da vontade divina e no largo período da vida da humanidade em que, o Direito se achava mergulhado na Religião, os sacerdotes expunham os casos mais simples e os mais complexos à autoridade religiosa.

Com a laicização do Direito impulsionado no séc. XVII pretendeu-se desvincular a ideia de Direito Natural, de Deus. Entretanto, o movimento de separação entre o Direito e a Religião cresceu ao longo do séc. XVIII, anos que antecederam a Revolução Industrial na França especialmente. Com o Estado assumindo positivamente o Direito, ditando seu linear e se desvinculando da Igreja, acontece uma profunda descaracterização do casamento como instituição sacramental além de uma profunda mudança no conceito de Família, sobrevivendo o pluralismo familiar e uma proteção da família, que acaba embasando o Estado na Constituição Federal de 1988 e que em algumas interpretações equivocadas não contemplam na sua plenitude todas as entidades familiares existentes.

E é nesse contexto do pluralismo da entidade familiar que se evidencia e se expõe a relação homoafetiva, que se torna alvo de polêmicas discussões sociais, jurídicas e principalmente religiosas, quando se pede o reconhecimento da relação homoafetiva ao regime jurídico da união estável e a sua conseqüente conversão de regime em casamento.

Uma vez que, a sociedade evoluiu, transformou-se, e o legislador não conseguiu acompanhar tais situações com a mesma velocidade que a mesma necessitaria, embora muito já se tenha feito nesta área, como a introdução, na Constituição Federal e no Código Civil de 2002, de artigos que ampliam o escopo e o alcance da proteção jurídica à diversidade de famílias existentes. De toda forma, alguns avanços necessários não foram feitos, como a normatização que se encontra parada no Congresso Nacional por vontade política que ainda não se mostra atraente para alguns quando se tratam relações entre pessoas do mesmo sexo ou relações homossexuais. Assim, tais relações vêm recebendo somente na jurisprudência o reconhecimento como entidade familiar, sendo no âmbito do direito de família uma incógnita legislativa.

E pela falta de legislação específica a cerca do caso, a presente monografia tem como seu escopo principal trazer uma interpretação extensiva e analógica das normas

constitucionais e civis, primando sempre a relação homossexual como entidade familiar, uma vez que, tais relações se tornaram evidentes na sociedade e se encontram em situação de amparo jurisprudencial apenas. Fez-se a pesquisa em livros, internet e jurisprudência sobre o assunto, posicionando-se favoravelmente a relação que se tornou fruto de preconceito e discriminação de uma parte da sociedade. Essa relação homossexual não pode e nem deve ser empecilho para que sejam deferidos direitos concernentes a cada um dos sujeitos, pois além de terem suas relações definidas como entidades familiares, merecem ter do Estado à tutela legal a luz de uma interpretação extensiva e analógica nos moldes da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Quando surgiu, como surgiu, qual é a origem da família? São questões que estão enraizadas no pensamento de todas as pessoas. Entretanto, esta monografia não se destina a cuidar exaustivamente de todos os aspectos da instituição familiar, até porque, seria impossível, mas tratar-se-á de temas relacionados à nova concepção de família no Direito moderno. Até porque, antes da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo e o Código Civil de 1916 somente conferia o status familiae àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio.

2.1 DA FAMÍLIA

Certo é que o modelo familiar sempre sofreu influência do poder político, econômico, social e religioso da época e das localidades nas quais estava inserido, daí as tensões geradas no próprio seio da sociedade quando a força da natureza não coincidia com a estrutura jurídica criadas pelo homem. E, em virtude de tais divergências, a família não é valor objeto de preocupação apenas do Direito, mas de uma gama de campos do conhecimento humano que busca a sua perfeita compreensão e estudo, consubstanciando em objeto de preocupação mundial, tornando-o um alicerce de interesse fundamental para a própria sobrevivência da espécie humana, bem como para a organização e manutenção do Estado.

E como bem acentuou Gomes (1984, p.11-12):

A organização da Família passa por importantes transformações. Novos princípios e regras emprestam fisionomia nova ao Direito de Família, mas, ainda assim, continua a ser a parte do direito civil que mais reclama reforma, para atualização. E

aproveitando o pensamento do jurista, pode-se observar que as transformações se deram no íntimo da instituição familiar, no que se refere aos seus componentes, às mudanças quanto à natureza da relação, à função da família e seu governo.

Portanto, estudar a temática referente à família diante das evidentes constatações de que as relações familiares não se baseiam unicamente no casamento ou no parentesco, como até então vinham sendo consideradas e estudadas torna-se obrigatório.

Tanto para os gregos como para os romanos a ideia de família vem do dever cívico e da formação da prole. Este dever cívico estava pautado na procriação com o intuito da formação de novas pessoas, uma vez que serviriam aos exércitos de seus respectivos países, após alguns anos, quando atingissem a idade suficiente para ingressarem no serviço militar. Diante disso, era natural que fosse esperado um nascimento de um maior número da prole masculina do que a feminina.

Ao longo do tempo, essa conceituação foi gradativamente sendo substituída pelos ideais de continuidade familiar, com o intuito de fazer da família uma instituição direcionada à perpetuação da espécie, com o nascimento dos filhos. Sendo assim, a ideia de relação sexual no casamento era de tão somente, a de estimular a procriação.

Logo, a concepção da palavra família para os gregos era genuinamente aquele grupo de pessoas, formado pelos cônjuges e seus descendentes, que se reuniam em uma casa, ou lar, para cultivar, adorar seus deuses e assegurar a continuidade do culto.

Já para Wald (2002, p.52) conceito de família para os romanos tinha uma conotação diferenciada, “(...) a família independia de fatores consanguíneos, mas que se tratava de uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional”.

Extraindo o conceito de família partindo da antiguidade, pode-se dizer que é o instituto formado por pessoas ligadas por laços consanguíneos, afetivos, que moram num mesmo ambiente com o intuito de formarem um lar, tendo como base a procriação e o dever cívico de manter a subsistência de sua prole, mediante cuidados necessários, imprescindíveis a sua manutenção.

Durante a idade média as relações familiares eram regidas, sobretudo, pelo direito canônico, sendo assim, o casamento religioso era o único tido como uma entidade reconhecida de união entre o homem e a mulher.

Como as normas romanas exerceram influências muito fortes na antiguidade, elas continuaram durante a idade média preponderando, na medida em que de maneira intensa, no que tange ao pátrio poder, imperava entre os cônjuges o pater familias.

Convém, portanto salientar que no estudo do direito de família, onde é analisada a organização familiar, em todos os detalhes que são peculiares, procura-se apontar o caminho mais fácil para atingir uma definição, sem olvidar, naturalmente o progresso ao longo do tempo das instituições jurídicas. Para esse progresso houve exigência de revisão de várias disposições até o presente momento consagradas e respeitadas.

O conceito de família atravessou por certas evoluções, aprimorando no decorrer dos anos, trazendo para o período moderno um sentido ainda não vislumbrado na antiguidade e na idade média, que é o sentido da afetividade diante da denominação do que vem a ser família.

O Princípio da afetividade não está escrito na Constituição Federal, nem tampouco no Código Civil Brasileiro, embora encontre proteção de forma implícita em ambos os textos, na medida em que se enfatiza a comunhão plena de vida, onde essa plenitude significa dizer, afeto, respeito mútuo, carinho, companheirismo, convivência contínua e diária, tudo isso perfaz um conceito de afetividade. Afirma Dias (2009, p.4) que “o afeto é uma realidade digna de tutela e coragem para se buscar uma justiça mais justa”.

A União Homoafetiva em sendo reconhecida como entidade familiar, mais precisamente como união estável, pode receber a proteção legislativa no que concerne à meação e sucessão de bens do companheiro sobrevivente, de acordo com o disposto no artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro e seus incisos. Vale salientar face o exposto, que o regime de bens aplicado na união estável, no que concerne às relações patrimoniais corresponde ao regime de comunhão parcial de bens, com fulcro no dispositivo do artigo 1.725 do Código Civil Brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil preconiza no artigo 226, caput que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

O dispositivo constante no artigo 227 assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Portanto, a reformulação do conceito de família à luz da Carta Magna, traz uma definição pautada no Princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, vislumbrando atender as necessidades sociais. Pelo exposto nos artigos citados, a constituição brasileira tem como pedra de toque possibilitar a todos uma vida digna nos ditames legais. Nessa linha de raciocínio, enfatiza Lisboa (2007, p.46), que:

O simples fato de o constituinte ter se limitado a prever três categorias de entidades familiares não pode se constituir numa proibição de reconhecimento de outras entidades familiares, já que o ordenamento jurídico, ao regular determinadas categorias (o casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a relação entre o ascendente e o descendente), não excluiu a possibilidade da existência de outras (outras relações monoparentais, as uniões homoafetivas etc.).

O conceito de família tem como princípio norteador a afetividade, uma vez que o sentido de família evoluiu fundado no respeito mútuo, companheirismo, comunhão de vida plena e, sobretudo, pautado no afeto. É baseado nesse afeto que alguns doutrinadores entendem como família, toda e qualquer relação, seja ela oriunda do casamento ou não, onde as pessoas imbuídas pelo sentimento, formam uma entidade familiar, seja a família monoparental, a união estável formada por um homem e uma mulher, ou a socioafetiva, como também o objeto principal desta monografia, que é a união homoafetiva.

2.2 DA HOMOSSEXUALIDADE

Falar sobre sexualidade é entrar em um tema que envolve mistério, silêncio, curiosidade, que gera profundas inquietações. Há algum tempo atrás não se conversava abertamente sobre sexualidade, este era um assunto abafado dentro de casa, entre as pessoas da família. Se envolver afetivamente com uma pessoa do mesmo sexo ou pensar em fazê-lo era motivo de vergonha e desonra.

A relação homoafetiva esteve claramente presente na civilização Grega e na civilização Romana, culturas que serviram de berço para a cultura ocidental.

Dias (2007) diz que (...) na Grécia Clássica a sodomia era plenamente aceita, havendo a crença de que, por meio do esperma, se transmitiam heroísmo e nobreza. Havia também a justificativa de treinar os jovens para as guerras, nas quais inexistia a presença de mulheres. Como por exemplo, nas olimpíadas gregas onde os atletas competiam nus, exibindo a beleza física. No teatro, os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos de mulheres.

Na civilização Romana, a sodomia já era vista como um comportamento aceitável estando no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo. A censura recaía somente no caráter passivo da relação que era associado à impotência política. A relação homoafetiva não era um comportamento condenado ou censurado, pois denotava virilidade.

Em ambas civilizações, o livre exercício da sexualidade era um direito legítimo atribuído as classes nobres, sendo um verdadeiro privilégio dos bem nascidos e faziam parte do cotidiano de deuses, reis e heróis. Um dos mais famosos casais masculinos da mitologia grega era formado por Zeus e Gamimede e lendas falam de amores de Aquiles com Patroclo e dos constantes raptos de jovens por Apolo.

Dias (2007) ensina que em se tratando de sexualidade humana, o traço especial de complexidade conferido pelo afeto, seja qual for sua natureza, estará onipresente, sejam as consideradas normais ou as declaradas proscritas, em sociedades antigas e modernas.

Durante a evolução nas relações homoafetivas, antes denominada de relação homossexual, havia formas de camuflar esse tipo de relação para que essas pessoas pudessem continuar convivendo em sociedade sem serem vistas como homossexuais e mesmo assim satisfazer-se nessas relações.

Foram necessárias muitas lutas, movimentos, passeatas, para que o homossexual fosse visto por parte da sociedade como ser humano, que possui como tal, desejos, realizações, necessidades.

Porém, ainda hoje, os homossexuais sofrem violência física. Muitas vezes a força do estigma social é traduzida em lesões corporais e homicídio.

Segundo Matos (2004, p.02), “só nos últimos 20 anos, mais de 1800 homossexuais foram barbaramente executados, vítimas da homofobia – a intolerância à homossexualidade”.

A sociedade tende a emitir um juízo moral voltado ao exercício da sexualidade que com o decorrer do tempo vai se modificando. A repressão sexual ocorre através de um conjunto de permissões, interdições, normas, valores e regras estabelecidas histórica e culturalmente. O que antes era reprimido, proibido, inaceitável, imoral, pois não fazia parte dos valores de uma sociedade, hoje, já começa a ser aceito ou visto através de outro ângulo.

Essas mudanças não se dão de forma instantânea, rapidamente, pelo contrário, elas ocorrem de maneira muito lenta.

A igreja influenciou demais e ainda influencia a sociedade no que se refere à constituição da família, considera o matrimônio juntamente com a capacidade de procriação, essencial para a formação da família. Essa força que a igreja tem de interferir na sociedade faz com que o Direito evolua vagarosamente no que se refere a assuntos em que a mesma recrimina, uma vez que é minoria que geralmente está envolvida.

Dessa forma, a regulamentação dos vínculos afetivos não evoluiu da maneira esperada, ou seja, acompanhando as modificações que foram acontecendo no decorrer do tempo, em relação às escolhas afetivas, pois os valores que dominam em cada momento

histórico da sociedade possuem um arraigado sistema de exclusões baseado no preconceito discriminante. A homossexualidade faz parte da realidade social, não se pode negá-la.

Entretanto, o que existe é a crença de que tudo que é diferente da minoria é anormal e sendo anormal não é digno de respeito, de proteção, mas sim, é rechaçado pela sociedade. Sendo a família historicamente associada a casamento e filhos faz com que se espere uma relação heterossexual para a formação dessa família, definindo que este tipo de relação é o correto, o devido, o esperado de todos. Com isso fecha-se o cerco para a aceitação de qualquer outro tipo de relação afetiva, tornando-se inaceitável as relações homoafetivas. Já que a sociedade é heterossexual, já que do casamento espera-se que haja procriação, as relações homoafetivas fogem de tudo o que é esperado pela sociedade, e como é minoria fica difícil pensar numa maneira de proteger os direitos dessas pessoas tão discriminadas e esquecidas pelos que regulam aquelas relações.

Ora, se o direito vem para regular as relações em sociedade, pra organizar e resolver conflitos entre as pessoas, como pode deixar de fazê-lo em relação às pessoas que vivem como se casadas fossem, tem um vínculo afetivo, consideram-se uma família, mas se diferenciam da maioria por terem o mesmo sexo? Chega a ser incoerente, pois todos são iguais perante a lei “sem distinção de cor, sexo, raça”, como descreve a Constituição Federal brasileira.

Assim afirma Dias (2009, p.29):

A discriminação contra homossexuais é uma história, universal, notória e inquestionável realidade social. As barreiras do preconceito, por sua vez, são ainda mais desafiantes: esmaecem a razão, quando não produzem rejeição sistemática e violência. O fato é que nenhum estado contemporâneo pode ignorar essa realidade cada vez mais transparente, pois não se trata de questão isolada ou frouxidão de costumes, como querem os moralistas, e sim expressão da sexualidade que qualquer estado democrático tem o dever de respeitar.

Com a evolução social, a livre orientação sexual deixou de ser proibida e hoje já é mostrada abertamente sendo discutida em filmes, novelas, na mídia de forma geral. Nas últimas décadas, com a ida às ruas e luta pela dignidade e respeito, os homossexuais começam a ser vistos pela sociedade de forma mais tolerante, e muito lentamente esta sociedade está começando a mudar sua forma de encarar a relação entre pessoas do mesmo sexo.

A literatura gay é recente, sua abordagem chegou a ser permitida há três décadas em poesias e ficção, isso também é um avanço, é uma conquista alcançada.

Hoje, os homossexuais já mostram a cara à repressão e faz de conta que é igual a todo mundo, ou seja, ao heterossexual, já não precisa mais existir, ainda há preconceito, entretanto,

as pessoas não tem mais medo de se mostrar como realmente são, de mostrar suas escolhas, de juntar forças e lutar para serem reconhecidas.

A união entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade que não pode ser negada e precisa de tutela jurisdicional, com atribuições de direitos e definição de obrigações. Ainda citando Dias (2009, p.31):

A dificuldade de jurisprudência em superar o aparente óbice constitucional para albergar o relacionamento homossexual no conceito de família está sendo mitigada pela doutrina, que passou a enfrentar o tema de maneira arrojada. É abundante a bibliografia que traz preciosos subsídios para vencer a resistência não só dos operadores do Direito e do legislador, mas da própria sociedade, que vem se mostrando mais tolerante com a diversidade. O assunto promete evoluir no sentido de maior proteção aos relacionamentos homoafetivos pelo direito brasileiro, visando ao seu enquadramento no conceito de entidade familiar.

Complementando com a mesma autora:

No atual e ampliativo conceito de família, que tem como único traço identificador a existência de um vínculo de afeto, talvez a regra fundamental para albergar a pluralidade de suas manifestações no âmbito de proteção do Direito seja emprestar juridicidade à célebre frase de Antoine Saint-Exupéry: tu és responsável pelo que cativas.

Sendo assim, diante de todo o processo de evolução que se iniciou, com a luta dos homossexuais objetivando acabar com o preconceito, com a homofobia, com a discriminação, e com a busca de serem reconhecidos como pessoas merecedoras de respeito, é esperado que aos poucos, possam ter garantidos os seus direitos advindos do reconhecimento da família formada por eles.

2.2.1 Homossexualidade: doença ou condição?

A homossexualidade já foi considerada uma doença, uma maldição, uma perturbação. Surgiram, durante o decorrer do tempo, várias técnicas e tratamentos para a sua cura. A atração por pessoas do mesmo sexo esta presente no mundo todo, em todas as culturas e sociedades e a ciência busca respostas para este tipo de comportamento “desviante”.

Hoje, porém, se sabe se que homossexualidade não é mais considerada uma doença, muito menos uma opção, mas sim, uma forma de viver. Não se conhece a origem, nem é preciso procurá-la, pois ao fazê-lo esta se buscando um remédio para uma doença, o que não é caso. Tanto não é doença hoje, que no CID – Classificação Internacional das Doenças – ela está inserida no capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. O termo

“Homossexualismo” foi substituído por homossexualidade, uma vez que o sufixo “ismo” quer dizer doença, enquanto que o sufixo “dade” significa modo de ser (DIAS, 2007).

Infelizmente, até hoje, há quem considere uma perversão toda e qualquer manifestação da sexualidade que não seja a padrão, isto é, a heterossexual. A expressão vem do latim *perverse* que quer dizer posto às avessas, os que tomaram o caminho errado. Dias (2009) utiliza a expressão homoafetiva, buscando evidenciar o vínculo afetivo que existe nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Na genética o que existem são pesquisas na tentativa de identificar o gene que atua no desenvolvimento da homossexualidade. Procura-se as causas genéticas com características hereditárias. Simon Le-Vay, neurocientista, identificou que o hipotálamo (região do cérebro responsável pelos impulsos sexuais) dos homossexuais masculinos tem a metade do tamanho do hipotálamo dos heterossexuais, de dimensões semelhantes ao das mulheres.

Aos poucos vem prevalecendo a tese de que a homossexualidade provém de um estado de natureza, com origens biológicas, e não culturais. Um estudo no Canadá revelou que os homossexuais das microestrias femininas do que das estrias dos heterossexuais, levando a crer que “a homossexualidade integraria a própria natureza biológica do ser humano”.

Uma pesquisa na Suécia, citada por Dias (2009, p.54-55), demonstrou que:

O cérebro gay é fisicamente parecido com o de mulheres heterossexuais, enquanto o de lésbicas se assemelha ao de homens heterossexuais. O estudo sugere que fatores biológicos são capazes de influenciar a orientação sexual, como a exposição à testosterona no útero, que pode moldar a anatomia cerebral. Na avaliação do pesquisador Qazi Raham, não há mais dúvidas de que as diferenças cerebrais são delineadas nos primeiros estágios de desenvolvimento fetal. E conclui: não há mais argumentos, se você é *gay* é porque você nasceu gay (Notícia vinculada pela BBC Brasil, Estudo vê semelhança entre o cérebro de *gays* e do sexo oposto).

O fato é que a homossexualidade não é uma doença, nem é hereditária, nem uma atitude consciente ou deliberada.

Ela é apenas um diferencial no exercício da sexualidade humana que busca insistentemente a sua felicidade, sua satisfação sexual, sua realização como ser humano e merece ser aceito pela sociedade, ser respeitado por todos e ter garantido os seus direitos, sua dignidade, sua moral e ter protegida a sua relação afetiva com a pessoa escolhida.

2.2.2 O preconceito social e a evolução quanto à aceitação da homossexualidade

O ser diferente da maioria dentro da sociedade sempre leva a discriminação e rejeição. E no caso da homossexualidade não é diferente. Como já foi dito anteriormente, o preconceito em relação a homoafetividade ainda é muito grande, mas, depois de tantos protestos e movimentos gays a própria sociedade já começa a visualizar de forma diferente este tipo de relação. A homofobia leva à prática de crimes praticados contra o homossexual, a violência sofrida por eles é bem visível. A discriminação não acontece somente nos locais públicos, verifica-se também nos consultórios médicos e dentistas que se negam a atendê-los. Os ginecologistas reagem ao saber que se trata de paciente lésbica, por isso há uma resistência da parte dos homossexuais em buscar um acompanhamento médico, o que faz com que se tornem reféns de problemas de saúde muito graves. Há também uma resistência por parte dos advogados em atender ao segmento homossexual. Eles tem a desculpa de que não existe lei, e por isso a Justiça não lhes reconhece direitos, o que faz com que esses clientes não busquem a tutela jurídica. O ínfimo número de ações em relação a estes casos comprovam essa realidade. O que se tem na verdade, por detrás de tudo isso, é o preconceito inveterado.

Dias (2007) assevera que as relações homossexuais, como tudo o que é alvo da discriminação e do preconceito, ficam sujeitas à deficiência da normatização jurídica, sendo deixadas à margem da sociedade e à míngua do direito. O legislador, por puro preconceito, não aprova leis voltadas para a minoria da população, alvo da discriminação, pois eles resistem em cancelar leis que visem proteger a quem a sociedade rejeita. Eles nem sequer apreciam os projetos que possam desagradar o eleitorado e colocar em risco a reeleição. Mas, contudo, não se pode mais fechar os olhos para esta realidade. O número de pessoas do mesmo sexo que se relacionam afetivamente tem se aumentado indiscriminadamente, e isso vem fazendo com que eles, aos poucos comecem a conquistar o seu espaço dentro da sociedade, requerendo assim seus direitos, dignidade, respeito e proteção legal.

É preciso que a homossexualidade seja vista como uma variante da expressão sexual humana, como uma forma de viver diferente da maioria, e que a sociedade como um todo, possa aceitar essa realidade e conviver de forma harmoniosa buscando proteger, respeitar e compreender essas pessoas.

Afinal, elas são pessoas como todas as outras, tem desejos, sentimentos, projetos de vida. A única coisa que difere da maioria é a afinidade e vontade de se relacionar afetivamente e sexualmente com outras que tenham o mesmo sexo que o seu.

2.3 UNIÃO HOMOAFETIVA E OS PRINCÍPIOS QUE A AMPARAM

Os princípios são norteadores da Constituição e exercem um papel de fundamental importância em todo o ordenamento, não importando o fato de haver superioridade entre princípios e leis, não importa saber quem é o principal e quem é o acessório, o que importa é ter a clareza de perceber que eles são a base, o esteio da Constituição, tendo na legalidade um dos seus principais pilares.

2.3.1 O princípio da legalidade e o art. 226, § 3º, da Constituição Cidadã de 1988

O princípio da legalidade se funda na lei, e nada mais vem a ser do que uma espécie de norma com alcance geral e abstrato, nascida através das deliberações do Poder Legislativo e por vezes do Poder Executivo. A expressão —lei possui dois aspectos, um amplo e o outro formal, pois no sentido amplo a lei representa toda e qualquer maneira de regulamentação através de ato normativo advindo do Estado e, no sentido formal, a lei está apta a realizar inovações no mundo jurídico, mas tais inovações não podem macular os direitos e garantias fundamentais, nem tampouco as interpretações advindas da lei. Segundo Afonso da Silva (2005, p.421):

[...] já se deduz que a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69).

O princípio em comento está elencado no art. 5º, II, da Constituição Cidadã de 1988, segundo o qual —ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E tal princípio deve ser analisado sob a égide do ordenamento jurídico pátrio, visto que a lei é norteadora das relações sociais que regula a vida dos cidadãos. Afonso da Silva (2005, p.420) comenta que:

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.

Fica evidente que o princípio da legalidade se submete aos ditames do ordenamento jurídico, como se evidencia da leitura de parte do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, ao decidir favoravelmente sobre a inclusão de companheiro do mesmo sexo como dependente de plano de saúde da Caixa Econômica Federal (BRASIL, 2006):

Eis, no que importa, a ementa do acórdão, ora recorrido:

[...]

9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade. (...)

2.3.2 O princípio da igualdade como vetor dos avanços sociais

O princípio da igualdade encontra amparo no art. 5º, *caput*, da Carta Magna, visando conceder tratamento igual aos que estão em situações equivalentes e tratar de maneira desigual os que estão em situações desiguais, para se fundir na isonomia. A Lei Maior repudia qualquer tipo de discriminação capaz de atentar contra direitos e deveres dos cidadãos que compõem a sociedade brasileira e estão sob o manto de proteção de um ordenamento jurídico pleno e eficaz, visto que a igualdade é uma das maiores conquistas de uma sociedade democrática, livre, justa e solidária. Kelsen (1998, p.154) refere que:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres. Quando na lei se vise a igualdade, a sua garantia apenas pode realizar-se estatuindo a Constituição, com referência a diferenças completamente determinadas, como talvez as diferenças de raça, de religião, de classe ou de patrimônio, que as leis não podem fazer acepção das mesmas, quer dizer: que as leis em que forem feitas tais distinções poderão ser anuladas como inconstitucionais.

A união homoafetiva encontra guarida no princípio da igualdade e ganha força por conta da questão da não discriminação elencada no texto constitucional de 1988, que equiparou direitos e obrigações entre homens e mulheres e fez surgir uma igualdade ainda não vista em outras Constituições Brasileiras. A Carta Magna também proibiu distinções relacionadas à origem, raça, cor, idade, possibilitou a liberdade do exercício de qualquer

trabalho, a liberdade de culto, de manifestações políticas, e vários outros tipos de discriminações foram rechaçadas pela Lei Maior e assim se pode erigir no ordenamento jurídico a possibilidade da não discriminação por causa da orientação sexual do indivíduo.

O princípio da igualdade está intrinsecamente ligado ao da dignidade da pessoa humana, princípios estes consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preconiza em seu artigo I: —Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade (Michalany, 1991, p.94). Para haver o respeito a dignidade da pessoa humana, é necessária a garantia de uma isonomia para todos, pois ninguém pode ser submetido a tratamento discriminatório e arbitrário, razão tal que não se admite a escravidão, a discriminação por conta da raça, da religião, do sexo, enfim, tudo o que ofenda o princípio da igualdade que se consubstancia na isonomia.

2.3.3 O princípio da dignidade da pessoa humana e a primazia constitucional

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado na Carta Política, no art. 1º, III, e é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que busca com ele fortalecer o caráter de uma nação democrática e solidária com os anseios dos cidadãos. A Constituição Cidadã de 1988 foi construída pelo poder constituinte originário, sob a égide de uma perspectiva protecionista, tendo em vista o fato de que a Constituição anterior foi promulgada durante um regime não-democrático, destruidor de diversos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, posto que a dignidade humana é característica do Estado Democrático de Direito.

É por causa do postulado Constitucional da não-discriminação, que o repúdio à união homoafetiva não encontra amparo principiológico e legal, porque o direito de formar uma família é base para a construção do Estado Democrático de Direito e é assegurado pela Carta Magna, que não fez em seu texto nenhuma menção a impossibilidade jurídica da união entre pessoas do mesmo sexo, impondo no art. 226, §3º, do texto constitucional um rol meramente exemplificativo do que seria família, pois a família é Célula Mater da sociedade e também pode ser sinônimo de dignidade e a interpretação constitucional não pode ser feita para diminuir direitos e sim para proteger os que já se encontram definidos no texto.

Interpretações que visem restringir os núcleos familiares fundados na orientação sexual dos que convivem, são ilegítimas por conta dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Discriminar uniões homoafetivas é ferir a identidade

individual de cidadãos com direitos e deveres inseridos na esfera jurídica, capazes de contrair obrigações de caráter patrimonial e de caráter afetivo, formando assim um dos diversos núcleos familiares instituídos na sociedade atual.

2.4 NOVOS TERMOS DA HOMOAFETIVIDADE

Na atual conjuntura das relações humanas e a explicitação da relação Homoafetiva, coloca a sociedade numa espécie de deficiência visual, como a retratada no filme Ensaio Sobre a Cegueira baseado na obra de José Saramago, onde os telespectadores são convidados a refletir sobre a condição moral na sociedade moderna pela falta de solidariedade e sensibilidade que a mesma carrega na contemporaneidade. Contudo, a deficiência na atual sociedade tem mudado e exigido do legislador e daqueles que aplicam o Direito não apenas a capacidade de olhar as relações advindas com a mudança social, mas uma dose de sensibilidade para ver e regulamentar como bem fez a Constituição de 1988.

Uma vez que, as informações aqui contidas dão conta que atualmente é pacífico o entendimento de que a família homoafetiva é uma entidade familiar e não uma sociedade de fato como o próprio STF e a jurisprudência reconhece as uniões homoafetivas como família.

Os códigos brasileiros não diferenciam hetero de homoafetividade e inexistem qualquer vedação legal e enquanto a lei não acompanhar a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, os aplicadores do Direito não podem em nome de uma postura preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a essa nova realidade e ser fonte de grandes injustiças.

2.4.1 Da possível união estável homoafetiva

De início, cabe destacar que interpretar uma Constituição ou uma norma constitucional não é o mesmo que interpretar uma lei dita ordinária ou uma jurisprudência de qualquer tribunal. Uma vez que, a norma constitucional como resultado da lenta evolução social, possui superioridade em relação às demais leis, além de suas normas terem um caráter inclusivo de direitos como é bem demonstrado em seu art. 226 da CF/88 que confere ampla proteção à unidade familiar, proclamando que a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado de forma abstrata e abrangente.

Os professores Paulo e Alexandrino (2008, p.989) ainda observam que “o texto constitucional reconhece três espécies de entidades familiares, com as mesmas proteções constitucionais”.

Entretanto, quando se fala em União Homoafetiva como entidade familiar e a sua possível e real equiparação a situação protegida na constituição em seu Art. 226, §3º da CF/88 e no Art. 1.723 do CC/02 surgiu a polêmica e a sua possível impossibilidade atributiva aos casais Homoafetivos, pelo fato de conter no texto constitucional e civil a expressão “*o homem e a mulher*”, consistindo no argumento central de Pereira (2008).

O mesmo entendimento é compartilhado com Venosa (2006, p.440), que expõe que de fato, “no atual estágio legislativo e histórico da nação, a chamada sociedade homoafetiva não pode ganhar status de proteção como entidade familiar”, pelo simples fato de em nosso ordenamento existir ainda a suposta exigência da diversidade de sexos para o casamento.

Ademais, outro que defende tal pensamento é Nader (2006, p.589), que expõe sobre o tema o seguinte: “o Código Civil exige a diversidade de sexos como requisito fundamental para a entidade familiar. Tal disposição deixa extreme de dúvida a impossibilidade da união estável nas relações homoafetivas”. Nota-se que a interpretação dada pelos doutrinadores é linear e positivista

Considerando-se que a interpretação extensiva e a analogia são técnicas interpretativas que visam sanar lacunas na legislação, devendo-se fazer uma análise profunda para se saber se as situações forem idênticas, aplicar-se-á a interpretação extensiva; se as situações forem distintas e tendo o mesmo elemento essencial, aplicar-se-á a analogia. Em resumo, se as situações forem idênticas, aplicar-se-á a interpretação extensiva; se forem distintas, mas tiverem o mesmo elemento essencial, deveri-se-a aplicar a analogia, evidenciando que em ambos os casos, o resultado será o mesmo.

Contudo, a dita falta de legislação específica não se constitui em uma impossibilidade de reconhecimento da relação homoafetiva, pois a mesma se encontra perfeitamente contemplada numa interpretação extensiva e analógica do §3º do Art. 226 da CF/88, onde se exemplifica de forma perfeita a teoria tridimensional do Direito de Reale (2004, p.64-65), onde a mesma explicita que “a norma é a conjunção de fatos e valores (as três dimensões do Direito), onde se pode concluir que norma = fato + valor“, percebendo-se que o valor que justifica a regulamentação de determinado fato é o elemento relevante na análise da finalidade normativa, não o mero fato.

Assim, mesmo que no Brasil não se reconheça a união estável homoafetiva expressamente, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a união homoafetiva como sociedade de fato, assemelhada à união estável.

Assim, demonstra-se louvável o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao entender que é de competência da Vara de Família julgar ações que envolvem união entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, torna-se bastante ilustrativo a decisão da Oitava Câmara Cível transcrita abaixo (MASCHIO, 2000):

Ementa: Relações homossexuais. Competência da vara de família para julgamento de separação em sociedade de fato. A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de casais formados por pessoas do mesmo sexo, e das varas de família, conforme precedentes desta câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais, pois é certo que a Constituição Federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto a opção sexual, sendo incabível, assim, quanto a sociedade de fato homossexual. Conflito de competência acolhido. (Conflito de Competência Nº 70000992156, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 29/06/2000).

Parece claro que o principal elemento de criação da família não são os laços de parentescos de natureza biológica ou civil, mas sim o da afetividade. Uma vez que foi reconhecida a competência da Vara de Família para julgar a separação na relação homoafetiva formada por pessoas do mesmo sexo, parece cristalino o reconhecimento dessas referidas relações como uma entidade familiar. Contudo, as relações homoafetiva continuam a ser ignorada pelo legislador brasileiro no seu relacionamento e na sua convivência por absoluto desinteresse Político, pois a mais de 10 anos o projeto de lei nº 11.151 de 1995 de autoria da então deputada Marta Suplicy a época dentre outros projetos ainda não foram votados.

E apesar de causar polêmica, com posições claramente antagônicas entre os parlamentares, muitos defensores do projeto alegam que atualmente o texto proposto à época de sua apresentação representava um sensível avanço em comparação com os demais países.

Certo é que, o compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado da igualdade e da liberdade, estampado já no preâmbulo constitucional da carta magna de 1988 sem ter força normativa, mais com função diretiva, uma vez que, as relações de convivência familiar e sociais já não são mais rigidamente estabelecidas como antigamente, sendo todos os homens livres e iguais em dignidade e direitos.

Cruz (2005, p.69) acertadamente expõe que “qualquer concepção contemporânea de constitucionalismo reconhece no princípio do pluralismo, certamente em consonância com o da dignidade da pessoa humana, um dos seus eixos centrais no reconhecimento de Direitos”.

E independentemente de reconhecer ou não expressamente a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, faz-se necessário a discussão sobre possíveis soluções jurídicas a serem propostas para que a vida e o patrimônio em comuns construídos pelos companheiros, já que, o termo sociedade de fato não consubstancia lucratividade que a palavra trás, possam ter um destino justo para o parceiro ou para possíveis descendentes, pois a relação homoafetiva é consubstanciada na convivência pública, contínua e duradoura que evidencia uma entidade familiar.

Ademais, a relação homoafetiva é idêntica a união estável em essência e de fato; não reconhecer tal relação por falta de norma é um atentado a dignidade humana consagrada na declaração dos direitos do homem e do cidadão que consubstancia todas as constituições contemporâneas como a Constituição Federal de 1988 que consagra em seu artigo 1.º, inciso III, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Esse princípio positivado em nosso ordenamento jurídico ressalta a necessidade do respeito ao ser humano, independente da sua posição social ou dos atributos que possam a ele ser imputados pela sociedade.

Ainda na base constitucional, o Inciso IV do Art. 3º da CF/88 é expresso e claro quando se referi como objetivo a vedação de qualquer tipo de discriminação ou preconceito ao expor no texto constitucional a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e assegura conforme informa Dias (2007, p.183) “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e sem preconceitos”.

E muito poderiam se pergunta: qual a razão da reivindicação dos direitos relativos às uniões homoafetivas ou do direito ao exercício da homossexualidade? Contudo essa reivindicação se justifica no fato de os homoafetivos pertencerem à comunidade humana, tendo os mesmo a orientação sexual diferente, mantém direito a realização de suas capacidades e necessidades humanas respeitadas, tanto pelos demais membros da comunidade como pelo próprio Estado, onde o mesmo deve tratar de assegurar ao individuo homossexual no plano individual a tutela ao direito personalíssimo de orientação sexual e, no plano público, o respeito a esse direito, com práticas jurídicas e políticas legislativas que vedem qualquer forma de discriminação por conta da preferência ou orientação sexual de cada pessoa.

E quando evidenciamos na sociedade de forma denegatória o reconhecimento dos direitos a essas pessoas, seja por falta de legislação ou por aplicação direta do que diz a lei, vislumbramos um desrespeito e um dano a sociedade, além de significar uma verdadeira forma de opressão e um profundo retrocesso da democracia.

2.4.2 Da possibilidade do casamento homoafetivo

O mesmo entendimento que faz-se sobre a União Estável Homoafetiva pode-se fazer a respeito a sua conseqüente conversão em casamento e embora a mesma doutrina que defende a união estável homoafetiva, diga que o casamento civil homoafetivo seria "inexistente", condiz afirma que a dita inexistência não se afigura correta. Afinal, considerando que a ratio legis do regime jurídico do casamento civil é a proteção da entidade familiar, que se forma nas uniões amorosas, onde o amor romântico visa uma comunhão plena da vida e dos interesses, de forma pública, contínua e duradoura, configura-se perfeitamente o casamento civil homoafetivo como possível por força da interpretação extensiva ou, no mínimo, analógica da lei. Pois a mesma justificação que se faz com que seja reconhecida a união estável homoafetiva faz-se possível juridicamente o casamento civil homoafetivo.

É de se lembrar que o casamento civil, como o próprio nome diz, civil, não é o casamento religioso em que o casal se prontifica na frente do pároco da igreja e dizem sim a então pergunta feita pelo mesmo, que posteriormente se converte na benção de Deus. Pois, o casamento civil e casamento religioso não se confundem, sendo-os completamente distintos.

Onde o casamento civil é um direito a um regime jurídico aplicável a todos que não se enquadrem nas hipóteses dos taxativos impedimentos matrimoniais; e o casamento religioso é um dogma, algo sujeito à fé religiosa, porém ambos abençoados por Deus.

Isso significaria que, o casamento religioso por ter caráter sacramental não pode ser atribuído aos casais homoafetivos segundo os dogmas religiosos, contudo, isso não quer dizer que o casamento civil também não o possa ser atribuído aos homoafetivos, pois os ditos casamentos não têm nenhuma ligação na atualidade.

Contemporaneamente não há absolutamente nada que justifique uma ligação entre casamento civil e casamento religioso, pois atualmente eles têm requisitos distintos: Enquanto um é pautado pelo Direito Laico, Secular (casamento civil) o outro é pautado pelo Direito Canônico (casamento religioso).

Então, como não há absolutamente nada na legislação pátria que proíba o casamento civil homoafetivo, mas uma mera lacuna na legislação que é suprável pela interpretação

extensiva ou pela analogia, se faz necessário reconhecer a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) autorizou no dia 25 de outubro de 2011, por maioria de 4 votos a 1, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. É a primeira vez que um tribunal superior analisou o assunto depois que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo (ZAMPIER, 2011).

Com isso o casamento civil homoafetivo mostra-se possível juridicamente por força dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que informa a Justiça que os relacionamentos homoafetivos não merecem tratamento diverso dos relacionamentos heterossexuais do que se outorga aos demais vínculos afetivos, pois os mesmos se configuram como entidade familiar igualmente as demais relações, sejam elas positivas ou ainda em processo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não tuteladas expressamente na Constituição Federal nem na legislação infraconstitucional, existem e merecem fazer jus à tutela jurídica, pois o ordenamento brasileiro admite a união estável homoafetiva, pela interpretação extensiva ou ao menos por analogia.

Vislumbra-se tal possibilidade de interpretação extensiva ou analógica por força do Art.4º da LICC, cuja lei constitui-se em um conjunto de normas que se aplicam a todos os ramos do direito, quando se refere a sua elaboração, sua vigência, sua aplicação no tempo e no espaço etc. Como as relações homoafetivas carecem de legislação específica, muito por interesses políticos, sociais e religiosos.

A LICC fornece importante fundamento no artigo anteriormente citado, uma vez que, na omissão ou na falta de legislação específica o magistrado não pode deixar de apreciar o caso trazido a sua apreciação. Por isso, o uso da analogia como método hermenêutico de interpretação, em que se aplica um caso semelhante ao dito sem solução legal, constituiu-se em um remédio útil e eficaz quando se fala em relação homoafetiva e a sua possível união estável e consequente conversão de regime em casamento civil.

Contudo, a relação homoafetiva se mostra perfeitamente abarcada no conceito de família que é a base da sociedade e tem proteção do Estado, como bem diserta o Art. 226, bem como na figura da união estável do, §3º do mesmo artigo já citada da Constituição Federal de 1988. Além disso, o Art. 1º, Inciso III da CF/88 fundamenta a dignidade da pessoa

humana como base do Estado Democrático de Direito além de reconhecer que todo ser humano é possuidor de dignidade e num deve ser o mesmo tratado como objeto ou descaracterizado na sua figura humana.

Ademais, quando se fala em sexualidade observasse que a mesma, constituísse em um direito personalíssimo e natural do ser humano e o seu não reconhecimento constitui-se em ofensa aos objetivos traçados no texto Constitucional no seu Art. 3º, Inciso IV, sendo um puro preconceito social e cultural.

E consubstanciado pelo principio da dignidade da pessoa humana e dos princípios da liberdade e isonômia, mostra-se perfeitamente relevante a equiparação da relação Homoafetiva a relação Heteroafetiva quando se visa reconhecer a união estável e sua consequente conversão em casamento civil, uma vez que, ambas relações visam uma convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Assim, deve-se possibilitar a União Estável Homoafetiva e a sua consequente conversão da relação em casamento civil, uma vez que, a partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o estrito positivismo se mostra insuficiente e inadequado para as mudanças sociais, tendo muitas vezes os operadores do direito e os magistrados fazerem jus de bom senso.

REFERÊNCIAS

AFONSO da SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 238715/RS**. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJ: 02/10/2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 2º Ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005 p. 69.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4ª ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **União homossexual: O preconceito & a justiça**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**, 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.11-12.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito civil Direito das famílias e sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 5.

MASCHIO, Jane Justina. **A adoção por casais homossexuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2764>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MICHALANY, Douglas. **Novo atlas geográfico mundial**. 34ª ed. São Paulo: Editora Michalany, 1991.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

PAULO, Vicente e Alexandrino, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro, Ed. Impetrus, 2008.

PEREIRA, Rafael D`Ávila Barros. **Dois pais e uma mãe. Contrato de união estável entre homossexuais. Impossibilidades jurídicas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=11348>>. Acesso em: 11 out. 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 27ª Edição, 2004, São Paulo: Editora Saraiva.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2006.

ZAMBIER, Débora. **STJ confirma legalidade do casamento de homossexuais. 2011**. Disponível em: <<http://mariafro.com.br/wordpress/2011/10/25/decisao-inedita-stj-autoriza-casamento-civil-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Acesso em: 23 out. 2011.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. 12ª ed. São Paulo. Saraiva, 2002.

NORMAS E CRITÉRIOS PARA PUBLICAÇÃO

Os trabalhos, submetidos à **Revista de Direito do IESP (versão eletrônica)** para publicação, são resultados de pesquisas empíricas ou ensaios teóricos, desenvolvidos pelos bacharelados do curso de direito em seu Trabalhos de Conclusão de Curso - TCC:

- 1) Digitados em espaço 1,5 linha, em páginas numeradas, com margens de 1,5 cm de cada lado (justificadas), na fonte “Times New Roman”, tamanho 12, em papel A4; Digitados através do editor de texto Word para Windows, gravados em CD.
- 2) Devem constar: **Título, Nome do Autor** (em nota de rodapé, as informações do autor com relação à titulação, local de trabalho e endereço de e-mail). O autor deve informar, também: Resumo (oito linhas no máximo) e 3 (três) palavras-chave em português ou espanhol; “Abstract” e “Key-words” e Referências Bibliográficas.
- 3) Os trabalhos deverão ser **inéditos**, escritos em português ou espanhol, de forma clara e concisa.
- 4) Os trabalhos serão submetidos, à apreciação do **Conselho Científico** ou a relatores de pareceres **Ad doc**, sendo publicados após o parecer favorável de, pelo menos, **dois membros**, de acordo com a programação a ser definida pelo **Conselho Editorial**.
- 5) Os trabalhos aprovados, dependendo da quantidade, que não forem publicados no primeiro número, poderão ser publicados nos números subsequentes da Revista.
- 6) Os autores, que tiverem os seus trabalhos publicados, receberão, graciosamente, dois exemplares.

Conselho Editorial

da Revista de Direito do Iesp