



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 1 • Nº 1 • 2008



MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADO DO TOCANTINS

Sede do Ministério
Público Estadual
em Palmas/TO

Verificar a autenticidade no site www.tocantins.gov.br

Use a chave: ad4aa0b7 - a6150e2a - 16526329 - bbf1f6e9

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

**Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)**

Leila da Costa Vilela Magalhães
Procuradora-Geral de Justiça

Vera Nilva Álvares Rocha
**Procuradora de Justiça
Coordenadora do Cesaf**

José Maria da Silva Júnior
Presidente da ATMP

**Coordenadora
Vera Nilva Álvares Rocha**

Conselho Editorial
**Clénan Renaut de Melo Pereira
João Rodrigues Filho
José Kasuo Otsuka
José Maria da Silva Júnior
Miguel Batista de Siqueira Filho**

Revisão
Eduardo Silva de Almeida

Diagramação
Marco Tullio Tavares

Colaboração
Academia Tocantinense de Letras

Vera Nilva Álvares Rocha
Coordenadora

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Palmas, Tocantins
2008

© 2008. Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins
Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins
Ano 1 • Nº 1 • 2008

Tiragem: 1.000

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de Vera Nilva Álvares Rocha. Palmas: Editora, ano 1, n.1, 2008.

124 páginas

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168x

Palavras-chave: 1. Direito - Periódicos 2. Adoção 3. Planejamento Cicloviário - Palmas 4. Súmula 21 - STJ 5. Estatuto do Idoso 6. Demanda Coletiva 7. Tutela Inibitória - Direito Ambiental 8. União Estável I. Ministério Público do Estado do Tocantins

CDU: 34(05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins.

É permitida reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas a fonte.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria Geral de Justiça

Qd 202 N, Av. LO 4 Conjunto 07,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte
Cep.: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-7600
www.mp.to.gov.br - cesaf@mp.to.gov.br

Associação Tocantinense do Ministério Público

Qd 202 N, Av. LO 4 Conjunto 07,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar
Cep.: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-3250
www.atmp.org.br - atmp@uol.com.br

Editorial

Coincidência ou não, no aniversário de duas décadas do Estado do Tocantins, o Ministério Público Estadual, através do seu Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional-CESAF e com parceria da Associação Tocantinense do Ministério Público - ATMP, comemora, com entusiasmo, o número vestibular de sua Revista Jurídica.

No decorrer desses vinte anos de existência, o *“Parquet Tocantinense”*, através dos seus pioneiros e membros advindos de sucessivos concursos de ingresso, amadureceu idéias e experiências, estimuladas por realizações de vários eventos jurídicos organizados pelo CESAF, fazendo jus, portanto, a criação de um instrumento próprio para o desenvolvimento do conhecimento científico do direito.

Durante esse tempo vários membros, e também alguns servidores, despontaram e aperfeiçoaram-se no estudo de institutos jurídicos, sobretudo daqueles de surgimentos mais recentes, frutos da dinamicidade e do comportamento da nossa sociedade e dos problemas apresentados em sua decorrência.

As produções científicas conseqüentes representam um plus no cotidiano dos nossos autores, vez que todos, sem exceção, dedicam-se esmeradamente no labor em processos, audiências e atendimento ao público. Talvez seja por isso que exponenciam e expressam, com tanta veracidade, os valores e direitos postulados por uma sociedade atual e exigente. Exemplo disso são os artigos a respeito: da adoção, da importância do planejamento cicloviário em Palmas/TO, das questões de admissibilidade da demanda coletiva, da união estável, do estatuto do idoso, da tutela inibitória coletiva ambiental e da inaplicabilidade da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça.

A Coordenação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional-CESAF, ostenta, neste momento, incomensurável satisfação por esta realização, estando cônica de que o pensamento jurídico e, por conseguinte, a

obra que o expressa, nunca se encontra pronta e acabada, sempre sendo suscetível de aprimoramento, o qual temos certeza, será desejo de continuidade de todos os integrantes do Ministério Público do Tocantins. O início parte daqui; o término, não é de interesse imaginar! Que venham muitas inspirações e várias edições desta Revista!

Vera Nilva Álvares Rocha
Procuradora de Justiça
Coordenadora do Cesaf

Sumário

1. <i>Adoção</i>	11
1.1. Adoção: da teoria à prática	13
2. <i>A importância do planejamento cicloviário em Palmas</i>	19
2.1. Introdução	21
2.2. O contexto tocantinense e sua Capital	22
2.3. Considerações sobre o planejamento cicloviário	25
2.4. Palmas e a importância de um planejamento cicloviário adequado às suas realidades	29
2.5. Considerações finais	32
2.6. Referências bibliográficas	33
3. A inaplicabilidade da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça diante da ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo	35
3.1. Introdução	37
3.2. A Inaplicabilidade da Súmula 21 do STJ diante da inobservância de princípios constitucionais	37
3.2.1. A Supremacia dos Princípios e Preceitos Constitucionais e o Fundamento da Dignidade da Pessoa Humana	37
3.2.2. O Excesso da Prisão Provisória e a Superveniência da Sentença de Pronúncia	39
3.3. Conclusão	44
3.4. Referências bibliográficas	45
4. <i>Estatuto do Idoso: do direito à vida</i>	47
4.1. Introdução	49
4.2. Idéia Geral da Evolução dos Direitos Humanos	50
4.2.1. Magna Carta, 1215, Inglaterra	50
4.2.2. Declaração de Direitos (Bill of Rights), 1689, Inglaterra	50
4.2.3. A Independência dos Estados Unidos, 1776.	51

4.2.4. A Revolução Francesa, 1789: Liberdade, igualdade e Fraternidade.	51
4.2.5. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, ONU.	52
4.3. Os Direitos Humanos nas Constituições do Brasil.	53
4.3.1. A Proteção Constitucional da Pessoa Idosa.	54
4.4. Conclusão.	56
4.5. Referências bibliográficas.	57
<i>5. Questões de Admissibilidade da Demanda Coletiva.</i>	<i>59</i>
5.1. Introdução.	61
5.2. Questões que podem ser objeto de pronunciamento judicial ...	62
5.3. Questões que podem ser objeto de pronunciamento judicial em demanda coletiva.	67
5.4. Quando uma questão pode ser objeto de pronunciamento judicial de demanda coletiva.	73
5.5. Conclusão.	75
5.6. Referências bibliográficas	
<i>6. Tutela Inibitória Coletiva Ambiental - Fundamentos na ordem jurídica brasileira.</i>	<i>81</i>
6.1. Introdução.	83
6.2. A tutela inibitória.	84
6.3. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.	89
6.4. Fundamentos da tutela inibitória coletiva ambiental no direito brasi- leiro.	94
6.5. Conclusão.	104
6.6. Referências bibliográficas.	106
<i>7. União Estável: Um instituto em evolução</i>	
7.1. Introdução.	111
7.2. Evolução legislativa.	112
7.3. Conceito.	114
7.4. Elementos constitutivos da união estável.	115
7.5. Direitos e deveres pessoais.	116
7.6. Concubinato e união estável.	117
7.7. Tempo.	118
7.8. Alimentos.	118
7.9. Conseqüências patrimoniais.	119
7.10. Conversão da união estável em casamentos.	120
7.11. Considerações finais.	121
7.12. Referências bibliográficas.	121

1. Adoção

Beatriz Regina Lima de Mello*

RESUMO

Importância do Instituto da Adoção e do conhecimento de seus trâmites processuais pela população brasileira, como forma de inclusão social e asseguramento de direitos.

*20ª Promotora de Justiça da Capital

01/01/2017

01/01/2017

01/01/2017

01/01/2017

01/01/2017

01/01/2017

1.1. Adoção: da teoria à prática

O instituto da adoção encontra-se disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 39 a 52 e no Código Civil Brasileiro do artigo 1.618 a 1.629.

O termo **Adoção** se originou do latim **adoptio** e significa **dar seu próprio nome a, por um nome em**, e, conforme encontramos no dicionário Aurélio eletrônico, adoção é a **“aceitação voluntária e legal de uma criança como filho”**.

No transcorrer dos anos, vários foram os entendimentos acerca de sua natureza jurídica, como por exemplo, que seria um ato unilateral, contratual, solene, uma filiação criada pela lei, e, por fim, hoje é praticamente pacífico na doutrina que a adoção trata-se de um instituto de ordem pública, de uma instituição, como preceitua o §6º, do art. 227, da CF e o próprio ECA.

"Adoptio natura imitatur". Esta máxima latina, "a adoção imita a natureza", reflete a necessidade do ser humano transmitir sua herança de conhecimento, afeto e de experiências para seus semelhantes, fazendo-o através dos filhos, sejam eles naturais ou não.

Nos últimos anos, verificamos um significativo aumento no número de pedidos de adoção na Capital de nosso Estado.

Acreditamos que este aumento vem a demonstrar a conscientização dos casais e das pessoas em geral, em proceder a legalização da guarda de fato, bem como a temeridade em se realizar uma adoção "à brasileira". Este termo vem sendo utilizado, doutrinariamente, para identificar os Registros de Nascimento feitos diretamente pelos pais adotivos da criança,

como se fossem seus pais biológicos. Esta prática, além de constituir crime tipificado no art. 242, do Código Penal, poderá acarretar a nulidade do registro a qualquer momento, pois eivado de vício insanável.

Podem adotar: o maior de dezoito anos de idade, ou desde que um dos cônjuges ou companheiros o seja, sendo, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando, bem como os divorciados ou separados judicialmente, desde que acordem sobre a guarda e o direito de visitas, tendo o estágio de convivência ocorrido na constância da união. Devemos ressaltar que apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente fazer menção de que a idade mínima para se adotar é de vinte e um anos, esta idade foi reduzida com a vigência do novo Código Civil que reduziu a maioridade civil para dezoito anos de idade.

Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando, cabendo, sim, a tutela.

Pode-se deferir a adoção mesmo após o falecimento do adotante, desde que tenha o de cujus manifestado, de forma inequívoca, sua vontade de adotar.

Há necessidade do consentimento dos pais ou do responsável legal do adotando para a adoção, sendo dispensado nos casos em que sejam desconhecidos ou destituídos do poder familiar. Sendo o adotando maior de doze anos de idade, faz-se necessário seu consentimento.

A adoção é irrevogável, proibindo-se qualquer discriminação relativa à filiação.

Para a adoção internacional, deverá o casal estar habilitado, consoante as leis do seu país, apresentando estudo psicossocial e legislação estrangeira pertinente, vigente, traduzida por tradutor público juramentado no Brasil, além de possuir laudo de habilitação fornecido pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção, a qual manterá cadastro centralizado de estrangeiros interessados em adoção, sem nunca olvidar a preferência da adoção nacional.

Foi pelo Decreto Legislativo n. 63 de 19 de abril de 1995 que nosso país aprovou o texto da Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993.

Mister também ressaltarmos que a competência da Justiça da Infância e da Juventude para os processos de adoção se dá nos casos em que o adotando tenha no máximo dezoito anos de idade à data do pedido, salvo

se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Outra modalidade de adoção, que é comumente encontrada, é a adoção intuitu personae, ou seja, a adoção "pronta", quando o(s) adotantes buscam a Justiça com a pretensão de adotar determinada criança ou adolescente, que normalmente já lhe foi entregue pelos pais biológicos, encontrando-se, portanto, sob a guarda de fato do(s) requerente(s).

Destacamos três assuntos recentes que mantêm direta relação com o tema: o Projeto de lei nº 1.756/03, apresentado pelo Deputado Federal João Matos, que objetiva a criação da Lei Nacional da Adoção, a criação pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do Cadastro Nacional de Adoção e o Projeto de Lei nº 2447/08, do Deputado Eduardo Valverde do PT de Rondônia, que prevê o parto anônimo, ou seja a não identificação da mãe por ocasião do parto e o encaminhamento do bebê para adoção.

Relativamente ao Projeto de lei nº 1.756/03, temos que o mesmo se constitui em uma proposta de unificar as questões relacionadas à perda do poder familiar e à adoção, que hoje vêm disciplinadas tanto no Código Civil quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando-as em um diploma específico.

Apesar da boa intenção, podemos notar que mencionado projeto está eivado de imperfeições. Para evitarmos delongas, vez que não pretendemos discorrer exaustivamente sobre as sugeridas alterações legislativas, vamos nos ater aos termos de seu art. 1º, § 2º que prevê: "A adoção é um direito da criança e do adolescente, mas somente será concedida quando comprovada a impossibilidade de manutenção do adotando na família natural, pela inexistência de proteção afetiva e maternal...". Tal dispositivo contraria frontalmente a Constituição Federal, que garante o direito à convivência familiar, colocando em primeiro plano a adoção em detrimento da manutenção da criança em sua família de origem.

Vem, neste sentido, em direção diametralmente oposta ao Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária que tem por objetivo fazer valer o direito fundamental de crianças e adolescentes a crescerem e serem educados no seio de uma família e de uma comunidade, reconhecendo a convivência familiar como o ambiente mais favorável ao desenvolvimento da criança e do adolescente e rejeitando a idéia de uma família nuclear idealizada, composta de pai, mãe e filhos, aceitando a concepção moderna de família.

Não podemos deixar de mencionar, que a Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude - ABMP já se manifestou contrariamente ao projeto de adoção, discordando de inúmeros pontos por ele tratados.

O Cadastro Nacional de Adoção busca a maior agilidade da justiça na busca de pessoas aptas a adotar inscritas em cadastros locais, visando a adoção de crianças órfãs ou abandonadas, que por sua vez também estejam inscritas nos seus respectivos cadastros em razão de estarem aptas a serem adotadas. Um dos principais desafios do cadastro será solucionar ou ao menos minimizar os problemas da adoção tardia, ou seja, a adoção de crianças com mais de dois anos de idade, trazendo uma maior esperança para um número significativo de crianças sem um lar e de pessoas que desejam realizar-se enquanto pais e, principalmente, doar amor. Os interessados em adotar não precisarão mais fazer inscrições individualizadas em cada comarca onde gostariam de avançar no processo de adoção, pois a eles será possibilitado adotar uma criança ou adolescente de qualquer ponto do País através de consulta ao cadastro, que será feita exclusivamente pelos juizes da Infância e da Adolescência.

O projeto de parto anônimo, apesar de contar com o apoio e a seriedade do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, foi duramente criticado pela Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude - ABMP, principalmente por negar o direito assegurado na própria Constituição Federal à criança, que é seu direito a filiação. Não apenas a mãe, mas também o pai deve ser identificado, sendo necessário esclarecer à população que a entrega de uma criança à adoção é possível pela legislação atual, não sendo necessário o parto anônimo para que a mãe ou o pai possa(m) entregar o(a) filho(a) à adoção.

O Ministério Público intervém nos feitos atinentes à adoção, nos termos do art. 201, III, parte final, do ECA, como fiscal da lei, porém é importante frisar que não cabe ao representante do Ministério Público a propositura da ação.

De acordo com Liberati(1995, p.147), em seu livro Adoção Internacional, temos como requisitos específicos da adoção: "I - o Juiz ou Tribunal a que é dirigido; II - qualificação completa do requerente e de eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste; III - qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos; IV - indicação do cartório onde foi inscrito o nascimento, anexan-

do, se possível, uma cópia da respectiva certidão; V - o pedido de adoção da criança indicada com os fundamentos jurídicos; VI - o pedido de procedência da ação; VII - data e assinatura."

Apesar do Processo de adoção não possuir natureza contenciosa, vez que para a adoção se faz necessário que a criança esteja apta a ser adotada em razão da destituição do poder familiar, desconhecimento ou falecimento de seus pais ou concordância expressa dos mesmos perante o Magistrado e o representante do Ministério Público, temos nos deparado com inúmeros processos de adoção em que se pede citação do(s) requerido(s), inclusive citação editalícia em razão dos mesmos estarem em local incerto e não sabido. Nestes casos, mister se faz que se promova primeiramente a destituição do poder familiar, para posteriormente se ingressar com a ação de adoção. Assim não entendemos salutar a propositura simultânea dos dois feitos, vez que possuem procedimentos totalmente distintos.

Também podemos citar casos em que inicialmente temos a concordância dos pais biológicos com a colocação do(a) filho(a) em lar substituído na modalidade de adoção, porém antes da sentença ocorre a retratação, a desistência do consentimento, o qual como vimos é indispensável para o processo de Adoção. Para se evitar situações como essa, temos conhecimento de que em alguns Estados da Federação, com a concordância do Ministério Público, o Juiz HOMOLOGA referido consentimento, pretendendo se evitar com isso a manutenção do vínculo biológico até sentença final. Entretanto, considerando que somente com a sentença de adoção transitada em julgado, o rompimento dos laços biológicos estará firmado para se concretizar o novo vínculo filiar que se forma com a adoção, a parte interessada, mesmo tendo o Juiz "homologado" seu consentimento para com a adoção, teria, até sobredito momento, possibilidade de recorrer de tal decisão.

Destarte, nestes casos, somos favoráveis à suspensão do processo de adoção para que se resolva, em procedimento próprio, a questão do poder familiar.

Como podemos aferir, o tema adoção nos remete a inúmeros questionamentos de ordem jurídica, moral e social.

A atuação nesta área traz, aos diversos profissionais, a certeza de que nossa sociedade atual passa por uma mudança profunda de valores.

Encontramos mães entregando seus filhos, enquanto optam por se

prostituírem, mães e pais sofridos desejando um futuro melhor a seus filhos e, mesmo condoídos, decidem entregá-los à Justiça, mães e pais que simplesmente abandonam seus filhos, e mães e pais que maltratam seus filhos.

Encontramos pessoas ansiosas por se realizarem enquanto pais e mães em razão de infertilidade própria ou de seu cônjuge, pessoas que já criaram seus filhos e gostariam de auxiliar na criação de outras crianças, pessoas que se afeiçoam a crianças abandonadas e pessoas que compreendem o sentido do amor, do compartilhar.

Dispõe o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, in verbis:

"Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos."

Quando refletimos sobre este artigo, somos levados a crer que a real vantagem não é apenas do adotando, mas principalmente do(s) adotante(s), de todos os profissionais que atuam no processo e de toda a sociedade que passará a ter cidadãos mais cômicos de seus direitos, deveres e essencialmente felizes.

2. A importância do planejamento cicloviário em Palmas

Angelita Messias Ramos *1
Cezar Augusto Matos e Souza *2

RESUMO

Este artigo visa destacar a importância de um planejamento cicloviário que assegure à população da capital tocantinense o acesso a um transporte ecologicamente correto, integrado em suas diversas modalidades e que mitigue os efeitos negativos provenientes de um sistema de transporte coletivo inadequado, permitindo a implementação do conceito de acessibilidade universal, de modo a valorizar e garantir o direito à circulação para todos os cidadãos, gerando a melhoria da qualidade de vida na cidade de Palmas.

*1 - Analista Ministerial da 25ª Promotoria de Justiça de Palmas; Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva.

*2 - Engenheiro Civil do DNIT; Mestre em Transportes pela Universidade Federal de Uberlândia.

2.1. Introdução

A bicicleta possui grande importância para a população das regiões brasileiras que apresentam altos índices de pobreza. No atual contexto social do país, cada vez mais vem sendo utilizada como veículo individual de transporte, possuindo notável presença nas cidades de porte médio e nas periferias das grandes cidades.

Embora seja amplamente utilizada em diferentes municípios do país, observa-se que o poder público não dispensa a atenção adequada àqueles que se utilizam da bicicleta como meio de locomoção, entre outros motivos, devido ao fato dos técnicos de trânsito nem sempre perceberem os benefícios desta utilização. Destacam-se ainda, as grandes pressões provenientes de setores econômicos que consideram este meio de locomoção muito frágil, somadas aos problemas advindos da má educação de alguns ciclistas e motoristas, que desconhecem e desrespeitam as regras de trânsito às quais estão sujeitos.

Por ser uma alternativa economicamente viável e de fácil acesso a grande parcela da população, a utilização da bicicleta como meio de transporte apresenta vários benefícios que não estão restritos tão somente à melhoria do meio ambiente onde é utilizada, visto que, em relação às populações de baixa renda, a bicicleta, muitas vezes, surge como um bem de primeira necessidade, auxiliando no equilíbrio social, econômico e financeiro daqueles que dela se utilizam, sendo também utilizada como único meio de locomoção daqueles que lutam para alcançar um futuro mais digno, como estudantes, empregados domésticos, vendedores ambulantes e pequenos comerciantes.

É possível observar que a adequada utilização da bicicleta permite a racionalização do uso do espaço urbano, chegando, inclusive, a servir como alavanca de transformação para uma visível redução do trânsito de veículos automotores.

Seu uso ainda agrega visíveis benefícios para seus usuários, chegando até mesmo a influenciar aqueles que não gostam de pedalar, visto a grande liberdade de movimento concedida a seus usuários.

Para uma cidade como Palmas, localizada no Estado do Tocantins, última capital administrativa planejada do país, cujo projeto urbanístico originou grandes avenidas com extensas áreas planificadas, a utilização da bicicleta como meio de transporte surge como opção para um crescimento urbano aliado à preservação dos princípios ambientalistas, inspiradores do projeto original de criação da cidade, possibilitando um adequado gerenciamento do transporte urbano, atrelado a um crescimento ambientalmente sustentável.

Embasado nesse contexto e nas necessidades e benefícios que a implantação de um planejamento cicloviário adequado traria à cidade de Palmas – TO, o presente trabalho se justifica pela relevância da temática ambiental para a sociedade atual, notadamente para a sociedade tocantinense, que cada vez mais, anseia por alcançar um crescimento ambientalmente sustentável. Assim, possui como objetivos gerais destacar o contexto em que o Estado do Tocantins foi criado, bem como as expectativas geradas com a construção da nova capital sob os alicerces ambientais que permearam a Constituição da República, destacando, como objetivo específico, comprovar a importância do planejamento cicloviário para a cidade de Palmas.

2.2. O contexto tocantinense e sua Capital

O Estado do Tocantins, criado a partir da divisão do Estado de Goiás, com a promulgação da Constituição Federal do Brasil pelo Congresso Nacional no ano de 1988, apresenta todas as características de um espaço territorializado por agrupamentos humanos que se encontram voltados a uma exploração econômica da terra com características do modelo político patriarcal-coronealista.

Desde o século XVII, quando ainda compunha o Estado de Goiás, sua

região obteve diferentes levas ocupacionais. Inicialmente sendo ocupada exclusivamente por nações indígenas, passou a ser rota de levas de bandeirantes paulistas, que vieram em busca de riquezas minerais, chegando, finalmente, a servir para a instalação de grupos populacionais advindos da região nordeste, que chegaram ao Estado em busca de terras para pecuária e agricultura.

Verifica-se, assim, que sua economia regional baseou-se, desde o início, na pecuária extensiva e na prática de uma agricultura de subsistência, chegando, atualmente, à agricultura de exportação, principalmente, de arroz e soja.

Se de um lado o desenvolvimento chegou através de práticas agrícolas, por outro, o desenvolvimento urbano e econômico da região vem sendo processado muito lentamente, a partir da exploração das atividades desenvolvidas ao longo do curso principal do Rio Tocantins e, também, graças à construção da Rodovia Belém-Brasília, nos idos dos anos de 1960. Outro fator de influência no desenvolvimento de toda a região foi a política de interiorização do país, praticada durante o governo militar.

Palmas, a mais nova capital administrativa planejada do país, surgiu como símbolo de grandes projetos para o desenvolvimento do novo Estado da Federação, tendo seu gigantismo se configurado em sua própria construção, o que desencadeou um processo de grandes expectativas em torno do crescimento sustentável de todo o Estado.

Os anseios pela abertura de um pólo de desenvolvimento e de geração de mercados de trabalho, pela quebra do isolacionismo da região, pela criação de um pólo multimodal que venha a integrar o Tocantins ao mercado globalizado com plataformas de transporte e circulação de mercadorias por vias aérea, terrestre e fluvial, pela construção de ferrovias e hidrovias, além de hidrelétricas, se encontram inseridos dentro desse contexto de expectativas criado com a construção da nova capital.

Constata-se que o Estado, juntamente com sua capital, foram concebidos a partir de princípios ecológicos diretamente influenciados pela nova política ambiental nacional traçada pela Constituição Federal de 1988, que consagrou a preocupação ambiental aliada à melhoria da qualidade de vida da população.

Todavia, apesar de ser uma cidade planejada, Palmas não teve seu desenvolvimento da forma como fora planejado já em seu primeiro

Plano Diretor, elaborado muito antes de sua implantação, quando a cidade ainda se encontrava situada sobre o território do antigo Município de Taquaruçu do Porto, já que importantes projetos concretizados ao longo dos anos trouxeram grandes impactos em toda sua estrutura urbana, sendo possível destacar a formação do lago pela Usina Hidrelétrica Luiz Eduardo Magalhães, a construção da Ponte Fernando Henrique Cardoso sobre o lago, o eixo de ligação da cidade com a Rodovia Belém-Brasília, a duplicação da Rodovia TO-050 no limite norte do Plano Básico e o limite sul da área urbanizada em Taquaralto, a construção do Aeroporto Internacional de Palmas e o novo Terminal Rodoviário Interurbano, que, junto a tantos outros projetos, contribuíram para que as características iniciais do Plano Diretor da cidade viessem a ser desvirtuadas.

E é neste contexto que surge o debate sobre os níveis de desenvolvimento alcançados pela cidade mediante a efetiva implantação e manutenção de uma respeitabilidade ecológica inicialmente proposta por uma cidade que se intitula a Capital Ecológica do país. Apesar de exibir um traçado arquitetônico moderno e arrojado, Palmas ainda não possui um planejamento cicloviário que contemple, estimule, beneficie e atenda os usuários da bicicleta como meio de transporte. Ainda que apresente vias amplas e planejadas, propícias à utilização e propagação do ciclismo, a nova capital planejada não contemplou em seu Plano Diretor inicial, tampouco, no atual, um projeto cicloviário adequado à sua grandeza e ao bem estar de sua população.

Ressalte-se que grandes eixos de mobilidade urbana serviram como base para a criação, modernização e crescimento da Capital, todavia, ainda se faz necessário criar, às margens dessas vias de deslocamento, uma adequada forma de utilização de suas ruas e avenidas a fim de permitir que a bicicleta seja utilizada como meio de transporte, o que poderá ser obtido a partir da implantação de ciclovias ou ciclofaixas provenientes de um correto planejamento cicloviário adequado à cidade.

Destaque-se que essas ciclovias ou ciclofaixas já foram objeto de solicitações da comunidade, chegando, inclusive, a serem inseridas no atual Plano Diretor de Palmas. Entretanto, o planejamento cicloviário existente atualmente ainda se mostra tímido diante do potencial e das necessidades apresentadas pela cidade, visto que as estruturas já existentes em relação aos grandes eixos de mobilidade da cidade ainda não foram efetivamente utilizadas, fato esse que deve se fazer presente no cenário, discursos

e, principalmente, nas ações dos governantes locais, visto que a utilização de bicicletas como meio de transporte produz inúmeros benefícios a todos, notadamente, à própria cidade que se beneficiará de um trânsito menos congestionado, de uma atmosfera menos poluída, inclusive sonoramente, além de poder utilizar-se dessa estrutura cicloviária como forma de atrair turistas por meio da propagação de uma visão ambientalista da cidade para todo o país e, também, para outras partes do mundo.

2.3. Considerações sobre o planejamento cicloviário

Segundo o artigo 96, inciso I, alínea C e inciso II, alínea A da Lei Federal nº 9.503 de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, a bicicleta é um veículo regulamentado, classificado quanto à tração, como sendo de propulsão humana e quanto à espécie, como sendo para o transporte de passageiro. Sobre esse veículo, portanto, incidem também regras tais como a exigência de equipamentos obrigatórios e de determinado comportamento no trânsito, sendo que o capítulo II do mesmo Código, que trata sobre as normas gerais de circulação e conduta, em seu artigo 58 traz a seguinte determinação:

Art. 58. Nas vias urbanas e nas rurais de pista dupla, a circulação de bicicletas deverá ocorrer, quando não houver ciclovia, ciclofaixa, ou acostamento, ou quando não for possível a utilização destes, nos bordos da pista de rolamento, no mesmo sentido de circulação regulamentado para a via, com preferência sobre os veículos automotores.

Parágrafo único. A autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via poderá autorizar a circulação de bicicletas no sentido contrário ao fluxo dos veículos automotores, desde que adotado o trecho com ciclofaixa.

Todavia, apesar do número de ciclistas crescer a cada dia em grande parte do país e da existência de dispositivo legal que busca garantir a segurança dos usuários desse tipo de transporte, o que se observa na prática é que a implantação de facilidades voltadas ao bem estar de seus usuários somente vem sendo adotada de modo lento e gradual.

Um dos fatores que justificam essa ínfima preocupação ou total

ausência do Poder Público em relação à propagação de ciclovias está no direcionamento da política de transportes adotada pelo país nos últimos 50 (cinquenta) anos, completamente voltada para os modais de transportes ligados à indústria automobilística, fator esse que contou com o total apoio da população brasileira, valendo ressaltar ainda que não somente a bicicleta foi esquecida, como tampouco o Brasil não foi o único país a adotar tal postura.

Necessário destacar que a bicicleta é pensada como um elemento à parte em relação ao sistema de transporte, sendo que seria extremamente benéfico colocá-la de modo integrado aos outros modais de transporte a fim de que ocorresse um melhor funcionamento de todo o sistema, visto que, com sua utilização, poderiam ser adequadamente preenchidos espaços internos em bairros e também percursos de curta distância.

Todavia, permitir que o número de ciclistas cresça desordenadamente em avenidas e vias de grande fluxo de trânsito sem a criação de um planejamento cicloviário adequado seria piorar as condições de trafegabilidade, já que a bicicleta é bem mais lenta do que os outros veículos. Isso acabaria por transformá-la, assim como quem dela se utiliza, em obstáculo para a fluidez geral do trânsito, visto que o ciclista pensa o traçado urbano tal qual um motorista ou motociclista, trafegando pelas mesmas avenidas e vias de tráfego intenso, que se mostram totalmente inapropriadas para o tráfego de bicicletas, o que acaba por contribuir para o aumento no número de acidentes.

Alguns fatores indispensáveis à utilização adequada de bicicletas como meio de transporte criaram uma imensa demanda de necessidades básicas ao seu usuário, relativas à segurança com relação a roubo, facilidades de estacionamento, segurança no trânsito, qualidade da bicicleta, serviços de manutenção e venda de acessórios, fatores esses que criam uma cadeia de negócios diretos e indiretos e trazem inúmeros benefícios para diversos setores da economia local.

O próprio desconhecimento dos gestores municipais, estaduais e federais em relação ao assunto faz com que os órgãos públicos voltados ao transporte e segurança no trânsito se mostrem, de certo modo, despreparados para o convívio com os problemas advindos de um grande número de usuários desse tipo de veículo. Essa situação, cada vez mais, evidencia que técnicos e gestores do setor de transportes necessitam atentar e se atualizar, tanto em relação à utilização do veículo bicicleta, quanto em

relação ao usuário dele, o ciclista.

Destaca-se, ainda, o fato de que não existem números estatísticos consolidados em relação ao setor, tampouco existe a propagação de cursos de formação, congressos ou divulgação de experiências no assunto que demonstrem a obtenção de resultados positivos e confiáveis, fato esse que contribui para a pouca importância dada ao assunto.

Cabe ainda observar que a questão do desenvolvimento rápido e desordenado de algumas cidades brasileiras aliada à questão ambiental faz despertar em suas populações a busca por alternativas à individualização do transporte disponibilizado e ofertado pelos gestores públicos. Nesse contexto, a bicicleta poderia ser utilizada como um elemento surpresa, a ser trabalhado independentemente da posição e dos interesses dos gestores públicos locais.

Cumprindo ainda salientar que apesar dos benefícios advindos da utilização da bicicleta como modo de transporte, tanto os ciclistas, quanto outros membros do setor, não conseguem se fazer representar de modo efetivo, não conseguindo obter o respaldo necessário ao crescimento do setor. Assim, não havendo representatividade, não existe pressão, e, tampouco, vontade política, o que culmina por manter o ciclo de descrédito vivenciado pela bicicleta, que não é utilizada eficientemente como meio de transporte.

Vale destacar que o uso da bicicleta, em muitos momentos, vem ocorrendo de modo desordenado, chegando até mesmo a dar-se de modo perigoso. Destaca-se ainda a necessidade de impedir que se dê com as bicicletas o mesmo crescimento desordenado que se deu, nas grandes cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, em relação aos motoboys. Alguns países da Europa, com altos índices de desenvolvimento social, mostraram que, tratada com a devida seriedade, é possível sua utilização como fator de equilíbrio em relação ao sistema de transporte, posto que, através dela, espaços hoje existentes em relação ao transporte podem ser devidamente supridos, abrindo portas para que outras mobilidades não motorizadas sejam utilizadas, servindo ainda como grande fator de inclusão social, já que usuários de todos os níveis sociais podem se utilizar desse tipo de transporte.

Deve ser considerado também o fato de que a formação de um ciclista ajuda na educação para o trânsito, visto que este, de modo disciplinado e instruído, poderá dar origem a um motorista exemplar amanhã, sabedor de

suas obrigações e deveres para um trânsito seguro a todos que o compõem.

A criação de ciclovias surge, assim, como uma entre várias opções técnicas para a segurança no trânsito, apresentando bons resultados onde já foi implantada. Destaca-se ainda o fato de que é imprescindível considerar as obras viárias para o ciclista de modo integrado a todos os outros meios de transporte e locais de interesse para sua instalação porventura já existentes, visto que a segurança no trânsito para ciclistas deve fundamentar-se em um sistema cicloviário em que estejam devidamente consideradas as diversas opções possíveis e pertinentes às peculiaridades de cada local onde estas estejam sendo implementadas.

Necessário ainda considerar que a ciclovia, necessariamente, deve ser utilizada por ciclistas, senão seu gasto mostra-se inútil à necessidade de sua instalação. Cabe ainda considerar que o ciclista deve ter acesso à ciclovia pedalando por caminhos seguros, ainda que estes não sejam compreendidos em ciclovias, e, para tanto, não importa a opção escolhida entre trânsito compartilhado, ciclofaixas, ciclovias. Imprescindível é fornecer segurança ao ciclista.

É importantíssimo, ainda, que seja feito um trabalho de educação ao ciclista, visto que este é o principal responsável por sua segurança. Necessário, ainda, que sejam muito bem trabalhados e sinalizados os pontos de cruzamentos ou esquinas, visto que esses são pontos propensos ao acontecimento de acidentes.

A segurança do ciclista necessita ainda de um sistema de trânsito integrado à realidade do veículo bicicleta e também integrado à realidade de seu condutor, o ciclista, que deve estar adequadamente englobado aos condutores de outros veículos.

A ciclovia mostra-se como meio de evitar que o ciclista seja posto entre o meio-fio ou qualquer outro obstáculo pelo condutor de outros veículos, já que a determinação trazida pelo artigo 201 do Código de Trânsito Brasileiro, que estipula uma distância mínima de 1,5 m do ciclista em casos de ultrapassagem, nem sempre é respeitada da forma como deveria. Necessário também destacar o fato de que, mesmo com as ciclovias, ocorre a invasão destas por veículos motorizados, em especial, motocicletas e ciclomotores, chegando até mesmo a ocorrer sua utilização por parte de pedestres, em razão da falta de espaço apropriado para caminhadas e corridas a pé, tal qual ocorre nas grandes cidades, fato esse que tem sido gerador de conflitos e acidentes, razão pela qual deve ser

adequadamente pensado e minimizado.

Necessário ainda considerar o fato de que uma ciclovia exige a implantação de um sistema semafórico integrado às vias urbanas utilizadas pelos outros veículos, devido à existência dos cruzamentos, sendo que este sistema necessita que seja feita uma correção geral de tempos em todo o sistema semafórico já existente, além da real avaliação sobre seu custo de implantação para que o ciclista venha a ser, de fato, integrado ao tráfego, mas de modo a ficar longe das vias saturadas ou de trânsito rápido.

Um planejamento cicloviário adequado também pode conter uma Ciclo Rede, que, como o próprio nome diz, é uma rede de caminhos instituídos em uma determinada área, especialmente adequada a ciclistas, mas, também, que poderá ser utilizada por cadeirantes, não motorizados e pedestres, sendo o caminho por onde todos esses elementos poderão se deslocar com segurança e tranquilidade, de modo a ficarem afastados de vias de tráfego intenso e locais considerados perigosos.

Essa Ciclo Rede há de considerar as diferentes possibilidades de harmonização entre o uso da bicicleta e os outros modos de transporte, visando auxiliar as demais formas de deslocamentos não motorizadas, buscando a integração de todos junto ao sistema de transporte estabelecido, posto que atua como potencializadora dos deslocamentos internos nos bairros, viabilizando um fortalecimento junto à comunidade local, facilitando o acesso aos serviços disponíveis e aos locais de interesse, entre outras opções de equipamento urbano disponibilizadas a esta determinada comunidade.

2.4. Palmas e a importância de um planejamento cicloviário adequado às suas realidades

Com uma extensão territorial de 2.218 km², o Município de Palmas, capital do Estado do Tocantins, situa-se na mesorregião oriental do Estado, a uma altitude média de 330 metros acima do nível do mar, à margem direita do rio Tocantins, estando cercado pelas serras do Carmo e do Lajeado (Prefeitura Municipal de Palmas, 2006).

O nome Palmas é uma homenagem à Comarca de São João da Palma, que fora sede do primeiro movimento separatista da região, instalada no

ano de 1809, na barra do rio Palma com o rio Paranã. Outro fator que auxiliou na escolha do nome, foi o grande número de palmeiras, espécie nativa da região.

A jovem capital foi concebida num projeto de Walfredo Antunes e Luiz Fernando Cruvinel Teixeira, e, hoje, cresce a uma taxa de 5,72% ao ano, sendo que no ano de 1991, quando seu crescimento populacional apresentava uma taxa anual de 9,28%, contava com cerca de 24.334 habitantes e, nos dias atuais, possui cerca de 180.000 habitantes, segundo informações demográficas sobre a evolução quantitativa da população, obtidas a partir de informações socioeconômicas de Palmas fornecidas pela Prefeitura Municipal de Palmas, com base em estimativas do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Incentivando o respeito à sua própria história, contada por seu povo e por seus monumentos, a cidade soube conciliar adequadamente o concreto e a natureza, ainda que, a cada dia, se transforme em pólo de desenvolvimento da Região Norte. Possui uma arquitetura emoldurada entre o rio Tocantins e a Serra do Lajeado, paisagens contrastantes que lhe dão um toque singular, que somadas à sua população heterogênea, fazem com que a capital atraia cada vez mais o interesse de todo o país.

A cidade busca ser a Capital do Verde, através do crescimento ordenado de uma municipalidade que alia educação à cidadania, humanizando a saúde, oferecendo lazer juntamente com diversão, valorizando o trabalho, oportunizando o oferecimento de arte, cultura e ações esportivas, buscando difundir e propagar a consciência social e ecológica em seus habitantes, o que se reflete em suas ruas tranqüilas e praças arborizadas.

Para Luiz Fernando Cruvinel Teixeira "o grande potencial está na logística tanto econômica como turística, com abrangência nacional" (GORSKI, 2005), acrescentando ainda que

Palmas está no centro do país, na região da Amazônia Legal, a 1,5 mil quilômetros tanto de Manaus como de São Paulo, no eixo da expansão do agronegócio, que está amadurecendo para as questões ambientais. Portanto poderá ser também o centro de desenvolvimento de turismo regional, base de partida para o Jalapão, o Araguaia e outros destinos de pescarias e mergulhos. (GORSKI, 2005).

O Palácio Araguaia, localizado estrategicamente como um marco

referencial no centro da cidade, numa grande praça, define a partir dali os sentidos Norte-Sul e Leste-Oeste, de onde partem as grandes vias estruturais de circulação da cidade, com destaque para a Avenida Teotônio Segurado, que apresenta um amplo canteiro central e quatro pistas de tráfego em cada lado.

Assim, em relação à cidade de Palmas - TO, a questão do perfil irregular do traçado urbano, bem como a topografia da cidade, que muitas vezes são grandes entraves a um adequado planejamento cicloviário, são fatores que favorecem a sua criação para a cidade, visto que essa, pelo fato de ter sido planejada e, por sua topografia planificada, possui elementos facilitadores para que o planejamento seja mais facilmente implementado do que em outras cidades.

Corroborando com esse fato o Novo Plano Diretor Participativo de Palmas, que traz como objetivos e diretrizes das políticas setoriais a serem implementadas, notadamente em relação ao sistema viário, que constitui o suporte físico de circulação de transporte coletivo, mercadorias e veículos automotores, a seguinte disposição:

I. Eixo Principal da Avenida Teotônio Segurado;

II. Eixos Paralelos: principais eixos de deslocamento no sentido Norte-Sul, avenidas NSs (Norte-Sul) e Rodovia Estadual TO-050;

III. Eixos Transversais: principais eixos de deslocamento no sentido Leste-Oeste, Avenida JK, Perimetral Norte (Taquaralto) e avenidas LOs (Leste-Oeste);

IV. Malha Rodoviária Complementar: constituída pela estrada parque, vias de acesso do município e estradas vicinais. Ressalte-se que para o eixo principal da Avenida Teotônio Segurado está prevista a implantação da faixa exclusiva de transporte coletivo bem como a ciclovia.

Cumpra-se destacar que a simples construção de ciclovias, não serve como solucionador de todos os problemas relativos ao trânsito de bicicletas, visto que também se faz necessário agregar segurança no pedalar e observar que existem outras soluções técnicas, muitas vezes mais baratas e simples, tais como as ciclofaixas e as ciclorredes, que também devem ser consideradas.

Necessário também considerar que a implantação de ciclovias, ciclofaixas ou ciclorredes deverá vir aliada a políticas públicas de educação

para o trânsito, com a adequada utilização das penalidades impostas aos infratores, valendo destacar que grande parte dos ciclistas brasileiros, especificamente no caso de Palmas - TO, é constituída por gente simples, trabalhadores que muitas vezes se utilizam do transporte cicloviário visando economizar o vale transporte recebido no trabalho como modo de aumentar a renda familiar.

Muitos insistem em minimizar o potencial das bicicletas como solução para o problema do transporte nas cidades. Todavia, os exemplos promissores da utilização desse tipo de transporte em alguns centros urbanos de cidades européias, através da construção de ciclovias e ciclofaixas, demonstram que, através de um transporte cicloviário pensado e planejado de maneira eficaz, é possível a redução de congestionamentos aliada ao combate à emissão de gases poluentes advindos de veículos motorizados.

Com tudo isso, é possível destacar que, entre outros avanços e benefícios conquistados pelas bicicletas ao longo dos anos, destaca-se o fato de que essa, ao ser adequadamente utilizada como meio de transporte, possibilitaria à cidade de Palmas - TO aliar a questão da preservação ambiental à implementação de um trânsito menos violento, mais democrático, inclusivo e cidadão, mediante a prática de ações educativas e fiscalizatórias por parte da sociedade e dos órgãos responsáveis pela gestão do trânsito.

2.5. Considerações finais

Os benefícios que uma adequada utilização da bicicleta como meio de transporte trariam à cidade de Palmas não podem ser restringidos tão somente à melhoria de seu meio ambiente, visto que a população de baixa renda da cidade, principal usuária desse tipo de transporte, entre outros benefícios, poderia desfrutar da diminuição dos riscos inerentes à sua utilização.

Dessa forma, a criação de um adequado planejamento cicloviário para a cidade de Palmas, mostra-se como uma proposta eficaz para uma cidade que almeja atrelar seu crescimento ao desenvolvimento sustentável. Privilegiando um transporte ecologicamente correto, que além de meio de transporte urbano, serviria ainda como escoamento da população de

baixa renda, controlador do fluxo de veículos no trânsito e despoluidor do meio ambiente, seria possível almejar um eficaz controle da poluição do ar e, também, da poluição sonora.

Cumpra ainda destacar que um projeto adequado à cidade de Palmas, que venha a considerar e atender a suas necessidades efetivamente existentes, de modo associado às suas características e também às estruturas já existentes e disponibilizadas, poderia ser adaptado à realidade das outras cidades do Estado, podendo servir como fonte motivacional para a apropriação e propagação dos princípios ambientais que estiveram presentes à época de criação do Estado e que se fizeram perpetuar na criação e desenvolvimento, tanto da capital, quanto de todo o Estado do Tocantins.

2.6. Referências bibliográficas

BRASIL. **Lei Federal n. 9503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Publicada no Diário Oficial da União, de 23 de setembro de 1997. Retificada em 25 de setembro de 1997. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2008

GORSKI, Michel (2005) **Turista em sua cidade. Em cidade nova, todos são turistas**. Revista Host. Hospitalidade e Turismo Sustentável. Disponível em <<http://www.revistahost.com.br>>. Acesso em: 29 de março de 2008, 19:32h.

PALMAS (2006) **A história de Palmas**. Portal Web Prefeitura Municipal de Palmas. Disponível em <<http://www.palmas.to.gov.br>>. Acesso em 30 de abril de 2008, 19:45h.

PALMAS (2006) **Projeto de Lei Complementar nº 14**, de 07 de novembro de 2006. Prefeitura Municipal de Palmas. Gabinete do Prefeito. Disponível em <<http://www.palmas.to.gov.br/security/destaques/arq/132.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2007, 20:37h.

PALMAS (2007) **Informações Socioeconômicas de Palmas**. Prefeitura Municipal de Palmas. Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico, Palmas – TO.

3. A inaplicabilidade da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça diante da ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo

Clenan Renaut de Melo Pereira*

RESUMO

O presente texto tem por escopo a reflexão sobre a hipótese de inaplicabilidade da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça, confrontada com a necessidade de tutela e observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo, demonstrando que a sentença de pronúncia nem sempre afasta a ilegalidade do excesso de prazo da prisão cautelar.

*Procurador de Justiça, titular da 9ª Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins, Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências Humanas de Goiânia - GO.

3.1. Introdução

O aplicador do Direito deve apurar a razoabilidade da alegação de constrangimento ilegal do réu por excesso de prazo da instrução e afastar a aplicabilidade da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça, a fim de não ferir princípios constitucionais basilares do Estado democrático.

A metodologia utilizada é eminentemente bibliográfica, através do estudo e análise de dados estatísticos e pesquisas de jurisprudências dos Tribunais Superiores do Brasil, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

3.2. A Inaplicabilidade da Súmula 21 do STJ diante da inobservância de princípios constitucionais

3.2.1. A Supremacia dos Princípios e Preceitos Constitucionais e o Fundamento da Dignidade da Pessoa Humana

Os princípios constitucionais são anteriores a qualquer norma e a orientam. São alicerces de todo o sistema legal, apresentando-se como raiz da qual se ramifica os demais ramos do direito positivo. Revelam-se como células de harmonia do arcabouço jurídico estatal.

Os preceitos são tudo aquilo que emana da Carta Federal. São as prescrições *lato sensu* e *stricto sensu* do regime constitucional.

Desse modo, e considerando que a Lei Suprema ocupa o ápice da pirâmide de Kelsen, toda produção legislativa a ela deve rigorosa observância.

Por essa razão justifica-se a necessidade de um mecanismo de freios e contrapesos (check and balances), denominado "controle de constitucionalidade", a fim de se aferir a compatibilidade horizontal e vertical das normas infraconstitucionais com as normas constitucionais.

Assim, a Constituinte de 1988 delegou ao Judiciário o poder de refutar do ordenamento toda afronta aos preceitos e normas da Carta Maior. Ao Legislativo restou a tarefa de extirpá-la, conforme o art. 52, X, da Lex Legum.

Portanto, incontestável que os preceitos constitucionais são de obrigatoria observância pelo "mundo dos Direitos". O Direito Processual, in casu o processual penal que abarca o tema ora proposto, é um deles.

Sabe-se que não é novel a idéia de se que deve avaliar o processo à luz dos preceitos da Constituição Federal.

Os mestres Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2004, p.51) lecionam classicamente que "[...] é, sobretudo, nos princípios constitucionais que se embasam todas as disciplinas processuais, encontrando na Lei Maior a plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo".

Eis a "Tutela Constitucional do Processo" que não admite que um procedimento investigatório seja mantido sem a adequação estrita aos princípios e preceitos constitucionais.

Avaliando exclusivamente o preceito da dignidade da pessoa humana, certo é que se constitui como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). E se é fundamento, é base de sustentação do Estado.

Embora inexista definição unívoca na doutrina e jurisprudência pátrias do que seja "dignidade da pessoa humana", pode-se extrair que ela se refere às condições básicas de vida do homem, às garantias de seu direito de liberdade e igualdade, ao exercício dos direitos políticos, ao respeito à integridade física, moral, intelectual, espiritual, entre outros, o que a eleva à categoria de princípio uma vez que se apresenta como norma de orientação para todo o sistema jurídico.

Tal princípio é o vetor da garantia aos direitos fundamentais previstos na Carta Maior. Por isso, cogente sua obediência, mesmo porque estatuído

na Declaração de Direitos Humanos (1948) e na Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.

Pesa também que, na atualidade, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a partir da EC nº 45/04, quando aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus respectivos membros, recebem status de emendas constitucionais.

Afastando-se os debates acirrados sobre o valor supra legal (mais que a lei ordinária e menos que a Lei Maior) ou constitucional atribuído aos tratados recepcionados de forma qualificada, o que importa compreender é que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado em qualquer circunstância, sob pena de desestabilizar o Estado democrático.

Nesse diapasão, nenhum homem pode permanecer preso além do tempo razoável sem que o poder público tenha lhe garantido o devido julgamento de sua conduta supostamente ilícita. Trata-se de ato atentatório não só à dignidade da pessoa humana, mas também à plausível duração do processo que se tornou princípio expresso na Carta Magna após a Emenda nº. 45/04 (inciso LXXVIII do art. 5º da CF).

3.2.2. O Excesso da Prisão Provisória e a Superveniência da Sentença de Pronúncia

Dados estatísticos disponibilizados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) do Ministério da Justiça demonstram o aumento considerável da população carcerária no Brasil. Cediço que não se trata de informação inédita e que seus fatos geradores são imputados à acentuada criminalidade diante do desenvolvimento social, à debilidade da segurança pública, às falhas dos órgãos de execução penal e à deficiência do sistema penitenciário. Cuida-se, então, de atos desordenados e efeitos descontrolados, refletidos em diversos matizes.

O processo penal brasileiro, erigido sob os ditames da Carta da República de 1988, permite, em caráter excepcional, a prisão provisória do investigado ou acusado em processo crime. Aqui, considerando especificadamente o crescimento do número de presos provisórios no país, desponta a indagação sobre a observância de alguns princípios constitucionais que devem

nortear o andamento da instrução criminal, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana e da sensata duração do processo.

Em dezembro de 2007, havia no Brasil 127.562 presos provisórios, equivalendo a 34,81% de todos os encarcerados. No Estado do Tocantins, 591. O mesmo que 37,66% de seus segregados¹. É um relevante percentual que se multiplica a cada dia, tornando imperativa a avaliação jurídica das condições que determinam a perpetuação da prisão cautelar, a fim de se verificar a configuração ou não do excesso de prazo da *persecutio criminis*.

Apartando-se os prazos fixados em leis específicas, sabe-se que por construção jurisprudencial o processo comum criminal deve durar, em regra, 81 (oitenta e um) dias. Não se trata de prazo absoluto - pode subordinar-se a um princípio conforme o caso concreto - mas se trata de média geral. E assim, não se tolera a extrapolação do lapso temporal indicado sem que haja fundamentação suficiente para a manutenção da custódia provisória.

A análise da incidência de tal excesso não costuma ser tarefa das mais árduas, onde o juiz, verificando a coerência da alegação, até mesmo de ofício, pode determinar a soltura do investigado, fazendo-lhe cessar o constrangimento ilegal.

Por outra plana, o verbete da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça oportuniza sérios equívocos nesse tipo de avaliação. Diz ele: "Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução"².

Pergunta-se: nos processos da competência do tribunal do júri, a ilegalidade da prisão decorrente do excesso de prazo é de fato superada pela sentença de pronúncia? Há ilegalidade superada?

Em nome do Estado democrático de direito, sabe-se que não. Por isso, exigível o zelo ao se invocar a súmula indicada.

Dentre diversas situações trazidas diariamente à baila do Poder Judiciário, não é incomum se encontrar aquela em o réu esteja mantido no cárcere há mais de três ou quatro anos, ou além, sem que a defesa tenha dado causa à delonga do processo e sem que o Estado lhe tenha ofertado o devido julgamento.

1. www.mj.gov.br

2. www.stj.gov.br

Tal tempo de segregação cautelar por si só configura constrangimento ilegal, posto que traduz cumprimento antecipado da pena, motivo que enseja reflexões sobre a aplicabilidade da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça.

Observa-se na hipótese que a manutenção do decreto prisional do réu ao logo de tantos anos, sem definição de sua culpabilidade, é incontestemente afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo, pois não há motivo plausível que alicerce o Estado a retardar seu veredicto sobre o fato punível, seja o acusado de bons ou maus antecedentes, primário ou não, perigoso ou não.

"Nada justifica a permanência de uma pessoa na prisão por quatro anos e meio sem que seja julgada pelo crime do qual é acusada, mesmo que se trate de crime hediondo", disse o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao relatar o Habeas Corpus nº. 85.237-8, Distrito Federal, em 13 de maio de 2005.

Assim, é imperioso o relaxamento da prisão em excesso que tem como causa a prestação jurisdicional retardada.

Por tudo isso é que ao se falar em excesso de prazo da prisão provisória, faz-se necessário averiguar o cumprimento do postulado da razoabilidade, ditado implicitamente na "Lei das Leis" e na Convenção Americana de Direitos Humanos, permitindo-se concluir que a aplicação da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça deve ser mitigada quando o caso requer.

A Corte Máxima do País trata da matéria com maestria:

E M E N T A: PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - "HABEAS CORPUS" CONHECIDO EM PARTE E, NESTA PARTE, DEFERIDO. O EXCESSO DE PRAZO, MESMO TRATANDO-SE DE DELITO HEDIONDO (OU A ESTE EQUIPARADO), NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O

IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei [...]."

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA HÁ MAIS DE TRÊS ANOS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. O prazo para a conclusão da instrução probatória não pode ser a mera soma aritmética dos prazos de cada ato processual. De outra sorte, é inadmissível que a prisão provisória - como o próprio nome diz - perdure sem nenhuma limitação. A duração da custódia cautelar deve ser a mais breve possível, mas sempre vista sob o prisma da razoabilidade. Precedentes. A jurisprudência desta Corte tem entendido que, mesmo com a conclusão da instrução criminal e a subsequente prolação da sentença de pronúncia - quando não atribuída à defesa a prática de atos procrastinatórios - há que se verificar se o tempo de prisão cautelar não configura manifesta antecipação do cumprimento de pena ainda não imposta por um julgamento ajustado às normas processuais penais e às garantias constitucionais. No caso presente, embora presentes os requisitos legais autorizadores da prisão preventiva, reconhecidos no julgamento do HC 84.498,

impetrado em favor da paciente, o prazo da prisão preventiva configura-se excessivo. Habeas corpus deferido, para que a paciente guarde em liberdade o encerramento da ação penal, se por outro motivo não estiver presa³.

Dos julgados colacionados vê-se que o Supremo Tribunal Federal deixa claro que a prisão de pronúncia não elide a ilegalidade da prisão processual mantida irregularmente. Ela não tem o condão de afastar o constrangimento ilegal gerado pelo excesso de prazo da prisão provisória em processos em que a defesa não provocou o retardamento do feito.

Dessa forma, inaplicável a Súmula pré-citada, mesmo porque a Emenda Constitucional nº 45/04 elegeu à categoria de princípio fundamental a razoável duração do processo.

O ilustre Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, professor Lênio Streck, pós-doutor em Direito Constitucional, ao exarar parecer no Habeas Corpus nº 70.021.265.228, dissertou sobre o tema, dizendo que a pronúncia, realizada nos moldes do artigo 408 do Código de Processo Penal, não justifica a manutenção do longo lapso de segregação processual. Configura-se o excesso de prazo, fugindo à ratio da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça, a qual não pode ser aplicada aprioristicamente e sem qualquer fundamentação ou contextualização no caso concreto⁴.

E a Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, ao relatar o HC 92679, acolhido seu voto à unanimidade, expôs:

"A demora para o encerramento da instrução criminal, sem justificativa plausível ou sem que se possam atribuir ao Réu as razões para o retardamento daquele fim, ofende princípios constitucionais, sendo de se enfatizar o da dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo (art. 5º, incisos III e LXXVIII, da Constituição da República. A forma de punição a ser definida para quem quer seja haverá de ser aquela definida legalmente, sendo a

3. STF, HC 87275 / BA - BAHIA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ: 19.09.2006.

4. Habeas Corpus nº 70.021.265.228, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, parecer do representante do Ministério Público.

mora judicial, enquanto preso o réu ainda não condenado, uma forma de punição sem respeito ao princípio do devido processo penal".

Portanto, sopesando os argumentos expostos, e buscando a preservação do equilíbrio do Estado democrático de direito, impende a inaplicabilidade do verbete sumular, que exige reformulação, sob pena de ofender fundamento basilar da República Federativa.

3.3. Conclusão

Considerando que os princípios e preceitos constitucionais detêm supremacia às demais normas infraconstitucionais, e considerando que são de aplicabilidade imediata, torna-se imperativo afastar a aplicabilidade da Súmula 21 do Superior Tribunal de Justiça, diante da inaceitável manutenção da prisão cautelar em excesso, cuja mora não tenha sido provocada pela defesa do réu.

Somente assim o Estado garantirá uma prestação jurisdicional justa que fará cessar o constrangimento ilegal aos segregados provisórios que superlotam os estabelecimentos carcerários brasileiros. Este é um dos caminhos pelo qual se superam ilegalidades e mantém-se o equilíbrio do ordenamento jurídico.

Passados quase vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado democrático de direito é constantemente fragilizado com a afronta às suas bases constitucionalistas, razão pela qual o Poder Judiciário possui a nobre missão de resgatar e manter a ordem muitas vezes corrompida.

No exercício desse mister, restará então efetivamente tutelado um dos principais fundamentos da República Federativa, a dignidade da pessoa humana, base de sustentação de todos os demais direitos consagrados na Lei Magna, também inserto na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Aos demais operadores das ciências jurídicas cumpre a busca incessante pela garantia desses direitos.

Ao Ministério Público, cumpre fiscalizar a concretização da norma ideal no plano da realidade.

3.4. Referências bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. rev., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 6.ed. rev., ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 1999.
- LENZA, PEDRO. Direito constitucional esquematizado. 11.ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Método, 2007.
- MIRABETE, Júlio Fabrini, Processo penal. São Paulo: Atlas, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza, Código de processo penal comentado, São Paulo, RT, 2002.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Angel. Teoria geral do processo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. Arquivos de Direitos Humanos. Rio de Janeiro, v. 6, 2006.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, São Paulo: Saraiva, 2002.

4. Estatuto do Idoso: do direito à vida

José Kasuo Otsuka*

RESUMO

Os direitos humanos têm merecido proteção em inúmeros marcos históricos da humanidade; as constituições brasileiras primaram na garantia dos direitos humanos e dentre esses se destaca o bem mais precioso do homem: vida; no processo biológico de envelhecimento cabe à sociedade e ao Poder Público observar a dignidade do idoso, evitando-se que seus direitos sociais sejam violados.

* 26º Promotor de Justiça de Palmas -TO, Mestrando em Gerontologia Social pela PUC-SP.

4.1. Introdução

Não é intenção definir o que conhecemos por vida, o que deve ser fornecida pela Ciência Médica e pelos arautos da língua portuguesa, mas, a vista de ser objeto de direito fundamental, encontrando-se estampado no art. 5º, "caput", da Constituição Federal, e também nos arts. 8º e 9º da Lei 10.741, de 1º.10.2003, se tecerá consideração quanto a esse tema.

A questão vida se infere intrinsecamente nos direitos humanos e as nações desde há muitos séculos vêm discutindo-a. Mais recentemente, mormente após os conflitos bélicos mundiais que assolaram a primeira metade do século XX, as organizações internacionais (ONU, OEA), que se originaram da reunião de países, estão seriamente preocupadas com a preservação e proteção dos direitos da humanidade.

O mais elementar direito humano é o direito que cada indivíduo tem de viver, de estudar, residir, trabalhar e conviver com outras pessoas, no lugar em que se encontra. Os direitos humanos são os direitos da pessoa de conviver, conforme sua natureza, com outras pessoas¹.

1. - Cf. Thomas Fleiner, 'O que são direitos humanos', Max Limonad, SP, p. 20.

4.2. Idéia Geral da Evolução dos Direitos Humanos

4.2.1. Magna Carta, 1215, Inglaterra

A idéia de que todos são iguais perante a lei é o âmago dos direitos humanos; assim não há qualquer pessoa ou ente que possa estar acima da lei, pois se isso ocorresse haveria a desigualdade e, fatalmente violação de direitos humanos.

O primeiro documento histórico atinente a assegurar os direitos humanos, data de 1215, quando o rei João da Inglaterra, denominado também por João Sem Terra, assinou a MAGNA CARTA, na época em que a sociedade era composta de três classes, a nobreza, o clero e o povo, na qual ao contrário dos nobres e do clero que possuíam privilégios transmissíveis, hereditariamente, o povo gozava somente da liberdade, status libertatis, diferenciando dos servos.

O marco que caracteriza a MAGNA CARTA é que traz, implicitamente, pela primeira vez na história política medieval, que o rei se achava naturalmente vinculada pelas próprias leis que edita. Quinhentos anos antes, Santo Isidoro (560-636), bispo de Sevilha, pregava que o príncipe devia submeter-se às leis que ele próprio promulgara, pois "só quando também ele respeita as leis, pode-se esperar que elas sejam obedecidas por todos" (Sententiae III, 51.4)².

Essa vinculação do monarca às leis traz como consequência a limitação de seus poderes, e não apenas pelas normas superiores, fundadas na religião ou no costume, mas também por direitos subjetivos dos governados.

4.2.2. Declaração de Direitos (Bill of Rights), 1689, Inglaterra

Com a promulgação da Declaração de Direitos findou-se o regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido, sendo que a partir de 1689, a competência de legislar e de criar tributos passa

2 . Fábio Konder Comparato, 'A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos', 3ª Edição revista e ampliada, 2003, Ed. Saraiva, SP, p.77.

a ser exclusivamente do Parlamento, órgão encarregado de defender os súditos perante o rei, cujo funcionamento não pode estar ao arbítrio deste; institucionalizou-se a separação dos poderes como garantia das liberdades civis.

Outro legado foi expressar a garantia de direitos fundamentais do cidadão, inclusive, expressos até hoje nas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas cruéis.

4.2.3. A Independência dos Estados Unidos, 1776

A par das lutas políticas e econômicas que levaram as treze colônias britânicas da América do Norte, à declaração de, a constituição dos Estados Unidos da América do Norte reconhece a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.

A Confederação dos Estados Unidos da América do Norte nasce sob a invocação da liberdade, sobretudo da liberdade de opinião e religião, e da igualdade de todos perante a lei e na afirmação e respeito à soberania popular; com isso, no reconhecimento de direitos inalienáveis de todos os homens, "entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade".

4.2.4. A Revolução Francesa, 1789: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

A Revolução Francesa decorreu, principalmente, das humilhações, das desigualdades a que se encontravam submetidos os indivíduos e grupos sociais.

Da análise de seu lema: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, pode ser concluído que a liberdade, para os homens de 1789, resumia à supressão de todas as diferenças sociais devido aos estamentos ou corporações de ofícios. A igualdade foi o grande esteio e mola propulsora do movimento revolucionário. E a fraternidade significava a extinção de todos os privilégios.

3. Ob. Citada, p. 132/133.

Na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas, de um só golpe, todas as servidões feudais, que vigoravam há séculos, como também se proclamou, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Esse movimento igualitário só não conseguiu, afinal, derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos³.

Ainda vivo e latente, encontramos o lema da revolução francesa, ao depararmos com o artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, "Todos os seres humanos são livres e nascidos com igualdade de dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem relacionar-se com os outros em espírito de fraternidade."

4.2.5. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, ONU

A Declaração Universal dos Direitos Humanos redigida e aprovada, ainda sob o impacto da 2ª Grande Guerra Mundial, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens. E a transformação desses ideais em direitos efetivos será fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos⁴.

Dos direitos assegurados e proclamados na Declaração, no momento, nos interessa o artigo II que prega a igualdade e abomina qualquer tipo de distinção entre os homens quanto à capacidade de gozo de direitos e liberdades, uma vez que declara essa capacidade à pessoa idosa, a qual

4. 'A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.' (Introdução da Declaração Universal dos Direitos Humanos).

5. Artigo II. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III. Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo XXVIII. Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional, em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

não deverá suportar qualquer discriminação em face da idade.

E o artigo III, por estabelecer que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, afirma um princípio da igualdade essencial ao ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si.

Por fim, quase no limiar da Declaração, estabelece-se uma ordem internacional como garantia ao homem para a realização dos direitos e liberdades nela estabelecidos⁵.

4.3. Os Direitos Humanos nas Constituições do Brasil

No Brasil, desde a sua primeira constituição, sempre se consignou a defesa e garantia dos direitos humanos, quer políticos, quer sociais. Assim a Constituição de 25 de março de 1824, proclamada no Brasil Império, trazia em seu Título VIII - Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, o princípio da igualdade dos homens, assim redigido no artigo 179, 13, "a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um". E, em consonância a Declaração de Direitos (Bill of Rights), 1689, Inglaterra, aboliu as penas cruéis⁶, declarando com isso respeito aos direitos humanos.

Essa constituição foi movida, talvez, pela consciência de respeito aos direitos humanos (igualdade), pregados, principalmente, pela Revolução Francesa (1789) e também pela Independência dos Estados Unidos da América do Norte (1776).

O princípio da igualdade dos homens perante a lei encontra-se consagrado, sem exceção, em todas as constituições brasileiras posteriores a de 1824; assim a de 1891, primeira constituição republicana, consignou no §2º, do art. 72, 'que todos são iguais perante a lei.' Manteve, ainda, a disposição de banimento da pena de morte, excetuando disposições da legislação militar em tempo de guerra (art. 72, §21).

6. 'Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis' (art. 179, 19,)

A Constituição de 16 de julho de 1934 garantia em seu art. 113, '1', que "Todos são iguais perante a Lei", e, continuando, explicitou que 'não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.', reforçando a igualdade entre os homens.

Nesta Constituição de 1934 inseriu-se o princípio basilar de democracia, ou seja, 'Todos os poderes emanam do povo, e em nome dele são exercidos' (art. 2º), que foi repetido nas Constituições: 1937 (art. 1º); 1946 (art. 1º); 1967 (art. 1º, §1º); Emenda Constitucional de 1969 (art. 1º, §1º), e, finalmente, 1988 (art. 1º, Parágrafo Único).

O princípio de igualdade dos homens é encontrado nas Constituições: 1937 (art. 122, 1º); 1946 (art. 141, §1º); 1967 (art. 150, §1º), na qual acrescenta que haverá lei para punir o preconceito de raça; Emenda Constitucional de 1969 (art. 153, §1º), e, 1988 (art. 5º, 'caput').

Na questão do direito social as constituições brasileiras, invariavelmente, asseguravam os direitos da família, da infância e adolescência: 1946 (art. 164); 1967 (art.167, §4º); Emenda Constitucional de 1969 (art. 175, §4º); 1934 trata somente de questões referente à família.

4.3.1. A Proteção Constitucional da Pessoa Idosa

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 inova ao assegurar a efetiva e integral proteção, por parte do Estado, da sociedade e da família, à pessoa idosa⁷, constituindo um avanço na área dos direitos dos idosos.

Proteção do idoso e dever do Estado: TRF - "É dever do Estado preservar e amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida" (TRF - 5ª Região - 2ª T. - Agr. nº

7. 'A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.' (art. 230, 'caput', CF).

8. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª Edição Revista, 2ª tiragem, 1993, Ed. Malheiros, p 180.

92.05.02178/SE - Rel. Juiz Petrucio Ferreira, Seção II, Diário da Justiça, 21 maio 1993, p. 19.307).

Críticas foram lançadas pelo fato de ser considerado óbvio o direito à vida, como se até então aos velhos brasileiros nada restasse, senão morrer.

E, vida não poderá ser considerada somente sob o ponto de vista biológico. De José Afonso da Silva, encontramos que vida é um processo vital que se instaura com a concepção, transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria à vida⁸.

Direito à vida consiste no direito de estar vivo, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido a existência senão pela morte espontânea, natural e inevitável. Por isso que toda e qualquer interrupção violenta da vida recebe do Estado (sociedade) uma punição (art. 121 e seguintes do Código Penal⁹).

A lesão ao direito à vida não pode ser compreendida somente com a interrupção do processo vital, uma vez que toda agressão ao corpo humano é uma forma de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. E, diante disso a legislação penal pune as lesões corporais (art. 129 e seguintes do Código Penal¹⁰).

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores materiais, como os morais. A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental. Por isso é que o Direito Penal tutela a honra contra a calúnia, a difamação e a injúria¹¹.

9. Art. 121. Matar alguém. Pena: reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. (Código Penal)

10. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. Pena: detenção, de 3 (três) a 1 (um) ano. (Código Penal)

11. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª Edição revista, 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, p 184.

Portanto, todo ato que de alguma forma possa causar danos à integridade física ou à moral da pessoa idosa, e não somente aquele que ocasionar a interrupção violenta e abrupta da vida, maculará o direito à vida assegurado tanto constitucionalmente (art. 230), quanto pela novel legislação do Estatuto do Idoso (art. 9º).

Como, também, é obrigação do Estado assegurar a saúde, a educação, a cultura, o esporte, o lazer, a previdência e a assistência social da pessoa idosa, tendo em vista que esses direitos encontram-se intimamente ligados à vida humana.

4.4. Conclusão

A proteção que os constituintes asseguraram, em especial quanto à pessoa idosa, no artigo 230 da Constituição Federal, e, posteriormente, com a edição da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso¹²), é o justo amparo àqueles que contribuíram com a sua força física, mental e espiritual na construção de um mundo melhor, e hoje deparam com sérias adversidades na sociedade e na própria família, principalmente de convívio. Mas, louvável a preocupação demonstrada pelo Estado brasileiro com essa parcela da população, quando seus legisladores elaboram e aprovam normas com o intuito de amparo às pessoas idosas.

12. Artigos 8º e 9º.

13. 'Infelizmente ainda estamos longe do estágio de bem-estar atingido pelos idosos que vivem em países denominados do primeiro mundo, onde existe uma efetiva proteção à vida, à dignidade das pessoas idosas.' - Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Constitucional, 18ª Edição, ampliada e atualizada, 1997, São Paulo, Saraiva, p.492.

14. Artigo 17 - Das Pessoas Idosas. Toda pessoa tem direito à proteção especial na velhice. Nesse sentido, os Estados Partes comprometem-se a adotar de maneira progressiva as medidas necessárias a fim de pôr em prática este direito e, especialmente, a:

- a) Proporcionar instalações adequadas, bem como alimentação e assistência médica especializada, às pessoas de idade avançada que careçam delas e não estejam em condições de provê-las por seus próprios meios;
- b) Executar programas trabalhistas específicos destinados a dar a pessoas idosas a possibilidade de realizar atividade produtiva adequada às suas capacidades, respeitando sua vocação ou desejos;
- c) Promover a formação de organizações sociais destinadas a melhorar a qualidade de vida das pessoas idosas.

Protocolo de San Salvador - Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (17 de novembro de 1998).

Deve-se ressaltar que o Brasil ainda não oferece o nível de bem-estar que os idosos tanto merecem, e encontrado em países do primeiro mundo, onde existe uma efetiva proteção à vida, à dignidade das pessoas idosas¹³. Sendo crescente, em todo o mundo, a preocupação com o bem-estar da pessoa idosa, tendo as organizações políticas internacionais se manifestado, documentalmente, quanto à proteção do idoso¹⁴.

Portanto, o amparo e a proteção do direito à vida, e nesta se inclui a saúde, o lazer, a educação, a cultura, o esporte, a assistência social, a previdência, enfim, a realização do bem-estar da pessoa idosa, merece, também, do Estado brasileiro a atenção necessária, aliás, o que vem sendo realizada, mas de forma acanhada.

4.5. Referências bibliográficas

ACQUAVIA, Marcus Cláudio. Vademecum da Legislação Pátria 2003, 4ª Edição atualizada, São Paulo, SP: Jurídica Brasileira, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 18ª Edição, ampliada e atualizada, São Paulo, SP, Saraiva, 1997.

BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos Direitos Humanos, São Leopoldo, RS, Unisinos, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 3ª Edição, revista e ampliada, São Paulo, SP, Saraiva, 2003.

Constituições do Brasil. 6ª Edição revista e atualizada, Vol I, São Paulo, SP, Saraiva, 1971.

Constituições do Brasil. 6ª Edição revista e atualizada, Vol II, São Paulo, SP, Saraiva, 1971.

FLEINER, Thomas. O Que São Direitos Humanos?, São Paulo, SP, Max Limonad, 2003.

GUIMARÃES, Renato Maia. Envelhecimento Populacional: as demandas de uma nova situação. in A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos

Direitos Humanos no Direito Brasileiro. 2ª edição, Trindade, Antônio Augusto Cançado. San José, CR, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Governo da Suécia (ASDI), 1996.

MELLO, Cleyson de Moraes. FRAGA, Thelma Araújo Esteves (org.). Direitos Humanos - Coletânea de Legislação. Rio de Janeiro, RJ, Freitas Bastos Editora, s/d.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, São Paulo, SP, Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª Edição revista, 2ª tiragem, São Paulo, SP, Malheiros, 1993.

Legislação:

BRASIL. Constituição Federal 1988. Brasília. DF: Senado Federal, 2004.

BRASIL. Estatuto do Idoso. Senado Federal/Câmara dos Deputados. Brasília. DF, 2003.

5. Questões de Admissibilidade da Demanda Coletiva

Miguel Batista de Siqueira Filho*

RESUMO

O presente ensaio versa sobre o tema das questões que admitem pronunciamento judicial em demanda coletiva.

*Promotor de Justiça do Estado do Tocantins, Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

5.1. Introdução

O reconhecimento constitucional da existência de direitos fundamentais não significa a sua efetivação. Os direitos fundamentais podem ser declarados legítimos e particularizados pela constituição e demais estatutos, mesmo que inexista um remédio jurídico a garanti-los. Owen Fiss (2004, p. 97), ao destacar a interdependência entre direitos e medidas judiciais como fases de um único processo social, revela que, enquanto os "direitos operam no domínio da abstração", as medidas produzem efeitos "no mundo da realidade prática". Os direitos fundamentais são padrões de crítica e avaliação das práxis sociais, enquanto as medidas judiciais, por seu lado, são esforços das cortes no escopo de dar um significado concreto a determinados padrões e valores de justiça a eles subjacentes. As medidas judiciais constituem a forma de realização dos direitos fundamentais. Contudo, antes que se possa pronunciar sobre o mérito da medida judicial pleiteada em juízo, é imprescindível que o magistrado, considerando-se competente para julgar a causa e verificando a regularidade do processo, faça um juízo de admissibilidade da ação interposta (SANTOS, 1985, P. 171). Há, entre outras, uma questão de admissibilidade extremamente importante - o problema das questões que admitem pronunciamento judicial em demanda coletiva. De fato, as medidas judiciais compartilham, entre si, este tipo de problema de admissibilidade, o qual pode ser dividido em três questões: a) de uma forma geral, que questão pode ser levada à corte ou juízo singular para pronunciamento? b) de modo específico, que questão pode ser levada à corte ou juízo singular para pronunciamento em demanda coletiva? e c) por fim, quando

uma questão pode ser considerada prematura para ser levada a uma corte ou juízo singular em forma de demanda coletiva? Com efeito, a temática suscitada está presente neste ensaio. O intento é alcançado pelo estudo, em ordem lógico-jurídica, ponto a ponto, de cada uma das questões de admissibilidade apresentadas. O presente artigo, por sua própria limitação literária, não tem a pretensão de dissertar sobre a doutrina dos diversos autores ou sobre os precedentes dos tribunais, cujas citações têm função de mero argumento *ab auctoritate*, mas, tão somente, firmar as singelas considerações pessoais do autor sobre o tema.

5.2. Questões que podem ser objeto de pronunciamento judicial

A possibilidade jurídica do pedido de uma medida judicial pressupõe a existência de um caso suscetível de decisão judicial, ou seja, de pronunciamento judicial, face à pretensão formulada pelo autor (LIEBMAN, 2001, p. 106), o que implica na indagação sobre qual assunto pode ser levado a juízo ou, mais precisamente, o que pode ser objeto de uma demanda (VALLEFÍN, 2006, p. 58). A preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais de interesse social (direitos sociais, em sentido estrito, econômicos e culturais), diretamente afetos à tutela coletiva, tem esbarrado no problema da auto-restrição judicial, concernente à injusticiabilidade de certas questões emanadas dos Poderes Legislativos e Executivos.

O desenvolvimento da teoria dos princípios propiciou a superação de dois aspectos marcantes da doutrina clássica da injusticiabilidade: a) dos atos administrativos discricionários decorrentes do silêncio das regras jurídicas (ADAMS, 1964, p. 71), quanto a sua motivação, finalidade ou forma; e b) das normas constitucionais programáticas. A concepção de contingencialidade da ação administrativa em decorrência de um vácuo legal guarda pertinência com a teoria positivista do direito de regras, que, partindo da noção de lacunas ou silêncios normativos como hipóteses de imprevisão de regras legais, compreende a discricionariedade da administração pública como um instrumento autêntico de integração do direito administrativo - o ato administrativo não vinculado por regras expressas de direito é discricionário. A implementação constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais, como diretivas

principiológicas de ações positivas de proteção e prestação dirigidas ao Poder Público, ensejou, no âmbito do positivismo jurídico, a teoria das normas programáticas (CANOTILHO, 1999, p. 444), compreendidas, em seu sentido original¹, como normas constitucionais que, de modo diverso das normas preceptivas, seriam desprovidas de comando e de obrigatoriedade jurídica, constituindo-se em enunciado político-filosófico (AZZARITI, 1951, p.123). Na esfera restrita do direito de regras, o caráter principiológico das normas programáticas punha em dúvidas a sua juridicidade, enquanto programa político destinado ao atuar legislativo, desprovido de exigibilidade jurídica.

A teoria dos princípios teve origem no trabalho de Josef Esser (1961, p. 65), que instituiu a terminologia distintiva entre regras e princípios, como marco teórico. No debate Hart-Dworkin, Ronald Dworkin (2002, p. 39), ao negar a incompletude do direito, presente na tese da textura aberta proposta por Hart (1997, p. 109), ao distinguir as regras dos princípios jurídicos do ponto de vista lógico, firma a tese da existência de duas espécies de normas: a) as regras, que são aplicáveis à maneira disjuntiva, de modo que ou são válidas, na hipótese em que a resposta deve ser dada, ou não, inaproveitável para aquela decisão, pois não se admite, em caso de colisões de regras, a coexistência de regras incompatíveis - teoria do tudo ou nada; e b) os princípios, que possuem uma dimensão que as regras não a têm - a dimensão do peso ou importância (DWORKIN, 2002, p. 42). Assim, para Dworkin, enquanto o conflito entre regras é mantido como um problema de validade, a colisão de princípios é posta como um problema de sopesamento. A contribuição de Gustavo Zagrebelsky (1999, p. 110-111), à teoria dos princípios, consiste na constatação de que os princípios possuem natureza prevalentemente constitutiva da ordem jurídica, enquanto as regras se esgotam em si mesmas, ou seja, não possuem força constitutiva fora do que elas mesmas significam, posto que as regras têm força constitutiva restrita ao seu próprio significado, que pode ser atingido pelos métodos de interpretação, e os princípios são normas constitutivas da ordem jurídica, que, apenas em um caso concreto, se pode entender seu alcance. Robert Alexy (1997, p. 83), além de

1. Sentido este que sofre uma desnaturação posterior, nas obras de Vésio Crisafulli e José Afonso da Silva (1982, p. 129-147), entre outros, que, ao reconhecer-lhe eficácia jurídica, desfaz seu sentido e utilidade conceitual.

consolidar a tese de que as regras e princípios são espécies de normas, depuradas por meio de expressões deontológicas básicas - mandado, permissão e proibição -, o que permite negar a afirmação de que os princípios são razões para as regras e estas para os juízos, pois, tanto as regras podem ser razões de outras regras, como os princípios podem ser razões diretas de juízos (ALEXY, 1997, p. 102), contribuiu, ao reconhecer a abertura e indeterminação das normas de direito fundamental, a colisão de seus preceitos fundamentais e a sua aplicabilidade em todos os casos relevantes, para a definição atual dos direitos fundamentais como princípios materiais (ALEXY, 2003, p. 37), afetos aos problemas de ponderação.

A teoria dos princípios propiciou três importantes modificações nos paradigmas que norteavam a temática sobre a questão: a) o reconhecimento de duas espécies de normas, as regras e os princípios, que põe em xeque a posição positivista do direito de regras; b) a conclusão de que, enquanto o método de aplicação das regras é o da subsunção e o conflito entre elas soluciona-se pelos critérios que determinam se elas estão dentro ou fora de dado sistema ou regime jurídico (ALEXY, 2003, p. 97), resolvendo-o como um problema de validade normativa, o método de aplicação dos princípios, de modo diverso das regras, enquanto normas constituídas de mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependentes da possibilidade real e jurídica (ALEXY, 2003, p. 35), é o da ponderação (ALEXY, 2003, p. 99-100), o qual resolve o problema da incompletude das regras (aparente vácuo legal) pela relação direta de precedência entre os dois princípios relevantes, na qual um princípio tem prioridade frente a outro (ALEXY, 2003, p. 101-103). Isso tem forte impacto sobre a credibilidade da teoria da discricionariedade administrativa (MELLO, 2004, p. 233), mormente em relação à crença de que o vácuo de regras era uma "deferência do legislador à contingencialidade da ação administrativa" (MELLO, 2004, p. 229); c) a compreensão de que os direitos fundamentais, inclusive os sociais, econômicos e culturais, são princípios materiais constitutivos da ordem jurídica como um todo, que formam uma vasta rede axiológica de valores comunicantes (BRITTO, 2006, p. 168) e funcionam como diretrizes constitucionais dirigidas aos legisladores, para a elaboração de leis, e aos operadores do direito, para a solução de processos (ROSS, 2000, p. 60), o que assinala a morte da tese das normas constitucionais

programáticas (CANOTILHO, 1999, p. 1224), no sentido de que os direitos fundamentais de ações positivas de proteção e prestação social, econômica e cultural dirigidas ao Poder Público não são simples programas políticos (promessa constitucional inconseqüente), mas princípios normativos dotados de eficácia plena e imediata no plano vertical e horizontal (MIRANDA, 2000, p. 345-352), que implica em um dever do Poder Público, que não pode fraudar a expectativa de direito da coletividade (direito público subjetivo à prestação positiva), de modo ilegítimo, "por gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado"².

O princípio da autolimitação judicial tem aplicação, contudo, a um importante problema - a injusticiabilidade das questões políticas. O preceito foi formulado pelo Juiz Marshall para designar a competência do Presidente sobre a qual não pode incidir o controle judicial (CANOTILHO, 1999, p. 444). A doutrina moderada norte-americana distingue as questões jurídicas, relativas à indagação sobre o direito subjetivo de alguém, dos atos políticos ou discricionários do Poder Executivo, sustentando que, sendo o Poder Judiciário eminentemente jurídico, não lhe é afeto interferir nas questões políticas - atos discricionários de outros poderes, por decorrência dedutiva do princípio da separação dos poderes (WOLFE, 1994, p. 103-106). A doutrina norte-americana das questões políticas não significa, entretanto, como preleciona Canotilho (1999, p. 444), "questões constitucionais isentas de controle". O problema fundamental é determinar os limites deste controle. Pedro Lessa (2003, p. 65) respondeu com maestria esta questão - ao tomar resoluções políticas o Poder Legislativo e Governamental move-se em um vasto domínio que tem como "limites um círculo de extenso diâmetro, que é a Constituição Federal". Isso significa que as deliberações políticas têm como limites: a) a violação de direitos fundamentais, singular ou coletivo; b) a inconstitucionalidade das leis e atos administrativos; e c) a inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Com efeito, isso não implica na supressão absoluta das hipóteses de injusticiabilidade. As resoluções de governo de aspecto institucional, na expressão de Miguel S. Marienhoff (1993, p. 773-777), desde que respeitem

2. Nesse sentido: STF: RE-AgR 393175 / RS, Min Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 2.2.2007, p. 140; RE-AgR 271286 / RS, Min Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 24.9.2000, p. 101.

as regras e procedimentos constitucionalmente estabelecidos, são questões tipicamente políticas, posto serem atos que não incidem na esfera jurídica, ou seja, não afetam direitos subjetivos singulares ou coletivos. Apesar da dificuldade da doutrina em formular uma lista completa de tais atos, como revela John Clarke Adams (1964, p. 72), alguns exemplos podem ser fornecidos: a) ato de celebração de tratados internacionais; b) nomeação de ministros; c) declaração de guerra etc. As deliberações meramente regimentais do Parlamento estão sujeitas à autolimitação judicial, salvo quando há desrespeito a direito ou garantia de índole constitucional, como, por exemplo, a violação do estatuto constitucional das minorias parlamentares³. Nas questões de política econômica, a competência reguladora das Agências (regulatory agency) implica, sobretudo, no balanceamento econômico de interesses presentes e não em simples aplicação de normas (FARJAT, 2004, 113), o que pressupõe uma apreciação de conveniência e oportunidade (CAL, 2003, p. 70) própria de uma análise econômica (FARJAT, 2004, 113). A delimitação de "área local", para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva, que tem natureza predominantemente técnica e se pauta em critérios de política econômica que, visando proporcionar um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, zela pela expansão do serviço nos estritos limites do equilíbrio econômico-financeiro da concessionária⁴, é um excelente exemplo. Por fim, mera resolução técnica de política educacional, sanitária e de saúde pública, entre outras, são hipóteses de auto-restrição judicial, que não se confundem com a pretensão legítima de tutela de direito público subjetivo à prestação positiva. Tudo depende, de fato, da forma como a pretensão é formulada em juízo. Uma demanda sobre a acessibilidade à educação básica é um bom exemplo. Se a Administração Municipal resolve substituir as escolas de bairros por um complexo educacional situado em local distante, não pode o Judiciário conhecer de um pedido que pleiteia a proibição da implementação de tal projeto sobre o argumento de que ele dificultará o transporte dos alunos à escola, posto que ao juiz não é lícito substituir o

3. Nesse sentido: STF: MS 24831/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 4.8.2006, p. 26.

4. Nesse sentido: STJ: Resp. 572.070 PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, 2 Turma, DJ de 14.06.2004, p. 206.

administrador no âmbito da escolha da política educacional a ser implementada. O pedido deve se concentrar no direito à acessibilidade (art. 206, inc. I, CF), ou seja, em um pronunciamento que obrigue o administrador a viabilizar, por qualquer dos meios gratuitos de transporte (transporte municipal ou passe estudantil), o acesso ao estabelecimento escolar constante da implementação de sua política educacional⁵.

Em síntese, o presente ensaio representa a adoção de uma tese intermediária já formulada por Ronald Dworkin (1999, p. 474): o magistrado não deve se portar como um passivista, subordinando-se às convicções das autoridades eleitas, quando a questão em jogo é eminentemente de regra ou princípio constitucional; ou como ativista, substituindo as convicções das autoridades eleitas pelas suas, quando a questão em jogo é fundamentalmente política⁶.

5.3. Questões que podem ser objeto de pronunciamento judicial em demanda coletiva

O problema da possibilidade de ser objeto de pronunciamento judicial em demanda coletiva, que tem pertinência direta com a adequação do pedido formulado para resolvê-la (LIEBMAN, 2001, p. 106), tem sido posto, muitas vezes, equivocadamente, como questão de quem pode prover o reclamo (VALLEFÍN, 2006, p. 58). No presente ensaio, todavia, o problema é situado no âmbito preciso da delimitação das hipóteses de cabimento da demanda coletiva, como questão distinta da legitimidade ativa.

A ambigüidade conceitual (DENTI, 1974, p. 545), ainda presente na doutrina, não pode ser, portanto, um obstáculo à imprescindível necessidade de definir e identificar o interesse transindividual e o interesse individual homogêneo e distingui-los do interesse individual privado e do interesse do

5. O princípio da reserva da lei, que implica na tese da vedação do Poder Judiciário agir como Legislador Positivo é uma questão muito complexa e que merece um artigo próprio, razão pela qual não será discutida neste ensaio.

6. Segundo Ronald Dworkin (2002, p. 36): a) padrões políticos são os que estabelecem um objetivo a ser alcançado no sentido da melhoria econômica, social ou política da comunidade; b) princípios são padrões jurídicos que devem ser observados, não por produzirem certos resultados sociais, econômicos ou políticos, mas por comporem-se de critérios de justiça e equidade, ou outra dimensão de moralidade.

poder público para efeito de determinação do âmbito de cabimento da demanda coletiva. Os interesses transindividuais (difusos e coletivos) são situações jurídicas complexas sem titular determinado e materialmente indivisível, cujo gozo não pertence e não é exclusivo da administração pública ou de indivíduo particularmente certo (ZAVASCHI, 2006, p. 41-42), que detenha, quando capaz civilmente, a liberdade de eleição da forma de seu gozo (IHERING, 2005, p. 324) (disponibilidade do direito), e, tampouco, se confundem com o interesse individual homogêneo, enquanto pluralidade de direitos individuais - direitos subjetivos plurais (LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, 2005, p. 38-39). Os interesses transindividuais comungam com os interesses individuais homogêneos a origem histórica, posto que, ambos, decorrem de uma nova tipologia, relativa à formação dos direitos fundamentais de terceira geração - consumidor⁷, saúde, meio ambiente (CAPPELLETTI, 1975, p.

7. A demanda coletiva tem relevante importância na proteção das relações de consumo no cenário europeu. Na Alemanha, a Lei de Competência Injusta, de 1965, legitimou associações e entidades para a defesa coletiva dos consumidores. A Lei das Cláusulas Contratuais Standard confere legitimidade às associações para as demandas que versam sobre cláusula de contrato de massa que viole regras legais. A legislação alemã foi adaptada à Directiva de Ordem de Cumprimento 98/27 da União Européia que estabelece a legitimidade das associações e entidade pública para a proteção dos consumidores em juízo contra práticas comerciais, publicidade e cláusulas abusivas, referente à aplicação de medidas inibitórias. Na Finlândia, a Lei 38/1978, sobre a proteção do consumidor, fixa a legitimidade do Defensor do Consumidor para propor ação preventiva inibitória (obrigação de fazer ou não fazer), porém sem caráter indenizatório. Na Bélgica, a Lei de 4 de dezembro de 1990, sobre transações financeiras e mercados financeiros, concede legitimidade às associações de consumidores para a proteção coletiva de seus associados. A Lei de 14 de julho de 1991 firma a legitimidade das associações de consumidores para demandas referentes às práticas comerciais e a informações e proteções do consumidor. A legitimidade das associações de consumidores passa a ser estendida à matéria de crédito de consumo, pela Lei de 12 de junho de 1991, de publicidade enganosa e profissionais liberais, pela Lei de 21 de outubro de 1992. A legitimação das associações de consumidores condiciona-se à constituição da personalidade jurídica e sua representação no Conselho de Consumidor (Lei de 4 de dezembro de 1990), tendo a Lei de 14 de julho de 1991 acrescentada, ainda, a exigência de seu reconhecimento pelo ministro de Assuntos Econômicos. Não existe disciplina de ação coletiva de indenização civil, havendo dois modelos distintos: a) o de representação individual por dano econômico, que atinge apenas os indivíduos representados em juízo; e b) o da representação coletiva nas ações de injunção (obrigação de fazer ou não fazer) de efeito geral. Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, introduziu o regime de controle judicial das cláusulas gerais, legitimando as associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, as associações sindicais, profissionais ou de interesses econômicos, legalmente constituídas, e o Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado, para propor, em nome próprio, a ação de declaração de nulidade de cláusula geral e a ação inibitória para proibição da utilização futura, em novos contratos, de cláusula geral proibida. Na França, permitem-se as associações de consumidores obter a reparação de dano direto ou indireto dos interesses coletivos que demandem, contudo, parte da doutrina assume que tais reparações econômicas têm um caráter mais punitivo que indenizatório. (MAURINO; NINO; SIGAL, 2005, p. 347-8).

50) -, que lhes caracteriza como necessidade pós-aquisitiva (ALONSO, 1994, p. 586) ou interesse social (ALMAGRO NOSETE, 1980, p. 185), pertencente à própria sociedade civil.

As necessidades de interesse social, que se consolidaram, após meados do século XX, no âmbito político, por meio de reivindicação de ações afirmativas de novas demandas sociais, não expressam um caráter meramente patrimonial a ensejar um mero ressarcimento econômico, ou seja, não representam simples riscos ou danos à propriedade individual, mensurável em valor pecuniário, como se exige no modelo do direito subjetivo aquisitivo⁸. Assim, as necessidades de interesse social são, em seu caráter transindividual, carências determinadas e concretas por satisfação específica de não privação de certos valores culturais relativos à existência prazerosa, feliz, digna⁹, plural, no âmbito da diversidade¹⁰, ética e sustentável ambientalmente¹¹, a que tem interesse uma comunidade indeterminada de pessoas ou de sujeitos indeterminados, como um todo ou parte - grupo, categoria ou classe - da sociedade civil.

8. No modelo liberal clássico, as leis civis teriam a função única de preservar as liberdades individuais e a propriedade privada contra violações de outrem, dando segurança jurídica ao mercado e atendendo as necessidades aquisitivas dos indivíduos, de modo que toda demanda seria individual e resultaria na condenação de uma prestação de um valor pecuniário. Ver crítica a jurisprudência clássica de Ihering (1985, p. 77-79).

9. A ação de classe, proposta por Lois Jenson e mais vinte mulheres que trabalharam em minas de Eveleth de Minnesota (caso Lois E. Jenson v. Eveleth Taconite), foi um marco judicial contra a discriminação sexual e ofensa da dignidade da mulher no ambiente do trabalho. Jenson e outras trabalhadoras, na década de 70 do século passado, foram submetidas, no local de trabalho, a assédio moral e sexual por parte dos empregados masculinos. Em outubro de 1984, Jenson apresenta queixa ao departamento de Minnesota dos direitos humanos, expondo o problema. Houve retaliação por parte dos empregados homens. O estado solicitou à empresa mineradora o pagamento de US\$ 11.000 a Jenson pelos danos, porém a companhia recusou. No ano seguinte, o caso foi arquivado na corte de distrito, em Minnéapolis. Foi, então, pedido o status de ação de classe, o qual foi concedido três anos mais tarde, em 1991, pelo juiz James Rosenbaum. Jenson sai do emprego em janeiro de 1992. Os advogados da companhia obtiveram, por permissão do magistrado federal, o registro médico de todas as mulheres, realizando uma devassa na intimidade pessoal destas, sendo concedido a cada uma delas apenas uma média de US\$ 10.000. A procedência da apelação das autoras, em dezembro de 1997, pela Oitava Corte de Apelação do circuito, permitiu a formação de um novo júri, que, em 1998, reajustou a indenização de quinze mulheres para o total de US\$ 3.5 milhões. Em outro caso-paradigma, Meritor Savings Bank v. Vinson (1986), a Suprema Corte firma a responsabilidade do banco pelo assédio sexual a que o supervisor submeteu a subordinada reclamante.

10. Fimar a aceitabilidade da diversidade étnica não tem sido tarefa fácil no mundo pós-moderno. Em 1971, no caso Griggs v. Duke Power Company, trabalhadores afro-americanos propuseram uma

Esta é a razão que origina a imprescindibilidade de proteção judicial coletiva para as necessidades de interesse social. Ao mesmo tempo, torna-se importante a proteção processual contra danos massivos (mass tort litigation) a sujeitos, indivíduos determináveis, que possuem interesses de origem comum - interesse individual homogêneo -, derivados de infração aos valores pós-aquisitivos, a requerer uma ação cujo objeto seja formulado, não como "uma acumulação subjetiva de ações, referentes a pessoas distintas, e que daria lugar, naturalmente, a uma estrutura litisconsorcial" (MOREIRA, 1991, p. 187), mas como uma autêntica demanda judicial coletiva (demandas acidentalmente coletivas). O interesse individual homogêneo constitui-se num reflexo indireto da afirmação dos valores presentes nas necessidades coletivas. Assim, o interesse individual homogêneo é tutelado não apenas por se encontrar conforme o interesse de seu titular, mas, principalmente, por estar conforme as necessidades da coletividade. A tutela coletiva do interesse individual homogêneo

ação de classe contra a companhia, que, em 1965, quando a política de segregação racial por departamento tornou-se proibida pela Civil Rights Act, passou a estabelecer requisitos de escolaridade superior e tese de inteligência como critérios de contratação, como forma de justificar a exclusão de trabalhadores afro-descendentes, conduzindo a Suprema Corte a considerar tal política da empresa prática discriminatória, nos termos do Título VII da Civil Rights Act de 1964, gerando um precedente que tomou ilícito qualquer política de contratação que não estivesse estritamente ligada ao desempenho funcional. Nos anos 80, o governo de Ronald Reagan havia nomeado vários ministros para a Suprema Corte, afinados com a política de seu governo. No caso *Wards Cove Packing Company v. Antonio*, a nova formação conservadora da Corte Suprema favoreceu a edição de precedente que passa aos empregados o ônus da prova da discriminação e, nas hipóteses de várias práticas, o ônus de demonstrar o impacto da disparidade de tratamento em cada prática, em separado, além de reduzir a responsabilidade dos empregadores quanto à justificação de suas políticas, reduzindo as conquistas sociais do caso *Griggs v. Duke Power Company*.

11. A formação, por cientistas e economistas europeus, do Clube de Roma, em 1968, propiciou as condições para o estudo sobre a imprescindibilidade do desenvolvimento sustentado, divulgado em 1972 sobre a denominação - "os limites do desenvolvimento" (REISEWITZ, 2004, p. 14), despertando a comunidade mundial para a necessidade da proteção ambiental. No mesmo ano da divulgação do estudo, a ONU organizou a Conferência de Estocolmo, na Suécia, que resultou na Declaração de Estocolmo sobre Direito Ambiental (SOARES, 2003, p. 37). Nos anos 70, do século XX, desenvolvem-se as organizações ambientalistas independentes, como o *Worldwatch*, criado por Lester Brown, em 1974, e a ONG o *Greenpeace* (BERNARDES, J. A.; MIRANDA FERREIRA, 2003, p. 32), que realiza campanhas contra a degradação ambiental desde 1971. Nos Estados Unidos a Lei Antipoluição Ambiental (CAPPELLETTI, 1988, p. 56) (*Clean Air Act*), de 1970, permitiu que qualquer pessoa (indivíduo, associação ou classe) (BENJAMIN, 1991, p. 70) acione, por citizen actions, qualquer poluidor, inclusive organismos públicos, por violação ambiental no âmbito da proteção da lei. Na França, a Lei n. 629, de 10 de julho de 1976, referente à proteção dos recursos naturais, reconheceu legitimidade às organizações privadas para a tutela dos interesses ambientais (CAPPELLETTI, 1988, p. 57).

não advém do indivisível, pois ele é constituído de uma pluralidade de interesses individuais, mas do próprio interesse social¹² a ele subjacente.

As demandas coletivas aparecem, assim, como conseqüência de novos movimentos sociais, que, rompendo com a lógica tradicional do free rider (cavaleiro livre), passam a incrementar o bem-estar social e as próprias recompensas individuais por meio de um atuar coletivo (REINARES, 1994, p 602), que busca alcançar incentivos que não são meramente individuais, posto que, movidos por um sentimento geral de indignação existencial à violação de qualquer dos atributos da dignidade humana, o qual não se enquadra em um padrão de motivação meramente individual-patrimonial, a exigir, um novo processo - o coletivo. A demanda coletiva, portanto, se caracteriza como um instrumento processual próprio à tutela de interesses sociais ou pós-aquisitivos, sendo a tese da inaplicabilidade das demandas coletivas à proteção da pluralidade de direitos subjetivos individual-aquisitivos sua conseqüência lógica¹³.

A demanda coletiva, por seu turno, não é aplicável a qualquer proteção indireta dos valores pós-aquisitivos. As necessidades de interesse social podem ser tuteladas judicialmente via: a) demanda essencialmente coletiva; b) demanda acidentalmente coletiva (MOREIRA, 1991, p. 187-189); c) demanda individual. A demanda essencialmente coletiva tem sido conceituada, como aquela na qual o objeto consiste em uma pretensão de tutela de interesse indivisível, que pressupõe uma indeterminação dos seus sujeitos, individualmente considerados, no âmbito de uma comunidade geral (interesse difuso) ou no interior de um grupo, classe ou categoria (interesse coletivo). A demanda acidentalmente coletiva é aquela na qual o objeto almejado, mesmo que possa ser formulada individualmente por cada pessoa, afirma um interesse de origem comum que se sobreponha às circunstâncias de caráter pessoal dos beneficiados (interesse individual homogêneo), possibilitando a formação de demandas

12. STJ: REsp 417.804/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16.5.2005, p. 230.

13. O que permite compreender a exclusão de matérias pertinentes a direitos tipicamente subjetivos de primeira geração da incidência do processo coletivo - precedentes: RE 248191 AgR/SP, STF, 2ª Turma, Min. Carlos Velloso, DJ de 25.10.2002, p. 64; RE 206781/MS, STF, 2ª Turma, Min. Marco Aurélio, DJ de 29.06.2001, p. 56; ERESP 177052/SP, STJ, 1ª S. rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 30.09.2002; AGRESP 373574/MG, STJ, 1ª T, rel. Min. Denise Arruda, DJ de 02.08.2004; AGRESP

coletivas. Por outro lado, a demanda acidentalmente coletiva não impossibilita que cada titular possa buscar, em juízo, proteção individual dos direitos de terceira geração (direito pós-aquisitivo ou de relevo social), com o objetivo da satisfação imediata e concreta de sua pretensão, mesmo quando plausível a tutela coletiva do interesse individual homogêneo ou, até, concomitantemente a ela. É, sem dúvida, o favorecimento do interesse social por meio da procura dos fins privados (FISS, 2004, p. 234). Entretanto, a proteção coletiva do interesse individual homogêneo diferencia-se da demanda individual porque acarreta a despatrimonialização dos próprios interesses individuais, do tipo homogêneo, uma vez que os legitimados, no processo coletivo, não veiculam "pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais"¹⁴. Em fim, há casos que, apesar da relevância social do interesse individual¹⁵, a demanda será sempre essencialmente individual, posto que a exigência do exame das circunstâncias pessoais de cada reclamante impossibilita um julgamento unitário, tornando impróprio o

14. EDcl no REsp 586307/MT, STJ, 1ª Turma, STJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28.03.2005 p. 191.

15. A proteção do direito individual indisponível pelo Ministério Público por ação civil tem natureza de demanda individual, razão pela qual o presente ensaio utiliza-se do termo demanda coletiva para distingui-la do termo geral ação civil pública. De fato, o uso da expressão ação civil pública decorreu de um erro terminológico do legislador. O anteprojeto inicial, elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kasuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, exposto no I Congresso Nacional de Direito Processual, 1983, na cidade de Porto Alegre, foi modificado por José Carlos Barbosa Moreira e apresentado pelo parlamentar Flávio Bierrenchach na Câmara dos Deputados, sob o n. 3.034/84. No anteprojeto da escola processual paulista, imbuída da noção precisa de ação coletiva como mecanismo de proteção de interesses supra-individuais, à expressão "ação civil" não se seguia o adjetivo "público". Contudo, o anteprojeto aprovado, que se utilizou da expressão "ação civil pública", foi o enviado pelo executivo da União, originário da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, cuja redação contou com a grande contribuição de Paulo Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior (LEONEL, 2002, p. 119), e encampado pela CONAMP, o qual continha como justificativa a referencia ao art. 3º da Lei Complementar 40/81, que fazia alusão à ação civil pública como função institucional do Ministério Público (VIGLIAR, 2002, p. 445-446). A Lei Complementar n. 40, de 14.10. 1981, (que estabelecia normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual) tinha, ao aludir, em seu art. 3º, inc. II, a promoção da ação civil pública, nos termos da lei, como uma das funções institucionais do Ministério Público, a finalidade didática de distinguir a sua atuação cível de sua atuação penal. A denominação ação civil pública, portanto, era empregada, apenas, como contraposição nominativa ao termo ação penal pública, ou seja, a ação civil pública designava, naquele estatuto legal, qualquer "ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público" (MAZZILLI, 2005, p. 69). Portanto, a expressão ação civil pública, prevista na a Lei Complementar n. 40, de 14.10. 1981, era uma

processo coletivo acidental (GIDI, 2007, p. 79). Isso ocorre quando a questão não é meramente de direito (exemplo: abusividade de cláusula de contrato de adesão em massa) e não versa sobre a prova da responsabilidade por ato que produz um prejuízo generalizado, que atinja um conjunto de pessoas simultaneamente.

Com efeito, afasta-se o cabimento da demanda coletiva em duas hipóteses: a) na proteção da pluralidade de direitos subjetivos essencialmente individual-aquisitivos; e b) na tutela da relevância social do interesse individual, quando há exigência do exame das circunstâncias pessoais de cada reclamante, a tornar impossível julgamento unitário, imprescindível ao processo coletivo acidental.

5.4. Quando uma questão pode ser objeto de pronunciamento judicial de demanda coletiva

O problema se uma questão pode ser considerada prematura para obter um pronunciamento judicial (VALLEFÍN, 2006, p. 58) tem pertinência direta em um tipo específico de processo, o subjetivo. No sistema norteamericano de controle incidental de constitucionalidade, uma pretensão exclusivamente abstrata de controle de constitucionalidade (CAPPELLETTI, 1984, p. 112), sem que esta materialize uma ofensa direta a interesses, tende a ser considerada prematura (*ripensess*) para obter pronunciamento judicial. Num sistema misto, como o brasileiro, em que, além do controle difuso, no qual tem pertinência a questão da maturidade da pretensão principal, cuja declaração de inconstitucionalidade é incidental, está presente o controle direto de constitucionalidade, que tem por objeto, justamente, o controle abstrato das normas. Assim, pode-se dizer

designação que se dava a qualquer ação civil promovida pelo Ministério Público, independentemente do caráter coletivo da demanda. A sua transposição para a Lei n. 7.347, de 24.07.1985, que não se restringe à mera legitimidade do Ministério Público, estendendo a legitimidade a outros legitimados (a ação não é mais própria e privativa do Ministério Público), é totalmente imprópria, posto que não expressa o objeto da respectiva ação, que é coletivo. Feliz foi a Lei n. 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), que se utilizou, em seu art. 91, da expressão ação civil coletiva, ao tratar da demanda acidentalmente coletiva. Razão pela qual se prefere a utilização do termo ação civil coletiva para designar o processo coletivo.

que o problema da questão prematura é próprio dos processos subjetivos, entre os quais está a demanda coletiva.

A demanda coletiva distinguiu-se do controle direto de constitucionalidade em três aspectos importantes: a) não representa uma simples proteção ética à supremacia da constituição, mas a tutela de interesses sociais concretos; b) está totalmente vinculada ao instituto da ampla defesa; e c) os efeitos - erga omnes ou ultras partes - das ações coletivas têm dimensão bem mais restrita do que o efeito erga omnes das ações diretas de constitucionalidade, posto que seu alcance beneficia vítimas e seus sucessores, sem que estenda, contudo, os efeitos da condenação além da parte passiva da demanda. Isso permite duas conclusões importantes: a) a demanda coletiva não pode ter como objeto uma pretensão abstrata de controle de constitucionalidade (ripens doctrine); e b) é plenamente possível o controle incidental de constitucionalidade em sede de demanda coletiva.

A questão em tela foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶, merecendo destaque alguns pontos importantes: a) não se tratando de ação declaratória de invalidação de lei ou ato normativo em tese, desvinculada de qualquer cognição sobre sua incidência sobre determinada relação jurídica em que se evidencia situação subjetiva, a demanda coletiva é viável; b) o objeto da demanda coletiva tem que ser uma relação jurídica, cuja declaração de nulidade de contrato, por exemplo, expressamente identificado e assentado em dispositivo de lei inconstitucional, deva ferir direitos subjetivos dos substituídos; c) a ação de declaração incidental de inconstitucionalidade em demanda coletiva produz efeito erga omnes em relação, apenas, à massa de titulares do direito subjetivo, mas tal ação não atinge, com sua condenação, todas e quaisquer instituições ou empresas, apenas as que figuram no pólo passivo da relação processual; d) a existência de outras eventuais ações coletivas contra outras instituições ou empresas similares não modifica a situação, porque a condenação, se ocorrer, de cada uma delas se dará em seu respectivo processo e a coisa julgada, em cada demanda, atingirá a instituição ou empresa específica e o efeito erga omnes, dela decorrente, incidirá sobre a relação da massa de titulares do direito subjetivo com ela relacionado, não se

16. Rcl 600/SP, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 05.12.2003, p. 19.

estendendo a outras empresas ou instituições; e) enquanto os efeitos erga omnes da ação coletiva incidem apenas sobre certo número de beneficiários, e apenas relativamente aos beneficiários que têm relação jurídica com a parte passiva (perfeitamente identificáveis), o efeito erga omnes da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade vale para todos; f) a ação coletiva tem natureza condenatória e, portanto, somente seu dispositivo é que transita em julgado, não ocorrendo este trânsito com relação aos seus fundamentos, ou seja, quanto ao afastamento incidental da norma por sua inconstitucionalidade; e g) portanto, não se pode afirmar que a ação coletiva esteja afrontando ou usurpando a competência do STF¹⁷ ou se comporta como substituta da ação direta de inconstitucionalidade.

Com efeito, é admissível o controle incidental de constitucionalidade em sede de demanda coletiva, desde que seu objeto não se resuma à pretensão abstrata de controle de constitucionalidade, questão tipicamente imatura para pronunciamento em processo subjetivo.

5.5. Conclusão

O presente estudo sobre o problema das questões que admitem pronunciamento judicial em demanda coletiva permite apresentar algumas reflexões a modo de conclusão:

a) somente questões tipicamente políticas são hipóteses de injusticiabilidade geral, estando afeta à jurisdição as questões, eminentemente, de regra ou princípio constitucional;

b) a demanda coletiva não é a via judicial apropriada para a proteção da pluralidade de direitos subjetivos essencialmente individual-aquisitivos ou para a tutela da relevância social do interesse individual, quando há exigência do exame das circunstâncias pessoais de cada reclamante a tornar impos-

17. Há duas hipóteses que envolvem a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal: a) quando a mesma ação puder ser proposta e conhecida, originariamente, no Supremo Tribunal Federal (ex. ADIn contra lei estadual face à constituição federal); e b) quando, ao inverso, o exercício de um poder de controle abstrato, por outro tribunal, inibe ou pode inibir, *secundum eventum litis*, a competência do Supremo para o controle concreto de constitucionalidade de determinada lei (controle de constitucionalidade de lei municipal por Tribunal de Justiça).

sível julgamento unitário, imprescindível ao processo coletivo accidental.

c) em regra, é admissível o controle incidental de constitucionalidade em sede de demanda coletiva, desde que seu objeto não seja a própria pretensão abstrata de controle de constitucionalidade.

5.6. Referências bibliográficas

ADAMS, J. C. El derecho administrativo norteamericano. Traducida por Dioniso Petreilla. Buenos Aires : Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964.

ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALMAGRO NOSETE, J. Legitimación y amparo constitucional. Constitución y Proceso. Barcelona : Bosch, 1984, p. 185. Ver o mesmo artigo em: Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, n. 4, (615-647) 1980.

ALONSO, L. E. Crisis y transformación de los nuevos movimientos sociales en un horno posfordista. Comportamiento Político y Electoral : Coord: Pilar del Castillo. Madrid : CIS, (578-631) 1994.

AZZARITI, G. Problemi attuali di diritto. Milão : A. Giuffrè , 1951.

BENJAMIN, A. H. V. Acitizen action norte-americana e a tutela ambiental. Revista de Processo, n. 62, ano 16, Revista dos Tribunais : São Paulo, (61-78) 1991..

BERNARDES, J. A.; MIRANDA FERREIRA, F. P. de. Sociedade e natureza. A Questão Ambiental: Diferentes Abordagens/Org. de Sandra Baptista da Cunha e Antonio José Teixeira Guerra. Rio de Janeiro : Bertrando Brasil, (17-42) 2003.

BRITTO, C. A. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

CAL, A. B. R. As agências reguladoras no direito brasileiro. Rio de Janeiro : Reno-

var, 2003.

CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra : Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, M. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffuse. Giurisprudenza Italiana, A. 127, P. IV, (49-63) 1975..

_____. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre : Fabris, 1984..

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfle- et. Porto Alegre : Fabis, 1988.

DENTI, V. Le azioni a tutela di interessi collettivi. Revista di Diritto Processuale, (533-550) 1974.

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

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

ESSER, J. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Traducción de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona : Bosch, 1961.

FARJAT, G. Pour un droit économique. France : Presses Universitaires France, 2004.

FISS, O. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, cons- tituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

GIDI, A. A class action como instrumento de tutela coletiva de direito : as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

HART, H.L.A. Postscriptum. La Decisión Judicial: Debate Hart-Dworkin; estudio preliminary de César Rodríguez. Bogotá : Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, (89-141), 1997.

IHERING, R. A luta pelo direito. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro : Forense, 1985.

_____. El espíritu del derecho romano. Abreviatura por Fernando Vela. Madrid : Marcial Pons, 2005.

LEONEL, R. de B. Manual do processo coletivo. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

LESSA, P. Do poder judiciário. Brasília : Senado Federal, 2003.

LIEBMAN, E. T. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo : Bestbook, 2001.

LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. La tutela jurisdiccional de los intereses de consumidores y usuarios. Madrid : Edisofer s.l., 2005.

MARIENHOFF, M. S. Tratado de derecho administrativo, t. 2. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1993.

MAURINO, G.; NINO, E.; SIGAL, M. Las acciones colectivas: análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado. Buenos Aires : Lexis Nexos Argentina, 2005.

MAZZILLI, H. N. A. defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo : Saraiva, 2005.

MELLO, C. A. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2004.

MIRANDA, J. Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: Estudos Jurídicos e Econômicos em homenagem ao Professor João Lumbrales. Coimbra : Coimbra, 2000.

MOREIRA, J. C. B. Ações coletivas na constituição federal de 1988. Revista de Processo, n. 61, ano 61, Revista dos Tribunais : São Paulo, (197-200) 1991.

REINARES, F. Teoría de la acción y participación política. Comportamiento Político y Electoral : Coord: Pilar del Castillo. Madrid : CIS, (607-631), 1994.

REISEWITZ, L. Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da

memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 14.

ROSS, Alf. Direito e justiça. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP : Edipro, 2000.

SANTOS, M. A. Primeiras linhas de direito processual civil (v. 1). São Paulo : Saraiva, 1985.

SILVA, J. A da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.

SOARES, G. F. S. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidade. São Paulo : Atlas, 2003.

VALLEFÍN, C. A. La legitimación en las acciones de interés público. Bueno Aires : Abeledo-Perrot, 2006.

VIGLIAR, J. M. M. Ação civil pública. São Paulo : Atlas, 2002.

WOLFE, C. The rise of modern judicial review: form constitucional interpretation to judge-made law. Maryland : Littefield Admas Quality Paperbacks, 1994.

ZAGREBELSKY, G. El derecho dúcil: ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid : Editorial Trotta, 1999.

ZAVASCHI, T. A. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

6. Tutela Inibitória Coletiva Ambiental - Fundamentos na ordem jurídica brasileira

Ricardo Alves Peres*

RESUMO

A tutela inibitória é a tutela jurisdicional de caráter preventivo, que tem por objeto afastar o ilícito, evitando sua prática, continuidade ou repetição. É imprescindível para a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto que se trata de direito inviolável por sua natureza.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, que consagra o princípio do acesso à justiça, prevê a tutela inibitória, dispondo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a "ameaça" a direito.

A norma do artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, viabiliza a tutela inibitória do meio ambiente, no plano coletivo, conferindo primazia à tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer, mediante medidas de apoio e de sub-rogação.

*Promotor de Justiça

6.1. Introdução

A crise ambiental instalada com a massificação da produção industrial, que perdura até os dias atuais, cada vez mais desperta a preocupação das pessoas em todo o mundo, visto que a degradação do meio ambiente significa a destruição da própria humanidade.

Não é por outro motivo que a sanidade do meio ambiente é ençarada como direito fundamental imprescindível à dignidade da pessoa humana. Assim, no âmbito do direito processual civil também foram concebidas transformações tendentes à preservação ambiental.

Superadas as fases metodológicas de evolução do direito processual civil "sincretista", na qual havia confusão entre os planos material e processual, e "autonomista", na qual o direito processual é autônomo e há uma visão introspectiva do mesmo (encarado como um fim em si mesmo), surge, a partir da década de 1950, a fase "instrumentalista" ou "crítica", na qual o direito processual é encarado autonomamente, mas busca-se a efetividade em relação aos direitos individuais e coletivos, bem como o resgate da função social e ética do processo (DINAMARCO, 2008, p. 17/24).

É nesse contexto que se desenvolve o direito processual constitucional, que incorpora a ordem principiológica constitucional.

O mais importante, portanto, é a efetividade, o que está intrinsecamente ligado à idéia de acesso à justiça. Vislumbrando o acesso à justiça, no que concerne aos direitos metaindividuais, surgem no Brasil as leis federais 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública) e 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor),

formando um microsistema de processo coletivo, destacando-se a representação em juízo de interesses difusos, como o meio ambiente.

Diante dessa preocupação com a efetividade e o acesso à justiça, no que concerne aos direitos fundamentais, a tutela mais relevante é a específica e, no caso do meio ambiente, de caráter preventivo.

O presente trabalho busca identificar os fundamentos da tutela inibitória ambiental na ordem jurídica brasileira. A terminologia adotada e a base teórica é do doutrinador Marinoni, que foi pioneiro no estudo do tema no Brasil, sendo certo que toda a doutrina pátria vale-se da terminologia por ele adotada.

Para tanto, é necessário expor a base teórica da tutela inibitória e delinear os contornos do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Direito brasileiro.

6.2. A tutela inibitória

A primeira noção que se deve ter sobre a tutela inibitória é que se trata de uma tutela jurisdicional que é alcançada através de um processo de conhecimento.

Como o próprio nome sugere, trata-se de uma tutela preventiva. Mas não se confunde com o processo cautelar, pois sua finalidade não é acessória, não visa resguardar a tutela jurisdicional de outro processo.

Seu objetivo é prevenir a ocorrência do ilícito. Na lição de Marinoni (2004, p. 251) "Trata-se de "ação de conhecimento" de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito".

Difere, assim, da tradicional tutela ressarcitória, cujo objetivo é reparar o dano. A tutela reparatória do dano é eficiente no que concerne aos direitos patrimoniais, de caráter individual, sendo certo que o jurisdicionado se satisfaz com o recebimento do numerário correspondente ao seu prejuízo.

Por outro lado, quando se fala em direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade, tal tutela não se revela adequada. Do mesmo modo, no âmbito dos direitos difusos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não é eficiente. Tal ocorre porque o dano ambiental, na maior parte dos casos, é irreparável, não sendo possível

retornar ao estado anterior.

Daí a importância de uma tutela preventiva, evitando a própria prática contrária ao direito. Imprescindível, portanto, a noção do que seja conduta ilícita, dano, relação deste com aquela. É preciso analisar se a tutela preventiva do ilícito não seria o mesmo que tutela preventiva do dano.

O ilícito, notadamente, consiste no ato contrário ao direito. A existência do ato contrário ao direito prescinde do fato danoso, portanto. Todavia, a doutrina tradicional, defende que o dano é elemento do ilícito. Tal concepção funda-se na idéia de que somente o ato ilícito gerador de dano é que interessa ao Direito. Está ligada à tutela ressarcitória, no plano do Direito Processual Civil, e à responsabilidade civil, no âmbito do Direito Civil. A norma do artigo 186, do Código Civil ampara o posicionamento em comento. Sobre o dano, expõe Cavalieri Filho (2003, p. 89/90):

Pode-se tirar daí, desde logo, uma conclusão lógica: a de que o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito.

É correto dizer que à responsabilidade civil e à tutela contra o dano (específica ou ressarcitória) interessa o ato ilícito integrado pelo dano. Agora, isso não pode levar à conclusão de que só existe ilícito quando há dano ou que não existe a tutela contra o ilícito. Parece óbvio que o ato contrário ao direito pode acarretar o dano ou não, pelo que existe independentemente deste. E interessa ao Direito o ilícito, por si só, já que em matéria de direitos fundamentais o mais importante é impedir a violação do direito (MARINONI, 2004, p. 158/159).

Com efeito, o dano é uma conseqüência do ato contrário ao direito, que pode ocorrer ou não. Não resta dúvida que, não raras vezes, há concomitância entre o ilícito e o dano, mas não se trata de uma situação necessária.

A dificuldade de ser concebida uma ação de conhecimento visando a

tutela preventiva no ordenamento jurídico brasileiro está na ausência de uma previsão expressa nesse sentido. O Código de Processo Civil brasileiro foi elaborado vislumbrando a reparação do dano. A idéia de prevenção no referido diploma legal está na concepção do processo cautelar, que, como já delineado, não se confunde com a proposta de uma ação de conhecimento de caráter preventivo.

Segundo os ensinamentos de Marinoni (2004, p. 253) o fundamento da tutela inibitória encontra-se no próprio direito material, visto que existem certos direitos fundamentais que são invioláveis, sendo certo que a natureza dos mesmos torna inconcebível a noção de que estariam amparados apenas por uma tutela ressarcitória, que pressupõe a ofensa aos mesmos. Seria descabido imaginar que o ordenamento jurídico prevê um direito fundamental como inviolável, muitas vezes imensurável, mas não oferece uma garantia processual que evite sua violação.

Considerando que o processo é um instrumento de realização do direito material, há que se reconhecer que deve oferecer uma tutela jurisdicional que realmente garanta a efetividade desse mesmo direito. Caso contrário, não estaria cumprindo seu papel. Desta feita, determinado direito fundamental, cuja natureza não admite violação, somente será efetivamente resguardado mediante uma tutela jurisdicional preventiva, que ataque o ilícito, evitando sua prática.

É o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Um dano ao meio ambiente é imensurável e não permite o retorno ao estado anterior. Assim, por sua própria natureza, não pode ser violado. A tutela ressarcitória, na hipótese, não é efetiva. Não satisfaz o princípio do acesso à justiça, ou seja, o acesso a uma ordem jurídica justa. Imprescindível a tutela jurisdicional que evite ou afaste a conduta ilícita.

A idéia, portanto, está intrinsecamente ligada ao princípio da instrumentalidade do processo, ou seja, o processo é instrumento de realização do direito material. A função do processo, assim, é garantir a efetividade dos direitos materiais previstos na ordem jurídica.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", consagrando os princípios da inafastabilidade ou do acesso à justiça. Quando a Constituição determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário "ameaça a direito", notadamente, legitima a existência de uma tutela jurisdicional que evite a própria violação

do direito, de caráter eminentemente preventiva. Sendo assim, a tutela inibitória encontra fundamento na própria Constituição da República.

O direito de acesso à ordem jurídica justa, no caso dos direitos fundamentais, que por sua natureza não podem ser violados, somente pode ser efetivamente alcançado com uma tutela jurisdicional que afaste o ato contrário ao direito.

Diante da previsão constitucional de direitos fundamentais invioláveis por sua natureza e da consagração do princípio do acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica justa e efetiva, há que se reconhecer que cabe aos operadores do direito garantirem a tutela jurisdicional preventiva, a única realmente efetiva, valendo-se, para tanto, da hermenêutica jurídica.

Adotando tal postura é possível conceber que as normas dos artigos 461, do Código de Processo Civil e 84, do Código de Defesa do Consumidor, oferecem subsídios necessários à concessão da tutela inibitória. Dispõe o artigo 461, do Código de Processo Civil, que "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". O artigo 84, da Lei n. 8.078/1990, por sua vez, possui a mesma redação, sendo aplicável na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Cabe esclarecer que, não obstante o artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor tenha sido previsto para a defesa do consumidor em Juízo, o mesmo integra o chamado microsistema de processo civil coletivo, sendo aplicável às ações que tenham por objeto a tutela de direitos metaindividuais. Conforme consta do artigo 90, do mesmo diploma legal, às ações ali previstas aplicam-se as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública). O artigo 21, da Lei de Ação Civil Pública, por sua vez, estabelece que as normas do Código de Defesa do Consumidor se aplicam à defesa em juízo dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A referência recíproca entre Lei n. 8.078/90 e Lei n. 7.347/85 leva à conclusão de que suas normas são aplicáveis a todas as ações que visam a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, pelo que se convencionou chamar de microsistema de processo civil coletivo (DIDIER JR.

e ZANETI JR., 2007, p. 48) ou "sistema processual para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos" (MARINONI, 2004, p.287).

As normas em comento, notadamente, são amplas e conferem poderes ao magistrado para prestar a tutela específica, inclusive de natureza preventiva. Decorre do princípio do acesso à justiça, que tem como corolário o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. A efetividade do processo não se contenta com a substituição do "bem da vida" pelo ressarcimento de "perdas e danos", como ocorria tradicionalmente. O Direito Processual Civil moderno pretende entregar ao jurisdicionado o próprio "bem da vida" e, ainda, garantir que o direito de não violação de um direito fundamental seja preservado.

Como visto anteriormente a tutela inibitória é a tutela jurisdicional preventiva que ataca o ilícito, evitando sua prática, continuidade ou repetição. De tal conceito é possível concluir que a tutela, no caso, volta-se contra a possibilidade do ilícito. O pressuposto da tutela inibitória, assim, está na possibilidade de ocorrência do ilícito. Assim, não se trata da probabilidade do dano, mas da probabilidade do ato contrário ao direito (MARINONI, 2004, p. 255).

O mesmo doutrinador aponta a importância prática de ser considerado pressuposto da tutela inibitória a probabilidade do ilícito e não a probabilidade do dano, que está no fato de que o autor de uma ação de conhecimento que visa uma tutela preventiva não precisa demonstrar a probabilidade do dano, o que, conseqüentemente, não será discutido pelo réu, bem como não estará o juiz vinculado à sua aferição. Basta, pois, demonstrar a probabilidade da prática do ilícito (MARINONI, 2004, p. 256).

Notadamente, a comprovação da probabilidade do dano é mais difícil, o que pode frustrar a pretensão do autor. Há que se reconhecer que o ilícito interessa ao Direito Processual Civil, mesmo que não integrado pelo dano, no âmbito de uma tutela preventiva. Diferente do que ocorre no âmbito da tutela ressarcitória.

Decorre do conceito da tutela inibitória exposto anteriormente as três modalidades possíveis de tutela preventiva de conhecimento, quais sejam, a que busca evitar a prática do ilícito, a continuidade do ilícito ou sua repetição.

Observe-se que a tutela inibitória volta-se para o futuro, atacando o

ilícito para evitar a sua prática, continuidade ou repetição. A primeira modalidade, aquela que busca evitar a prática do ilícito, certamente é uma tutela inibitória por excelência, visto que não ocorreu qualquer ato contrário ao direito ainda. Estará fundada unicamente em situações de ameaça da prática do ilícito. Assim, pode ser chamada de tutela inibitória propriamente dita. É a modalidade mais pura de ação inibitória (MARINONI, 2004, p. 257/258).

No que concerne à tutela que busca evitar a repetição do ilícito, existe uma ou várias ações ilícitas no passado e a probabilidade de que a ação volte a ser praticada. Já a tutela inibitória contra a continuação do ilícito busca afastar a ação ou atividade ilícita que perdura no tempo.

Uma ação ou atividade ilícita pode se perpetuar no tempo, o que enseja a tutela inibitória, voltando-se para as ações ilícitas futuras, ou seja, busca cessar a ação ilícita continuada.

No entanto, pode ocorrer uma ação ilícita cujos efeitos se prolonguem no tempo. Veja que não é a atividade ilícita que perdura no tempo, mas seus efeitos. Aqui, não é possível uma tutela inibitória do ilícito, visto que este já ocorreu, isto é, está no passado. Será cabível uma tutela de remoção do ilícito (MARINONI, 2004, p. 269).

Salienta-se do exposto que, apesar das diferenças entre tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito, ambas atacam o ilícito e não o dano.

6.3. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

O Estado pós-moderno é caracterizado por um sistema político e econômico baseado na produção em massa e acumulação de capital e por uma sociedade hedonista e consumista, onde "ter" se sobrepõe ao "ser".

Tal realidade sócio-econômica está em confronto com o equilíbrio ambiental, visto que não foram concebidos ou desenvolvidos mecanismos tendentes à preservação do meio ambiente paralelamente ao desenvolvimento dos meios de produção e circulação de riqueza (LEITE, 2000, p. 23).

Daí a preocupação mundial com o meio ambiente, facilmente constatada nos meios de comunicação diariamente, que leva à elaboração de tratados e convenções internacionais, visando a diminuição dos impactos ambientais.

Assim, visando uma solução para a crise ambiental, duas propostas são defendidas, quais sejam, da economia do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável. A proposta da economia do meio ambiente tem como idéia básica atribuir valor econômico aos bens ambientais. Trata-se de proposta interessante, visto que visa inserir a questão ambiental no próprio sistema econômico. Já a proposta do desenvolvimento sustentável, também conhecida como desenvolvimento durável ou ecodesenvolvimento, tem como idéia básica a satisfação das necessidades presentes, sem se descuidar das necessidades das futuras gerações. Entretanto, infelizmente, nenhuma das propostas foi efetivamente implantada, sendo possível perceber apenas presenças pontuais das mesmas (LEITE, 2000, p. 24/25).

A doutrina defende a criação de um Estado de Direito do Ambiente, que teria como objetivo prioritário a preservação do meio ambiente, sendo efetivamente intervencionista, inclusive vislumbrando o controle do consumo. Sua criação pressupõe uma democracia ambiental, ou seja, a conscientização e participação de todos os cidadãos nas questões ambientais (LEITE, 2000, p. 33/45).

O legislador brasileiro, diante das controvérsias existentes sobre o que seja meio ambiente, entendeu por bem defini-lo, pelo que na ordem jurídica brasileira existe um conceito legal.

A Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), especificamente no artigo 3º, inciso I, dispõe que o meio ambiente é "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Observe-se que o conceito é bastante amplo, abrangendo, inclusive, o meio ambiente urbanístico.

Afere-se da definição, sem dúvida, a relação de interdependência que existe entre o ser humano e a natureza. A interdependência entre o homem e a natureza realça a importância da prevenção do dano ambiental, visto que um atentado contra a natureza atinge a própria humanidade.

Diante dos contornos apresentados não é difícil entender que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está intimamente ligado aos direitos à vida e à saúde. O homem somente pode desenvolver suas potencialidades em um ambiente saudável. Assim, pode-se dizer que é corolário da dignidade da pessoa humana.

Não é por outro motivo que o direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado é encarado internacionalmente como um direito fundamental do ser humano. A Declaração do Meio Ambiente, elaborada na Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, no princípio 1, dispõe que " O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras." (LEITE, 2000, p. 90).

Observe-se que tal princípio revela nitidamente a relação do meio ambiente com a dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º, da Constituição Federal.

O direito ao ambiente saudável tem status constitucional e foi concebido pelo constituinte como direito fundamental, apesar de não constar expressamente do título dos direitos e garantias fundamentais. Com efeito, dispõe o artigo 225, caput, da Constituição da República, que "todos têm o 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 ou preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

O meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui direito fundamental e as complexidades de um dano ambiental, ressaltando-se a impossibilidade de reparação, levam ao entendimento de que o mais importante é a prevenção. Daí a necessidade de uma tutela inibitória do ilícito, a única realmente efetiva, na hipótese (LEITE, 2002, p. 155).

Além das colocações expostas, há que se reconhecer que, se o ambiente saudável e adequado é direito fundamental, não é admissível qualquer interpretação restritiva. Deve-se interpretar a norma de forma que lhe seja dada a maior efetividade e aplicabilidade possível.

O Direito Ambiental é norteado por vários princípios, que estão expressamente ou implicitamente consagrados na Constituição da República de 1988. Cabe salientar que a concepção de princípio adotada é aquela de que o encara como espécie de norma, ao lado das regras. Quanto à força normativa dos princípios, ensina PAULO BONAVIDES (2003, p. 277/279) que são normas primárias, que diferenciam-se das regras do ponto de vista qualitativo. Quanto ao tema, são pertinentes as lições de HUMBERTO ÁVILA (2004, p. 26):

Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.

Destaca-se o "princípio do poluidor-pagador", o qual significa que aquele empreendedor que exerce uma atividade potencialmente poluidora deve assumir os riscos gerados ao meio ambiente. O potencial poluidor ou o empreendedor, ao praticar sua atividade ou produzir, cria custos ambientais ou externalidades negativas ao meio ambiente que são suportadas por toda a sociedade. A intenção do princípio em comento é fazer com que os empreendedores internalizem tais negatividades.

Tal princípio não quer legitimar a atividade daquele que polui, através do simples pagamento ou reparação. Na verdade, pretende evitar o próprio ilícito ambiental. Trata-se de uma prevenção geral.

Por fim, o princípio em comento visa imprimir responsabilidade àquele que leva a efeito uma atividade potencialmente poluidora, tratando-se de responsabilidade objetiva, baseada no risco integral. Restou consagrado no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, ao dispor que "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Os doutrinadores Leite e Ayala (2002, p. 77/78), ressaltando o caráter preventivo do princípio do poluidor-pagador, explicam que:

A sigla inglesa bem ilustra o equívoco ou certas imprecisões e dificuldades observadas ao se pretender conceituar o princípio na doutrina, indicando

que seu conteúdo é essencialmente cautelar e preventivo, importando necessariamente na transferência dos custos e ônus geralmente suportados pela sociedade na forma de emissões de poluentes ou resíduos sólidos, para que seja suportado primeiro pelo poluidor. E os custos de que tratamos não objetivam originariamente a reparação e o ressarcimento monetário, através da fórmula indenizatória e compensatória reproduzida pela legislação civilística, mas envolvendo todos os custos relativos, principalmente, à implementação de medidas que objetivam evitar o dano, medidas de prevenção ou mitigação da possibilidade de danos, que devem ser suportadas primeiro pelo poluidor, em momento antecipado, prévio à possibilidade da ocorrência de qualquer dano ao meio ambiente, mediante procedimento econômico de largo uso na economia do ambiente, que consiste na internalização de todas as externalidades nos custos de produção da atividade pretensamente poluidora.

Sendo assim, há que se reconhecer que o princípio em comento tem aspecto preventivo, visto que o poluidor é pagador antes de poluir, ou seja, paga para não poluir.

O princípio da prevenção é o mais importante do Direito Ambiental, significando que se deve evitar qualquer risco de lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto que a reparação é incerta e o dano, imensurável.

Tal princípio também foi implicitamente consagrado na Constituição da República de 1988, na norma do artigo 225. A Conferência da Terra ou ECO 92 elaborou o princípio 15, que consagra o princípio da prevenção, dispondo que "Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente."

Assim, o direito ao meio ambiente equilibrado é inviolável, pelo que a simples probabilidade da conduta ilícita, ou seja, contrária a tal direito, pode e deve ensejar o acionamento do Poder Judiciário para que evite a sua prática, ou seja, para que preste a tutela inibitória.

6.4. Fundamentos da tutela inibitória coletiva ambiental no direito brasileiro

A conformação jurídica do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que foi consagrada no Direito pátrio, principalmente conferida pela Constituição da República de 1988, demonstra que se trata de um direito fundamental inviolável, pela sua própria natureza.

No presente trabalho interessa o meio ambiente saudável como direito difuso, que é assegurado através de uma tutela coletiva, que é a mais adequada à defesa do meio ambiente, considerando suas peculiaridades. Mas há que se reconhecer que o direito ao meio ambiente equilibrado também tem sua faceta individual, podendo ser objeto de conflitos intersubjetivos.

As especificidades do dano ambiental, segundo a experiência ordinária e o conhecimento científico, levam à conclusão de que a tutela repressiva não é efetiva, visto não ser possível o retorno ao estado anterior ou mesmo mensurar os danos sofridos pelo meio ambiente. Por isso, o importante é a prevenção, o que deve ser levado em consideração pelos operadores do direito.

Cabe ao Direito Processual Civil, portanto, fornecer instrumentos capazes de garantir a inviolabilidade do direito fundamental ao meio ambiente saudável, o que somente ocorre com a admissão da tutela jurisdicional inibitória atípica. Na lição de MARINONI (2006, p. 94/95):

Para a demonstração da importância da tutela inibitória no plano dos direitos transindividuais, torna-se adequada a análise da tutela do meio ambiente, uma vez que este é um dos lugares em que a inefetividade da tutela ressarcitória evidencia-se de modo mais claro. Se é verdade que cresce em importância, nos últimos tempos, a reparação específica do dano ecológico, e que é necessária a responsabilização, ainda que pelo equivalente, daquele que agride o meio ambiente, o certo é que não se pode admitir, no campo do direito ambiental, a troca da tutela específica e preventiva do bem tutelado pela tutela ressarcitória, sob pena de admitir-se, implicitamente, uma lógica perversa, que justificaria o cínico "poluo, mas pago". Como é evidente, a admissão da tutela ressarcitória no campo do direito ambiental não significa a aceitação da poluição, mas

objetiva evitar que o dano ecológico fique sem a devida reparação; para que não ocorra a degradação do meio ambiente, é imprescindível a atuação preventiva e, assim, a tutela inibitória.

A Constituição da República, na norma do artigo 225, determina que o Poder Público tem o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Assim, caracterizada a omissão do Estado na defesa do meio ambiente, diante de determinada situação fática, será possível afastar a omissão ilícita através da tutela inibitória. Nesse sentido, as colocações de STONOGA, 2005, p. 107.

Desta feita, a tutela inibitória coletiva ambiental encontra fundamento no próprio perfil constitucional do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, intimamente ligado aos direitos fundamentais à saúde e à vida e corolário da dignidade da pessoa humana.

Na consagração dos princípios ambientais, a Constituição de República criou poderes-deveres à Administração Pública, pelo que no tocante aos atos e omissões do Estado é que se encontra campo fértil para a tutela inibitória.

Analisa-se, por exemplo, o licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras. A Constituição dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público "exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade" (artigo 225, § 1º, inciso IV). A norma constitucional, em consonância com o princípio da prevenção ou precaução, imprimiu ao Poder Público um dever, sendo certo que sua omissão poderá dar ensejo à tutela inibitória positiva contra o Estado.

Como é cediço, o tratamento do esgoto e o regular depósito de resíduos sólidos são deveres do Poder Público. Quando a Administração Pública não cumpre seu dever, permitindo que o esgoto deságüe nos rios sem tratamento e mantendo um irregular "lixão", está descumprindo a norma do artigo 225, da Constituição da República, e, assim, ameaçando a sanidade do meio ambiente. Portanto, caracteriza-se uma omissão ilícita em desfavor do meio ambiente saudável, que se propaga no tempo, que pode ser afastada pela tutela inibitória. Sobre o tema, ensina MARINONI (2006, p. 109/110):

O não cumprimento de um dever legal por parte da Administração, necessário para evitar a degradação do meio ambiente, evidentemente não se exaure em um único momento, mas se perpetua no tempo. A distinção entre ato contrário ao direito (ilícito) e fato danoso permite enxergar que a simples violação de um dever pode abrir ensejo a danos, na medida em que a omissão ilícita caminha no tempo. Assim, em um caso como este, a ação não é voltada contra um ilícito que já se exauriu, mas sim contra uma ação ilícita.

Ressaltando a relação da tutela preventiva com o próprio direito material, JOSÉ RUBENS e PATRYCK ARAÚJO (2002, p. 155/156) defendem que a precaução e a prevenção são critérios de ordenação da tutela jurisdicional ambiental.

Notadamente, dizer que a tutela inibitória encontra fundamento no próprio direito material, não significa negar a natureza abstrata do direito de ação e nem a autonomia de relação jurídica processual. Representa, em verdade, a busca da efetividade do processo e a realização dos escopos social, político e jurídico da jurisdição.

Vale a transcrição da profícua lição de JOSÉ RUBENS e PATRYCK ARAÚJO (2002, p. 154):

Nesse espaço teórico, afigura-se a necessidade premente de adequação do conteúdo e dos efeitos das modalidades de tutela em face da especialidade do bem ambiental, postura que traz para o centro dos debates da tutela jurisdicional ambiental o reconhecimento de que a leitura do ambiente a partir da perspectiva do sistema de justiça exige a proposição imediata de novos modelos de atuação coletiva na tutela dos interesses transindividuais e dos próprios sistemas jurídicos de responsabilização, tendo agora os mandados de precaução e prevenção como objetivos estruturantes de sua organização.

Assim delineado o tema, resta comprovado que a Constituição da República de 1988 consagrou o direito ao meio ambiente saudável como direito fundamental, inerente à dignidade da pessoa humana, sendo certo que por sua natureza é inviolável. Diante da inviolabilidade do direito,

estampada na Constituição da República, a tutela processual adequada é a inibitória do ilícito, pelo que cabe ao Poder Judiciário prestá-la, sob pena de negação do direito e inobservância da própria Constituição.

Há que se reconhecer que a tutela inibitória coletiva ambiental também encontra fundamento na Constituição República de 1988, notadamente no artigo 5º, inciso XXXV, que consagra o princípio da inafastabilidade. Portanto, possui status constitucional.

Com efeito, referido dispositivo dispõe expressamente que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a "ameaça a direito". Assim, diante do caso concreto, caracterizada a probabilidade da conduta contrária ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não há dúvida que está demonstrada uma ameaça ao direito, cabendo, pois, o ajuizamento de uma ação civil pública ou coletiva, visando evitar a prática do ato ilícito e, assim, preservando-se sua inviolabilidade.

Tratando do fundamento constitucional da tutela inibitória, ensina Andreza Cristina Stonoga (2005, p. 26):

A tutela preventiva é intrínseca ao Estado Democrático de Direito. Portanto, não é necessária a previsão infraconstitucional para a propositura da pretensão inibitória. A garantia da inafastabilidade do controle judicial garante a adequada tutela do direito, de molde a se impedir sua violação. A prevenção do ilícito é indispensável para um ordenamento jurídico-constitucional que se funda na dignidade da pessoa humana e que busca garantir, na prática, esse fundamento.

Tratando do princípio da inafastabilidade, consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, CÂMARA (2002, p. 48) afirma que a norma destina-se não só ao legislador, mas também ao juiz. Veja-se suas pertinentes colocações:

Tal afirmação significa o seguinte: se a Constituição nos garante a todos o direito de acesso ao Judiciário, a tal direito deve corresponder - e efetivamente corresponde - um dever jurídico, o dever do Estado de tutelar as posições jurídicas de vantagem que estejam realmente sendo lesadas ou ameaçadas. Tal tutela a ser prestada pelo Estado, porém, não pode ser meramente formal, mas verdadeiramente capaz

de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçada para o qual se pretende proteção. Em outras palavras, ao direito de todos temos de ir a juízo pedir proteção para posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas corresponde ao dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional adequada.

No mesmo sentido, são os ensinamentos de THEODORO JÚNIOR (2004, p. 36), GRINOVER (2005, p. 147), SILVA (2005, p. 430/431), MORAES (2005, p. 71/72) e NERY JÚNIOR (2006, p. 131). Este último doutrinador expõe que:

Todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se. O princípio constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.

MORAES (2003, p. 292/293) registra decisão do Supremo Tribunal Federal que retrata a essência da prestação jurisdicional, concebida no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República:

STF - "A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma mais completa e convincente possível" (STF - 2ª T. - Rextr. n.º 158.655-9/PA - Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 2 maio 1997, p. 16.567).

No plano infraconstitucional a tutela inibitória coletiva ambiental também encontra guarida. Com efeito, a norma do artigo 84, da Lei n. 8.078/90, que prevê a tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer e integra o microsistema de proteção dos direitos metaindividuais, configura-se como instrumento hábil para que o órgão jurisdicional preste a tutela preventiva.

O sistema brasileiro de tutela coletiva abarca a tutela inibitória. É o que é possível aferir da Lei n.º 7.347/85 e Lei n.º 8.078/90.

A norma do artigo 11, da Lei n.º 7.347/85, dispõe que "na ação que

tenha objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".

O dispositivo é absolutamente claro em admitir uma tutela preventiva, notadamente quanto às modalidades de tutela inibitória que visa impedir a continuidade ou repetição do ilícito. A norma do artigo 12, do mesmo diploma legal, dispõe quanto à possibilidade de deferimento de liminar, o que se revela de grande importância, mormente quando se tratar de matéria ambiental.

Entretanto, as regras apontadas podem ser invocadas para fundamentar a tutela inibitória tendente a evitar a prática do ilícito.

O artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, que tem redação similar à norma do artigo 461, do Código de Processo Civil, dispõe que "na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

Tal norma é instrumento que viabiliza a tutela inibitória em todas as modalidades, inclusive na sua forma mais pura, que é aquela em que se busca evitar a prática do ilícito, mesmo sem a existência de qualquer ato contrário ao direito anterior.

Como visto anteriormente, o artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, integra o microsistema de processo coletivo, pelo que pode ser invocado para a proteção do meio ambiente. Portanto, supondo-se que as circunstâncias fáticas indicam que uma atividade potencialmente poluidora está prestes a ser realizada sem o devido e prévio licenciamento ambiental, o Ministério Público poderá ajuizar ação civil pública com pedido de tutela inibitória, visando evitar a prática do ato ilícito.

A tutela preventiva é a adequada e efetiva para a garantia dos direitos difusos e, assim, do direito ao meio ambiente saudável. Neste tocante, a norma do artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor determina que "para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública

formam um sistema processual de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, visto que o artigo 90, do primeiro manda aplicar às ações fundadas em suas normas as disposições da primeira; e o artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública também dispõe que aplicam às ações nela fundadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, não resta dúvida que a norma do artigo 84 pode ser invocada para a tutela de qualquer interesse difuso (STONOGA, 2005, p. 28).

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a existência do microsistema de processo coletivo na ordem jurídica brasileira, conforme exposto acima, no Recurso Especial n.º 157.838/SP. É o que registra CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN e BRUNO MIRAGEM (2006, p. 1.048):

Processo civil e direito econômico - FGTS - Correção - Inclusão do IPC - Ação civil pública - Inexistência de litispendência com ação individual de pólo ativo plúrimo - Falta de identidade entre as partes e os pedidos formulados. 1. O processo coletivo é regulamentado de forma integrativa pelos dispositivos contidos no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Processo Civil. 2. A litispendência, segundo a Lei Processual vigente, se configura quando houver identidade entre os elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir. In casu, nas ações apontadas como litispendentes, as partes não são as mesmas e os pedidos têm natureza diversa. 3. Recurso especial conhecido e improvido para afastar a alegação de litispendência entre a ação civil pública e outra de caráter individual. Decisão unânime (STJ - Resp 157838/SP - rel. Min. Demócrito Reinaldo - j. 01.09.1998 - DJU 19.10.1998, p. 29).

Ao comentar o artigo 461, do Código de Processo Civil, que possui redação idêntica àquela do artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, NELSON NERY JÚNIOR (2006, p. 586) afirma categoricamente que a norma prevê a tutela inibitória:

Destinada a impedir, de forma imediata e definitiva, a violação de um direito, a ação inibitória, positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), ou, ainda, para a tutela das obrigações

de entrega de coisa (CPC 461-A), é preventiva e tem eficácia mandamental. A sentença inibitória prescinde de posterior e seqüencial processo de execução para ser efetiva no mundo fático, pois seus efeitos são de execução lato sensu...

Portanto, não resta dúvida que a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor constituem diplomas legais que trazem normas processuais idôneas à tutela preventiva do meio ambiente.

A tutela inibitória coletiva ambiental encontra respaldo também na efetividade da tutela jurisdicional e na instrumentalidade do processo, como corolários do princípio do acesso à justiça.

O princípio do acesso à justiça, em âmbito coletivo, significa que qualquer pessoa pode buscar a tutela jurisdicional adequada de seu direito, seja preventiva ou reparatória.

Restou consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, ao dispor que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Na lição de NELSON NERY JÚNIOR (2004, p. 132):

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.

A essência do princípio do acesso à justiça ou acesso à ordem jurídica justa é a prestação de uma tutela jurisdicional adequada. Somente será adequada a tutela jurisdicional que assegure a efetividade do direito e seja prestada em tempo hábil para tanto.

No caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a tutela realmente adequada, diante de todo o perfil que envolve a matéria, a tutela realmente adequada é a tutela inibitória, visto que por sua natureza é direito inviolável.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional significa, por outro lado, que o juiz não pode se abster de prestar a tutela jurisdicional a pretexto de que não exista uma previsão expressa no ordenamento jurídico. Sendo assim, a ausência de uma norma que trate expressamente da tutela inibitória não pode fazer com que o Poder Judiciário deixe de prestar a tutela jurisdicional. NERY JÚNIOR (2004, p. 147) ensina que:

No caso de o magistrado deixar de sentenciar alegando que a hipótese não está contemplada na lei, haverá ofensa à indeclinabilidade da função jurisdicional e, conseqüentemente, ao postulado do direito de ação, garantido constitucionalmente. A decisão que - infelizmente, ocorre amiúde no foro - indefere a pretensão "por falta de amparo legal" não tem guarida no sistema constitucional processual brasileiro. Primeiro porque a decisão precisa ser fundamentada, sob pena de nulidade, de acordo com o art. 93, n. IX, CF. Segundo porque o juiz, preenchidas as condições da ação e pressupostos processuais, deve pronunciar-se sobre o mérito da pretensão do autor, concedendo ou negando a tutela jurisdicional a ele solicitada. No caso de a negar, deverá dizer qual a lei que proíbe o deferimento do pedido. Somente assim estará agindo corretamente indeferindo a pretensão por falta de amparo legal e atendendo ao preceito constitucional do direito de ação e da fundamentação das decisões judiciais.

A instrumentalidade do processo significa que o processo é o meio de plena realização do direito substancial. A relação jurídica processual não pode ser um fim em si mesmo, mas sim deve ser encarada como instrumento de garantia do direito material.

Assim, o que importa são resultados esperados através do processo e não este como técnica. Não se trata, notadamente, de desprezar a autonomia do processo, mas sim de ressaltar o fim a que se destina. Cabe ressaltar também que quando é afirmado que o processo é instrumento de realização do direito material, o que está em mira é a satisfação da pessoa humana. A idéia é tutelar o direito da pessoa humana.

A concepção exposta está no âmbito jurídico, vislumbrando o escopo jurídico da jurisdição. Entretanto, DINAMARCO (2008, p. 178/184) ensina que é insuficiente, pois a função jurisdicional possui escopos sociais e

políticos também.

O escopo social da função jurisdicional é a pacificação social com justiça e educação, no sentido de conscientização das pessoas quanto a seus direitos e deveres.

O escopo político da jurisdição está em três aspectos. Primeiro, está em manter a integridade e legitimidade do ordenamento jurídico, como manifestação da soberania estatal, que possui o poder de decidir e fazer imperar as suas decisões. Segundo, está em limitar o próprio poder estatal em nome das liberdades públicas, vislumbrando a dignidade da pessoa humana. Terceiro, está na preservação e garantia de participação popular, que é inerente à noção de democracia.

Sintetizando, o escopo político da jurisdição é a própria estabilidade e preservação da ordem jurídica democrática e da igualdade e liberdade.

Cabe salientar, no tocante ao escopo jurídico da jurisdição, há duas correntes: a primeira, a teoria dualista ou declaratória, defende que a jurisdição representa a atuação concreta da lei; a segunda, a teoria unitária ou constitutiva, que defende que o juiz faz a justa composição da lide (DINAMARCO, 2008, p. 223).

Há que se reconhecer que o melhor entendimento é aquele da teoria dualista ou declaratória, visto que o juiz, não obstante tenha o poder-dever de se valer de uma hermenêutica construtivista em busca da justiça para o caso concreto, não cria o direito para o caso concreto.

O importante é lembrar que a concepção da instrumentalidade do processo está intimamente ligada à efetividade dos direitos individuais e coletivos.

Nesse sentido, a tutela inibitória está em consonância com a instrumentalidade do processo.

A efetividade do processo, por sua vez, significa que processo precisa alcançar os resultados pretendidos, pelo que cabe ao legislador criar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos e aos operadores do direito interpretarem as normas de modo a abstrair das mesmas a prestação jurisdicional adequada, do ponto de vista jurídico, político e social. A tutela inibitória é imprescindível para a efetividade do direito à sanidade do meio ambiente.

Por fim, a tutela inibitória ambiental encontra consonância com o princípio da razoabilidade, que se caracteriza pela adequação de sentidos entre os motivos (circunstâncias fáticas), os meios e os fins, levando-se em

consideração os valores fundamentais da organização estatal (ordem, segurança, solidariedade; entre outros, especialmente, justiça). Nesse sentido, a profícua lição de BARROSO (2003, p. 224):

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação do mandamento da razoabilidade, embora possa ela radicar-se perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.

6.5. Conclusão

A tutela inibitória é uma tutela jurisdicional de caráter preventivo, obtida por uma ação de conhecimento, que visa afastar o ilícito, evitando sua prática, continuidade ou repetição.

Não se confunde, portanto, com a tutela cautelar, visto que não visa resguardar o resultado de outro processo.

Existem três modalidades de tutela inibitória, quais sejam, a que visa evitar a prática do ato ilícito, sendo a forma mais pura, já que não há um ato contrário ao direito anterior. Também há aquela que busca evitar a repetição do ato ilícito. Por último, aquela que tende a evitar a continuidade do ato ilícito.

A tutela inibitória que busca afastar a continuidade do ilícito não se confunde com a tutela de remoção do ilícito. Naquela a ação ou omissão ilícita se prolonga no tempo, nesta o que se protraí no tempo são os efeitos do ato ilícito já praticado. Assim, aquela se dirige para o futuro e esta para o passado.

O ato ilícito não está integrado pelo dano, devem ser concebidos

distintamente. O ato ilícito é o ato contrário ao direito. O dano é a consequência eventual do ato ilícito. A distinção é importante para a efetividade da tutela jurisdicional inibitória, visto que é muito mais difícil a comprovação da probabilidade do dano do que da probabilidade da prática do ato ilícito. Veja-se que a importância está relacionada ao campo probatório.

Quanto à efetividade da tutela processual do meio ambiente, a tutela inibitória é a adequada, sendo imprescindível ao acesso à ordem jurídica justa.

Com efeito, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui direito fundamental do ser humano e assim foi concebido pelo constituinte. A norma do artigo 225, da Constituição da República de 1988, dispõe que "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Abstrai-se da norma constitucional que se trata de direito inviolável, por sua própria natureza. Trata-se de direito humano, portanto, pelo que não admite interpretação restritiva. Está intrinsecamente ligado aos direitos fundamentais à saúde e à vida. Desta feita, é corolário da dignidade da pessoa humana, já que somente em um ambiente saudável o ser humano pode desenvolver plenamente suas potencialidades.

A Constituição da República consagrou os princípios de direito ambiental, destacando-se o princípio da prevenção ou precaução. A tutela inibitória é irradiação deste princípio, no plano processual. A simples dúvida deve ser decidida em prol da proteção do meio ambiente.

Diante de tais contornos e considerando as peculiaridades de um dano ambiental, que é irreparável e imensurável, a tutela ressarcitória é inadequada, pelo que não satisfaz a efetividade e instrumentalidade do processo.

Portanto, o meio ambiente não prescinde de uma tutela preventiva e a ausência de previsão expressa não pode servir de obstáculo à sua concessão.

A tutela inibitória, no Brasil, possui fundamento constitucional, decorrendo da norma do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, ao dispor que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A probabilidade da prática de um ato contrário ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por si só, caracteriza "ameaça" ao direito, pelo que cabe ao Judiciário prestar a tutela processual adequada e afastar a ameaça, evitando a prática do ilícito, através da imposição de prestação de fazer ou não fazer (tutela mandamental).

No plano coletivo, o artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor viabilizam a tutela inibitória. Os diplomas legais citados formam um sistema de tutela processual de direitos metaindividuais, pelo que podem ser invocados à proteção do meio ambiente, enquanto direito difuso.

6.6. Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de direito ambiental. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 8ª ed., v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Délton Winter de. A proteção jurisdicional do meio ambiente: uma relação jurídica comunitária. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 24, Ano 6, outubro-dezembro, 2001.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. Revista de Direito Público. São Paulo: v. 49-50, p. 34-41, 1977.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 21ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

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

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: individual e coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Editora RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina-prática-jurisprudência-glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição federal comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 24ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

STONOGA, Andreza Cristina. Tutela inibitória ambiental. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 41ª ed., v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

7. União Estável: Um instituto em evolução

André Ricardo Fonseca Carvalho

RESUMO

O presente artigo tem o escopo de analisar o instituto da união estável. Com efeito, vários dispositivos já eram contemplados pela Lei nº. 8.791/94, bem como pela Lei nº. 9.278/96, tendo o legislador reunido a matéria em uma estrutura codificada. Ressaltar-se-á que o Código Civil possui algumas imperfeições de técnica legislativa, dificultando a interpretação da matéria. Ademais, cabe ao legislador tratar o tema com maior profundidade, o que será abordado no presente trabalho.

*3º Promotor de Justiça de Colinas do Tocantins.

7.1. Introdução

A família é a instituição núcleo, "é o sustentáculo e o santuário da sociedade, e gozo da proteção do Estado, com fonte no texto constitucional".

Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade: 'a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este lócus que se renova sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência familiar'. Na idéia de família, o que mais importa - a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo - é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade².

Por muito tempo, a noção de família esteve intimamente ligada aos

1. COSTA JÚNIOR, Dijoosete Veríssimo. União Estável: o reconhecimento da existência do amor e da entidade familiar. Disponível em <http://www.jus2.uol.com.br> >. Acesso em: 27.mai.2008.

2. PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. Direito de Família e o Novo Código Civil. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 7.

princípios do modelo patriarcal, vinculada aos ditames socioeconômicos, tendo como origem, exclusivamente, o casamento, todavia, paulatinamente, a sociedade foi se transformando. O amor tornou-se o elemento essencial de qualquer união, seja ela regida pelo matrimônio ou simplesmente por uma união livre.

Não mais se relaciona o conceito de família ao exclusivo modelo tradicional. Este cede espaço às relações de afeto entre si. Foi nesse contexto que a união estável, instituto tão antigo como a história da humanidade, alcançou um espaço novo.

No presente trabalho, após analisarmos a evolução legislativa sobre a união estável, apresentando o seu conceito e demais elementos, tratar-se-á sobre a atual disposição da matéria no que tange aos textos legais, demonstrando a necessidade de maior avanço por parte do legislador.

7.2. Evolução legislativa

Observa-se que a constituição de família, ao longo do tempo, teve origem em outras formas de união, não estando atrelada, unicamente, ao casamento. O instituto da união estável coexiste de longa data na realidade brasileira, tendo sido renegado pelas legislações codificadas, uma vez que não se enquadrava aos padrões morais da sociedade. Os costumes e os valores morais foram modificando-se, tendo o legislador concedido nova relevância a elementos subjetivos como amor, afeto e respeito, carecendo de uma nova ordem.

Assim, a lei foi adaptando-se a novos padrões de moralidade, uma vez que "não se adianta aos fenômenos sociais, vem sempre ao encontro deles"³. A consolidação do instituto da união estável não ocorreu de rompante. Primeiramente, verificou-se o reflexo de semelhantes alterações nas decisões dos Tribunais brasileiros, visto que os conflitos oriundos da união estável exigiam uma resposta, a qual não poderia apresentar-se contrária à solução dada para os problemas da união matrimonial, contudo, a matéria era discutida no campo obrigacional. Em um segundo

3. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - volume 6. Direito de Família. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 450.

momento, houve alterações nos textos do direito posto, deslocando a discussão para a seara familiar.

A Constituição da República de 1988 representou um grande salto para o reconhecimento e consolidação dos direitos dos companheiros, nos termos do artigo 226, § 3º, tendo sido, posteriormente, regulamentada pelas Leis nº. 8.971/94 e nº. 9.278/96. A promulgação dessas leis foi essencial para que os companheiros conseguissem ter seus direitos reconhecidos, e para que adquirissem, definitivamente, o status de entidade familiar.

Dessa forma, a exagerada formalidade que o casamento exigia para que se concretizasse a entidade familiar deixou de ser o único meio para se constituir família, encontrando seus pressupostos, além de outros, na união estável. Faz-se necessário lembrar que antes do advento da Constituição da República de 1988, o ordenamento encarregou-se de assegurar direitos à companheira e sua prole, em textos esparsos.

Com efeito, o Decreto-Lei nº. 4.737, de 24/09/1942, já dispunha sobre o reconhecimento dos filhos tidos fora do casamento, assim como a Lei nº. 883, de 21/10/1949, para não se falar no avanço representado pela Lei nº. 6.515, de 26/12/1977 (Lei do Divórcio). A Lei nº. 6.015, de 31/12/1973 (Lei dos Registros Públicos), em seu artigo 57, § 2º, representou mais um passo no reconhecimento do direito da companheira, ao dispor sobre a possibilidade de acréscimo do patronímico do companheiro ao nome da mulher solteira, desquitada ou viúva.

A legislação acidentária, também, ocupou-se de proteger a companheira, desde o Decreto nº. 2.681, de 01/12/1912, quanto a acidente ocorrido em transporte (art. 22) e, posteriormente, pelo Decreto-Lei nº. 7.036, de 10/11/1944, pela Lei nº. 6.367, de 19/10/1976, e seu regulamento, representado pelo Decreto nº. 79.037, de 24/12/1976, o qual em seu artigo 59 determinou que fosse aplicada, subsidiariamente, a legislação de previdência social do INPS aos acidentes de trabalho. Posteriormente, o Decreto nº. 89.312, de 23/11/1984, determinou em seus artigos 10, inciso I, e §§ 4º a 6º, e 11, que a companheira mantida há cinco anos pelo segurado seria considerada dependente deste, sendo corroborado pela Súmula nº. 35 do STF: "Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amáσιο, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio".

7.3. Conceito

O problema da precisão semântica do instituto da união estável foi solucionado pelo Código Civil de 2002, trazendo, em seu artigo 1.723, a definição deste instituto, verbis:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradora e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§2º. As causas suspensivas do art. 1523 não impedirão a caracterização da união estável.

De acordo com os ensinamentos do prof. Álvaro Villaça Azevedo:

O conceito de união estável, retratado no art. 1.723 do novo Código Civil, corresponde a uma entidade familiar entre homem e mulher, exercida contínua e publicamente, semelhante ao casamento. Hoje, é reconhecida quando os companheiros convivem de modo duradouro e com intuito de constituição de família. Na verdade, ela nasce do afeto entre os companheiros, sem prazo certo para existir ou terminar. Porém, a convivência pública não explicita a união familiar, mas somente leva ao conhecimento de todos, já que o casal vive com relacionamento social, apresentando-se como marido e mulher⁴.

A definição trazida pelo Código Civil já era encontrada no artigo 1º da Lei nº. 9.278/96. Assim, curial salientar que o legislador perdeu uma oportunidade de redefinir o conceito do instituto.

A crítica é de autoria de Regina Beatriz Tavares da Silva. De acordo

4. AZEVEDO, Álvaro Villaça. A união estável no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 191, 13 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4580>>. Acesso em: 28 maio 2008.

com a professora: "a união estável existe diante da constituição de família e não simplesmente do 'objetivo de constituição de família', já que se assim fosse, o mero namoro ou noivado, em que há somente o objetivo de formação familiar seria equiparado à união estável⁵", sugerindo modificação do dispositivo, com clara referência à constituição de família e não apenas a seu objetivo.

7.4. Elementos constitutivos da união estável

Podemos enumerar alguns elementos constitutivos do instituto ora estudado. O primeiro deles diz respeito a uma união contínua e duradoura. Não se pode considerar qualquer união fugaz e passageira, reduzida a simples, mesmo que reiteradas, relações sexuais sem animus de constituição de família, como sendo união estável. Outro elemento é a diversidade de sexo, tal como no casamento, torna-se intrínseco a união entre homem e mulher. O relacionamento homoafetivo, mesmo duradouro e estável, não mereceu proteção do nosso ordenamento jurídico, não se amoldando aos direitos de índole familiar.

A publicidade é fator, também, essencial. Os companheiros devem manter união como se marido e esposa fossem, a união deve ser reconhecida dentro e fora do círculo dos amigos, de pessoas íntimas, de vizinhos, integrando-se ao convívio social. Por último, o objetivo de constituição de família, acima aludido, deve haver entre o casal comunhão de vida e de interesses.

Lado outro, insta observar que a vida em comum, em mesma moradia, não constitui elemento do instituto, conforme entendimento já consagrado pela Súmula nº. 382 do Supremo Tribunal Federal⁶.

5. FIUZA, Ricardo (coordenador). Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1532.

6. Súmula nº. 382 do STF: "A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato".

7.5. Direitos e deveres pessoais

O artigo 1.724 do Código Civil determina que as relações pessoais entre os companheiros devem se pautar na lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

A lealdade deve ser entendida em conjunto com o termo respeito, inserindo-se a noção de fidelidade recíproca, à luz do princípio monogâmico estabelecido pelo nosso ordenamento jurídico.

A assistência engloba os aspectos material e moral. O companheirismo, que se espera de uma relação afetiva, diz respeito à mútua assistência moral, implicando em cuidados pessoais nas enfermidades, no socorro, no apoio durante a adversidade, e o auxílio constante em todos os momentos necessários. Nesse ponto, também, deve-se interpretar conjuntamente com o respeito, na medida em que os companheiros precisam preservar os direitos de personalidade um do outro. Destarte, a assistência material expressa o dever de cooperação e auxílio econômico recíproco, dos encargos dos envolvidos na relação que, quando da dissolução da união, traduz-se nos alimentos, consoante o artigo 1.694 do Código Civil.

A guarda, sustento e educação dos filhos atendem ao dever dos pais, de forma igual entre eles, em propiciar aos filhos o fornecimento de alimentação, moradia, vestuário, assistência médica, e todos os meios para a formação do indivíduo. Ademais, os pais têm o direito e o dever de ter os filhos em sua companhia e sob vigilância, cumprindo-lhes educá-los, dando-lhes instrução e formação moral e espiritual, podendo inclusive terem a guarda compartilhada, a teor do disposto na Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008.

Outrossim, impende salientar que aquelas pessoas que queiram optar por uma união livre em detrimento da forma institucionalizada do casamento, objetivando fuga da regulamentação estatal na sua esfera íntima, vêem seu objetivo frustrado, pois, em conformidade com a lição sempre precisa do professor Rodrigo da Cunha Pereira:

Por mais que a união estável seja o espaço do 'não instituído', à medida que é regulamentada, vai ganhando contornos de casamento. Com isso, aos poucos, vai deixando de ser uma 'união livre', como, aliás, muitas vezes denominada, para se tornar uma

união 'amarrada' às regras impostas pelo Estado. Este é um paradoxo com o qual teremos de aprender a conviver: ao mesmo tempo em que não queremos a intervenção do Estado em nossas relações mais íntimas, buscamos sua interferência para lhe dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca. Com isso, aqueles que não querem se adequar às formalidades e regras do casamento civil ficam sem alternativa, pois a regulamentação da união estável está cada vez mais próxima à de um casamento formal⁷.

7.6. Concubinato e união estável

Cabe aqui abrir um parêntesis para distinguir os dois tipos de união livre que a doutrina enumera, quais sejam, o concubinato puro e o impuro. A primeira refere-se à união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, solteiros, divorciados, separados legalmente, separados de fato, constituindo família; conceito próximo à noção de casamento. A segunda, por seu turno, diz respeito à relação escondida, desconfiada, sem ligação afetiva, sem ânimo de constituição de família, relação adúlterina, desleal, paralela ao vínculo matrimonial, aproximando-se da origem etimológica da palavra, reduzindo-se a simples comunhão de leitos. Em atenção ao princípio da monogamia, vigente em nosso ordenamento, este último tipo de união carece de proteção jurídica.

O Código Civil, em seu artigo 1.727, inova ao inserir a distinção expressa de união estável e concubinato, estabelecendo que: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

Referido dispositivo merece, também, uma crítica, haja vista que o legislador considerou, no artigo 1.723, § 1º, que os separados de fato, impedidos legalmente de casar, estão legitimados à constituição de união de fato, portanto, há contradição entre os dois dispositivos.

Anote-se, então, que com a introdução desse dispositivo, não há que se falar em concubinato puro e impuro. O termo concubinato refere-se apenas às relações nas quais há impedimento ao casamento.

7. Ob. cit. p. 237.

7.7. Tempo

Quanto ao fator tempo da relação, o Código Civil, de forma acertada, não mencionou lapso temporal mínimo para a configuração da união estável, haja vista que este fator não é determinante para a observância do instituto.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial, mesmo após o advento da Lei nº. 9.278/96, já se encontrava assente. Assim vejamos:

Concubinato - Alimentos - União Estável - Prazo mínimo de convivência de cinco anos - Lei nº. 8.971/91 - Derrogação, no mínimo em parte, quando não total, pela Lei nº. 9.278/96. A lei nº. 8.971/94 fixou prazo "há mais de cinco anos" para fins de assistência mútua alimentar entre concubinos, mas a Lei nº. 9.278/96, disciplinando norma constitucional, omitiu prazo e consignou "convivência duradoura, pública e contínua", deixando, em termos, ao critério do julgador estabelecer o prazo e condições para reconhecimento da união estável, o que significa dar ao juiz a responsabilidade enorme de apreciar subjetivamente, no contexto da prova, o que seja convivência duradoura, pública e contínua. (...). (TJSC, 2ªCC, AI n.9.812.159-0, Rel. Des. Vanderlei Romer, DJSC 28.12.1999)

Desta feita, verifica-se a prescindibilidade do lapso temporal para o reconhecimento da união estável, para tal será preciso analisar elementos como a constituição de família e estabilidade.

7.8. Alimentos

O Código Civil consagrou a assistência material entre os companheiros, tendo no primeiro artigo do subtítulo "Dos Alimentos" prescrito que os conviventes podem reclamar reciprocamente a pensão alimentícia (art. 1.694).

A elaboração legislativa não foi de boa técnica. Ao intérprete caberá a análise em sintonia com a realidade jurídica sobre a matéria, o estudo da

mesma implica na conclusão de que devem ser aplicados à obrigação alimentar decorrente da dissolução da união estável os mesmos princípios e regras resultantes da dissolução do matrimônio.

O ilustre professor Francisco José Cahali sugere que seria melhor "ter a Lei introduzido um artigo ou parágrafo estabelecendo 'para todos os efeitos previstos neste título, equipara-se a união estável ao casamento, e os conviventes aos cônjuges⁸¹¹".

7.9. Conseqüências patrimoniais

As regras patrimoniais da união estável eram definidas com base no esforço comum de cada um dos companheiros. A jurisprudência concedia tratamento de natureza obrigacional ao se desfazer a sociedade conjugal fruto de união estável, determinando a divisão entre os companheiros do patrimônio amealhado pelo esforço comum. O que por vezes provocava injustiças, pois a mulher que não auferia renda econômica, destinando-se, tão-somente, aos cuidados com a casa, os filhos e o companheiro, era prejudicada.

O artigo 1.725 do Código Civil trouxe melhoria à situação da companheira ao instituir o regime de comunhão parcial, salvo contrato escrito entre os companheiros. Por conseguinte, caracterizada a união estável, os bens adquiridos na constância da relação, a título oneroso, pertencem a ambos os companheiros. Em caso de dissolução do vínculo, deverão ser partilhados como determinam as regras deste regime.

No que diz respeito ao contrato que pode ser firmado pelos companheiros no tocante aos efeitos patrimoniais da relação, continua a lei a silenciar quanto à sua forma e efeitos. Assim, diversamente do que ocorre com o pacto antenupcial, admite-se instrumento particular. Ademais, não havendo previsão legal de seu registro, os efeitos necessariamente deverão limitar-se aos signatários, por ausente publicidade, o que, por evidente, representa gravíssimo inconveniente da união estável em relação ao casamento.

8. Ob. cit. p. 204.

7.10. Conversão da união estável em casamentos

Apesar do reconhecimento da união estável como forma de constituir família, o ordenamento deixa claro sua preferência pelo modelo formalmente constituído pelas famílias matrimonializadas, ao determinar que a lei facilitará sua conversão em casamento. Conforme ensinamentos do mestre Rodrigo da Cunha Pereira:

A inserção da possibilidade de se converter uma união estável em casamento foi a vitória das forças conservadoras da Assembléia Constituinte de 1988. Está muito mais ligada a um valor moral que propriamente um meio facilitador e prático para 'regularizar' uma relação sem vínculo formal. Converter em casamento tais uniões soa como 'salvação', que tiraria as pessoas de uma relação inferior, de segunda classe, para resgatar-lhes a dignidade com o casamento⁹.

O artigo 1.726, que corresponde ao artigo 8º. da Lei nº. 9.278/96, explicita que o pedido de conversão deverá ser formulado ao juiz. Entretanto, omite-se quanto aos efeitos da conversão. Deixa de explicitar, igualmente, a documentação necessária à instrução do pedido e as provas da existência da alegada união a ser convertida.

Nestas condições, a única diferença com relação ao matrimônio comum será a dispensa de celebração, além do possível efeito retroativo. Quanto a este, embora nada refira a lei, é certo que, na medida em que o casal admite a existência de uma união estável a partir de determinada época, os efeitos desta passam a irradiar desde então. E, como esses efeitos são praticamente os mesmos do casamento, é irrelevante, na prática, a atribuição de efeito retroativo ao matrimônio realizado por conversão.

Grave inconveniente, no entanto, está na determinação de que a conversão em casamento dê-se mediante procedimento judicial. Descumpra aí o legislador, flagrantemente, o comando constitucional (artigo 226, § 3º.), no sentido de que deva ser facilitada a conversão da união estável

9. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil, p. 236.

em casamento. Ocorre que o procedimento em juízo tornará, sem dúvida, mais morosa e onerosa a conversão.

7.11. Considerações finais

Ao cabo das considerações formuladas neste trabalho, em que se pretendeu discorrer sobre as principais nuances na configuração da união estável, sintetiza-se que o instituto foi tratado de maneira superficial pelo legislador, merecendo várias críticas, entre outros pontos discutidos no bojo deste artigo, sendo tecidas diversas considerações sobre questões relevantes.

Assim como na Lei nº. 9.278/96, o legislador definiu o instituto da união estável, trazendo seus elementos, optando por não definir previamente o lapso temporal mínimo necessário à sua caracterização. A configuração da união estável é marcada por impropriedades técnicas e deficiência na redação, o que exige do operador do direito um intenso trabalho interpretativo, além das construções jurisprudenciais que, indubitavelmente, vem clareando os dispositivos.

Com certeza, muito foi feito em defesa do instituto da união estável, entretanto, a complexidade das relações exigem mais, não se podendo dar por satisfeito com o que se tem, uma vez que há a necessidade de um trabalho árduo para garantir tudo o que foi conquistado, e assegurar uma amplitude de direitos que estabeleçam uma forma isenta do preconceito arraigado em nossa sociedade durante o tempo.

7.12. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Álvaro Villaça. A união estável no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 191, 13 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4580>. Acesso em: 28 maio 2008.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. União estável: o reconhecimento da existência do amor e da entidade familiar. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 28, fev. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=548>>. Acesso em: 27 maio 2008.

FIUZA, Ricardo (Coordenador). Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOTUFO, Maria Alice Zaratim. Curso Avançado de Direito Civil. Volume 5. Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. DIAS, Maria Berenice Dias. (Coordenadores). Direito de Família e o Novo Código Civil. 2ª. ed. revista, atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coordenador). Comentários ao Novo Código Civil - Direito das Sucessões Volume XXI (artigos 1784 a 2027 NCC). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, volume 6, Direito de Família. 3ª ed. revista, atual, e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Direito Civil, volume 7, Direito das Sucessões. 3ª ed. revista, atual, e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.



GRAFICART
INDÚSTRIA GRÁFICA E
EDITORA LTDA - EPP

612 SUL (ASR SE 65), QI 07, LOTE 59, Al. 06, PALMAS/TO

(63) 3214.4385

E-mail: graf_art@terra.com.br

O prédio sede do Ministério Público do Tocantins teve sua construção iniciada no mês de Março de 2002, na constância da gestão da então Procuradora Geral de Justiça, Dra. Jacqueline Adorno de La Cruz Barbosa. Ansiado há anos, o referido prédio exibe arquitetura moderna, tendo estrutura metálica e vidros espelhados na fachada, o que o torna imponente e destacado na Avenida LO 04 esquina com a Theotônio Segurado, em Palmas, Capital do Estado do Tocantins.

Possui cerca de 8.595 m² de área construída, distribuída em 04 pavimentos.

A solenidade de inauguração ocorreu no dia 13 do mês de Setembro de 2005, quando a Chefia do "Parquet" era exercida pelo Dr. José Demóstenes de Abreu.

Antes de contar com sua sede definitiva na cidade de Palmas, o Ministério Público Tocantinense foi albergado, nesta urbe, primeiramente, em um "Barracão" construído com madeirite (a exemplo de todos os outros órgãos públicos) e, posteriormente, quando já da consolidação da construção da novel cidade, em um prédio-padrão de Secretaria de Estado. Vale lembrar que, anteriormente ao início da construção de Palmas, a cidade de Miracema do Tocantins foi capital provisória do Estado, sendo que, o Ministério Público Estadual fora instalado na mesma, num modesto imóvel alugado por um ano.

Realização:



Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional
- CESAF -

Apoio:

