

DOCTRINA

O MÍNIMO EXISTENCIAL AMBIENTAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO TRIBUTÁRIO

Alvaro Augusto Santos Caldas Gouveia

Advogado, Mestre em Direito Público pela UFPE

SUMÁRIO

1. Ambiente: conceito e posicionamento na evolução dos direitos humanos fundamentais. 2. Considerações acerca do princípio da dignidade humana e o seu tratamento atual no direito brasileiro. 3. Proteção internacional do ambiente e o desenvolvimento sustentável. 4. Tratamento do ambiente no ordenamento jurídico brasileiro. 5. O direito tributário como estratégia estatal mais adequada à proteção de um mínimo existencial ambiental. Extrafiscalidade e *green taxes*. 6. A “reserva do possível” como limite à proteção do “mínimo existencial”? 7. A prática jurídica brasileira da recepção de institutos jurídicos estrangeiros como “país periférico”. 8. A necessidade da adaptação do conceito do “mínimo existencial” às condições sociais brasileiras. 9. Considerações finais.

1. Ambiente: conceito e posicionamento na evolução dos direitos humanos fundamentais.

O homem, para ter uma vida saudável, necessita viver em um ambiente¹ sadio. Mas, indaga-se, o que pode ser considerado como ambiente? De acordo com Derani, ambiente é “o conjunto das condições de existência humana, que integra e influencia o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento”². Essas condições são classificadas em naturais, psicológicas, culturais, morais, etc.

¹ Adotar-se-á a nomenclatura de MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89. O autor comenta a posição dos autores portugueses quanto à questão e filia-se a ela, considerando “meio ambiente” uma expressão pleonástica, haja vista as duas palavras ‘meio’ e ‘ambiente’ serem palavras que expressam a idéia de envoltório, entorno.

² DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 71.

Considerando a unidade fática do ambiente por causa de seus princípios e objetivos unificados, doutrinariamente, o ambiente pode ser analisado de acordo com algumas divisões: natural, do trabalho, artificial e cultural³.

O ambiente natural é aquele constituído pelo solo, água, flora, fauna e ar atmosférico, ou seja, todos os elementos que possibilitam a vida animal. O ambiente do trabalho é visto como uma decorrência teórica dos direitos fundamentais sociais de “segunda geração”, que visavam preservar as condições humanas em sociedade (direitos sociais) e, neste ponto, resguardaria a incolumidade e a saúde físico-psíquica do ser humano nas suas relações laborais. O ambiente artificial se constituiria pelo espaço urbano construído, formado pelo espaço urbano fechado (conjunto de edificações) e pelo espaço urbano aberto (equipamentos públicos), tomando-se o adjetivo “urbano” como todos os espaços habitáveis e não como contraponto àquilo que vem do campo, ou rural. O ambiente cultural relacionar-se-ia com a história e memória de uma sociedade.

Entretanto, no presente trabalho, não cabe maiores aprofundamentos neste sentido, concentrando-se na noção mais ampla de ambiente, que não se restringe ao seu aspecto natural, o qual ainda hoje é hiperbolizado em relação aos demais. Relevante, aqui, é a evolução do tratamento do ambiente, desde sua sujeição total a motivos econômicos até uma consciência da interdependência entre ambiente e economia⁴.

Hodiernamente, a consagração do ambiente sadio como direito fundamental do homem é algo que ainda suscita uma série de questionamentos, haja vista a dubiedade de seu posicionamento como direito de primeira (ou tradicionais), segunda ou terceira “geração”⁵.

³ Sobre esta divisão ver FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Tutela do meio ambiente em face de seus aspectos essenciais: Os fundamentos constitucionais do direito ambiental, *in*: POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Ensaio em homenagem a Franco Montoro – Humanista e Político**. São Paulo: Loyola, 2001, p. 230-233 e FIORILLO, Celso A. Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 57-71.

⁴ DERANI, Cristiane. Op. cit., 1997, p. 68-71.

⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil**

Neste ponto, observa-se que a diferença entre as gerações de direitos fundamentais do homem é gradual, não substancial. Entretanto, há que se mencionar a posição marcante da doutrina em classificar o direito ao ambiente como direito de “terceira geração”. Faz-se, aqui, necessário uma breve menção às características mais marcantes das três “gerações” dos direitos fundamentais⁶.

Os direitos considerados de “primeira geração”, direitos civis e políticos, são assim denominados por terem se desenvolvido normativamente antes dos demais, coincidindo sua positivação com o processo de positivação dos Estados. Compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e, releva-se neles, o fato de protegerem direitos individuais – sendo o seu sujeito ativo o ser humano em geral (no caso de direitos civis), ou sendo o sujeito ativo um cidadão em exercício de seus direitos (quanto aos direitos políticos)⁷.

Os direitos de “segunda geração” surgiram no início do século XX, embutidos dos princípios garantidores da liberdade das nações, sendo assim denominados por aparecerem historicamente posteriores aos direitos civis e políticos. Têm natureza social e enfatizam o princípio da igualdade. Têm natureza coletiva e sua prestação pelo Estado beneficia a um grupo de pessoas e as reclamações fundadas neles devem basear-se na falta de prestação generalizada e não individual.

Já os direitos de “terceira geração” são constituídos pelos direitos difusos e caracterizam-se por concernir a grupos de pessoas menos determináveis, e, dentre estas, não existe um vínculo jurídico ou fático exato. São também chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade. Esta geração de direitos materializa poderes cujos titulares são a coletividade em sua integralidade, consagrando o princípio da solidariedade e “constituem um passo importante no

e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 47-48.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 176-179.

⁷ THOMPSON J. José. Contenido de los derechos humanos. Tipología., in: **Serie Educación y Derechos Humanos. 1 - temas introductorios**. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1996, p. 18-19.

processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos fundamentais, caracterizados enquanto valores indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”⁸.

Hodiernamente, não há mais que se prosseguir com essa mencionada ‘repartição’ dos direitos fundamentais do homem, haja vista uma necessária inter-relação entre as “gerações” de Direitos Fundamentais, uma vez que a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos de “terceira geração” e vice-versa, assim, não mais se justificando uma divisão interna desses direitos. Isso pode ser juridicamente evidenciado a partir da I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968), na qual foi proclamada juridicamente a indivisibilidade dos Direitos Fundamentais, e posteriormente reafirmada pela II Conferência Mundial dos Direitos Humanos como conceito fundamental para a preservação do avanço da validade dos mesmos direitos. Em última análise, esta divisão resta inócua, em face de todas as “gerações” se voltarem para a defesa da dignidade humana e, também, em situações reais, da dificuldade de estabelecimento de distinções claras entre estas mencionadas gerações⁹.

Dentro deste quadro doutrinário de direitos fundamentais, é importante se ter em conta que o direito humano fundamental ao ambiente sadio, seja qual for sua espécie, tem que ser mundialmente considerado como imprescindível e fundamental à humanidade, tendo sido acolhido pelos diplomas jurídicos de grande relevância, como as constituições ou tratados internacionais, em face de sua natureza basilar a dignidade humana.

⁸ STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?CodClasse=376&ementa=1809&processo=22164>>. Acesso em: 5 jun. 2002.

⁹ Sobre a indivisibilidade entre as gerações de Direitos Fundamentais da Humanidade e suas razões, ver LIMA JÚNIOR, Jayme Bevenuto. **Os direitos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 76-85 e SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 125.

2. Considerações acerca do princípio da dignidade humana e o seu tratamento atual no direito brasileiro.

O conceito de dignidade tem sua etimologia no latim, *dignitas*, que significa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima¹⁰. As origens para a concepção adotada nos dias de hoje remonta aos estóicos, que consideravam a unidade da espécie humana, igual e livre, repudiando a escravidão “natural” que o pensamento grego de Aristóteles e Platão consagrava. Durante a Idade Média surgiu uma concepção jusnaturalista de dignidade, apoiada pela doutrina da Igreja Católica. Esse estigma jusnaturalista perdeu sua força com o apogeu do Estado Moderno e a consagração dos direitos fundamentais de “primeira geração” em textos jurídicos¹¹.

Por ser uma qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, não sendo criada nem concedida por ordenamentos jurídicos, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como um princípio dos princípios¹². Hodiernamente, deve ser entendida de duas formas: como garantia da existência digna das pessoas e como horizonte para o futuro social¹³.

O princípio da dignidade humana encontra-se textualmente presente em nosso ordenamento jurídico consagrado na Constituição brasileira que, em seu art. 1º, inciso III, o indica como um dos fundamentos do Estado Democrático constituído pela República Federativa do Brasil e não apenas uma manifestação conceitual jusnaturalista¹⁴.

¹⁰ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 14-16 *apud* LEAL, Larissa M. de Moraes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Rev. Faculdade de Direito de Caruaru, ano 33, nº 24, p. 2, 2002. Disponível em: <www.sces.br/direito/revista_fadica/dignidade_humana_2.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2003.

¹¹ LEAL, Larissa Maria de Moraes. Op. cit., p. 2-3.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 41.

¹³ LEAL, Larissa Maria de Moraes. Op. cit., 2002, p. 1.

¹⁴ *Idem. Ibidem.*

Como se apresenta de forma sobranceira aos demais direitos fundamentais, a dignidade humana deve apresentar-se como importante critério na elaboração dos orçamentos dos entes componentes da federação brasileira, funcionando como garantia de que direitos fundamentais não sejam vilipendiados quando da elaboração do planejamento dos gastos públicos¹⁵.

No caso em tela, visar-se-á ao direito a um ambiente sadio como parte integrante da dignidade humana, não apenas como recurso retórico, mas sim com princípio norteador econômico-tributário, com importância estratégica para a conformação de todo o ordenamento jurídico brasileiro não somente às necessidades ambientais do país, como também, reflexa e necessariamente, às necessidades dos demais países do mundo, haja vista a condição jurídica do ambiente equilibrado como um direito fundamental da humanidade.

3. Proteção internacional do ambiente e o desenvolvimento sustentável.

A preocupação com as condições ambientais de vida humana sempre existiu, todavia de forma pontual e muito exígua. De uma forma sistemática e extensiva, a proteção a um ambiente sadio somente se avolumou no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, efetivamente começou-se a pensar na estruturação de legislações e de órgãos, dotados de alcance internacional, enfatizando questões ambientais, que visassem a um ambiente equilibrado.

Como decorrência desta preocupação, tomou corpo a discussão sobre as modalidades formas de desenvolvimento não agressivas ao ambiente, vindo a baila o conceito de “Desenvolvimento Sustentável” (Princípio 1 da Declaração de Estocolmo, *infra*). O conceito foi criado como uma resposta para a questão, mais que teórica, de equacionar o problema do desenvolvimento econômico inarredável e a premente necessidade de preservação da natureza.

O surgimento do Desenvolvimento Sustentável fez transparecer que a questão ambiental não poderia ser dissociada da política econômica dos países, interna e externamente, sendo importante o estudo das formas encontradas pelo Direito interno e

¹⁵ *Idem. Ibidem*, p. 4.

internacional (tendo que ser vistos em conjunto, em face da unicidade do Direito¹⁶) para a concretização do direito a um ambiente sadio.

Alguns tratados internacionais abordaram a importância do ambiente sadio como forma de garantia da dignidade da pessoa humana. Os mais significativos dentre eles são elencados a seguir:

Carta da ONU (São Francisco, 1945):

A reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; (...)

A promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade; (...)

Artº. 1 - Os objetivos das Nações Unidas são: (...)

III - Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

Carta da UNESCO (Londres, 1945):

Consideranda: (...) Que a difusão da cultura e a educação da humanidade para a justiça, a liberdade e a paz são indispensáveis à dignidade humana e constituem um dever sagrado que todas as nações devem cumprir com espírito de assistência mútua; (...)

Declaração de Estocolmo (1972):

Princípio 1 – O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam

¹⁶ Aceita-se aqui a posição monista acerca da relação entre Direito interno e Direito Internacional, não convindo neste trabalho tecer maiores comentários sobre a matéria. Sobre este assunto, ver: ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o Judiciário brasileiro e da nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 59-98.

o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

Carta do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente (ECO 92):

Princípio 1 – Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza.

Destes marcos entre os textos internacionais, pode-se deduzir a percepção crescente da importância da existência de um ambiente sadio, em todas as suas formas, como elemento imprescindível à dignidade humana. A seguir, observar-se-á a evolução interna do ordenamento jurídico brasileiro quanto à proteção do ambiente, relacionando-se à proteção internacional supramencionada.

4. Tratamento do ambiente no ordenamento jurídico brasileiro.

Como direito fundamental que é e, para Bobbio, dotado do atributo da historicidade¹⁷, a tutela do ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, segundo Benjamin¹⁸, pode ser dividida em três períodos ou modelos interpenetrantes, aqui ordenados cronologicamente em: fase da exploração desregrada ou do *laissez-faire* ambiental; fase fragmentária; e fase holística¹⁹.

A primeira fase, da ‘exploração desregrada’, durou do descobrimento do Brasil até, aproximadamente, a década de 1960 (quando se iniciou a segunda fase) e tinha como principal característica a omissão legislativa na proteção ambiental, a qual

¹⁷ Para o autor, os direitos fundamentais do homem estão em constante modificação, em consonância com a mudança das condições históricas, sejam elas políticas, econômicas, técnicas, etc. Ver: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18-19.

¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, n. 14. p. 51-52, 1999.

¹⁹ De acordo com HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1544), *holismo* significa “que busca um entendimento integral dos fenômenos”.

proporcionava, naquele momento, o espaço para a atuação dos agentes desenvolvimentistas que não se preocupavam em atentar para a necessidade de uma preservação ambiental como forma de melhora da qualidade da vida humana, primando apenas pelo que poderia chamar-se de utilitarismo.

Esse sentimento de utilitarismo, isto é, da tutela dos recursos naturais apenas tencionando melhora econômica das condições de vida humanas marcou a 'fase fragmentária' da proteção jurídica do ambiente, acarretando, como sugere a denominação, uma tutela fragmentada do ambiente, sem cuidar da criação de um conjunto de normas que tratasse o problema ambiental como um todo.

O tratamento integral do meio ambiente surgiu com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981), na qual o tema das questões ambientais foi protegido de forma completa, como um todo concatenado, sendo tratado, desta vez, como um bem jurídico em si mesmo. A partir deste documento legal, inicia-se a 'fase holística' da proteção ambiental, no ordenamento brasileiro e pode-se realmente dizer que é quando realmente começa a proteção ambiental no nosso país.

Na vigente CF/88, mesmo não se encontrando no título II, dos direitos e garantias fundamentais, o direito a um ambiente sadio pode ser considerado um direito fundamental. E mesmo não se confundindo com o direito à vida ou à saúde, o direito a um ambiente sadio é pré-condição para a consecução daqueles²⁰.

Ao comentar sobre a amplitude dos direitos fundamentais, Derani afirma que "(...) é direito fundamental também, aquele direito constitucionalmente atribuído, em cujo conteúdo se pode identificar uma coordenação de prescrições de direitos fundamentais básicos (liberdade, igualdade, fraternidade), e cuja realização revela-se na concretização total ou parcial destes direitos fundamentais"²¹.

Ademais, corroborando com a tese da condição fundamental do direito a um ambiente sadio, o § 2º do art. 5º da CF/88 possibilita a

²⁰ Cf. o ensinamento de Marcelo FIGUEIREDO (MESA DE DEBATES "C". Tributação, ecologia e meio ambiente. **Revista de Direito Tributário**, nº 78. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 86), que afirma que "não se consegue implementar uma política de saúde pública, por exemplo, sem preservação ambiental".

²¹ DERANI, Cristiane. Op. cit., 1997, p. 219.

inclusão de outros direitos fundamentais no rol do título retromencionado por meio de tratados internacionais ou decorrentes de princípios por ela adotados (ver respectivamente, ver 3 e 2, *supra*).

Desta forma, mesmo deslocada do título específico, a norma basilar de proteção ao ambiente no Brasil, é o único artigo que compõe o capítulo VI, do título VIII da CF/88: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Assim, deve-se considerar que o direito a um ambiente ecologicamente sadio e equilibrado constante no art. 225 da CF/88 é um direito fundamental. Não obstante se encontrar separado do conjunto constante no art. 5º de nossa Lei Maior, os direitos fundamentais são direitos que devem ser entendidos numa perspectiva materialista, e não puramente formalista, do ordenamento jurídico, que leva em consideração as aspirações da sociedade, consagradas no texto constitucional.

5. O direito tributário como estratégia estatal mais adequada à proteção de um mínimo existencial ambiental – Extrafiscalidade e *green taxes*.

Dentro desta parte do presente estudo, na seara do direito tributário, faz-se necessária a abordagem da finalidade do ente instituidor dos tributos, ou seja, a intenção que move os legisladores a criar uma nova forma de tributação. Neste afã, há que se observar os valores finalísticos dos tributos²², os quais, neste momento são relevantes, mormente os fenômenos da fiscalidade e da extrafiscalidade.

Assinaladas por Carvalho como “construções puramente doutrinárias”²³, a diferenciação entre as espécies de valores finalísticos dos tributos torna-se perceptível com a análise dos objetivos que inspiraram a criação do tributo. Assim, podemos assinalar três categorias: fiscalidade, extrafiscalidade e parafiscalidade. Abordar-se-

²² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145.

²³ *Idem. Ibidem*, p. 145.

á, por motivos metodológicos, tão somente as duas primeiras categorias.

A fiscalidade tenciona a arrecadação de recursos financeiros com o escopo de custear os serviços públicos do Estado, sem a interferência de interesses outros, de qualquer natureza. Entretanto, quando a intenção legislativa tributária visa fins distintos do custeio da máquina estatal, estimulando comportamentos não existentes ou premiando situações política ou economicamente valiosas, dá-se a extrafiscalidade, que consubstancia a utilização de tributos com o fim de alcançar metas que não se restrinjam a fins puramente arrecadatórios de recursos monetários para o Estado²⁴. Ao influir na opção do contribuinte por uma ou outra atividade lícita, a extrafiscalidade atua condicionando a liberdade de escolha do agente econômico, por meio de uma graduação da carga tributária, a qual favorece atividades queridas pelo Estado, em consonância com a doutrina kelseniana da sanção premial²⁵.

Há que se observar que nos dias atuais, segundo Alonso Gonzàles, o tributo extrafiscal ou fiscal “puro” muito raramente é instituído, sendo mais corriqueiro o tributo misto, com fins fiscais e extrafiscais mais entrelaçados²⁶.

Neste trabalho, tratar-se-á a extrafiscalidade com fins de proteção do ambiente, considerado este em toda sua globalidade, observando as circunstâncias de criação dos *green taxes*²⁷, os tributos ecologicamente orientados, os quais influenciam as decisões econômicas de forma mais adequada à proteção do ambiente, e

²⁴ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. **Direito Tributário e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 37.

²⁵ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. Proteção ambiental e sistema tributário – Brasil e Japão: problemas em comum?. In: MARINS, James (coord.). **Tributação e meio ambiente**, v. 2. Curitiba: Juruá, 2002, p. 107.

²⁶ ALONSO GONZÁLES, Luis Manuel. **Los Impuestos Autonomicos de Caracter Extrafiscal**. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 23 *apud* OLIVEIRA, José Marcos Domingues. **Direito Tributário e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 37.

²⁷ FERRAZ, Roberto. Tributação e meio ambiente: o *green tax* no Brasil (a contribuição de intervenção da emenda 33/2001). In: MARINS, James (coord.). **Tributação e meio ambiente**, vol 2. Curitiba: Juruá, 2002, p. 95-96.

ressaltando os benefícios sociais dessa prática tributária, que são mais efetivos do que as formas anteriormente usadas.

A atuação do direito tributário na proteção ambiental, por meio dos *Green Taxes*, surgiu como alternativa ao dispendioso e inflexível sistema de “comando-controle”, o qual atua por meio da edição de mandamentos aos particulares para a adoção de comportamentos coerentes com a preservação ambiental (comando), conjunta e posteriormente, acompanhado do sistema de acompanhamento dos atos regulados pelas normas em lume por meio do poder de polícia da Administração Pública (controle)²⁸.

Os *Green Taxes* possuem aspectos fiscais, com o custeio da máquina administrativa relacionada ao meio ambiente e sua proteção; como também, e principalmente, o aspecto extrafiscal de regulação da atividade econômica em prol do ambiente, a qual é a atuação mais festejada pela doutrina, em face de seu caráter preventivo em relação aos possíveis danos causados ao ambiente pela atividade econômica²⁹.

A atuação extrafiscal dos *Green Taxes* funciona por meio da “internalização” dos custos ambientais, ou seja, embutindo no custo de uma mercadoria ou serviço o custo que a sua fabricação ou consumo acarreta ao ambiente. Assim, amenizam os danos ambientais, uma vez que aproximam o custo dos produtos ambientalmente nocivos ao seu custo real, que, na maioria das vezes, é inestimável³⁰.

São diversas as vantagens do sistema das *Green Taxes* em relação ao de “comando-controle”: a) os tributos ambientais estimulam o comportamento ambientalmente correto dos contribuintes, pois interferem diretamente no bolso dos mesmos; b) são permanentes, compondo o preço dos produtos e dispensando uma estrutura dispendiosa de controle das normas ambientais, peça imprescindível no sistema de “comando-controle”; c) os *Green Taxes* são flexíveis, tais como os instrumentos econômicos, e, portanto, mais adequadas ao tratamento de questões econômico-ambientais³¹.

²⁸ MESA DE DEBATES “C”. Op. cit., 2000, p. 74.

²⁹ *Idem. Ibidem*, p. 73.

³⁰ FERRAZ, Roberto. Op. cit., 2002, p. 96 e 99.

³¹ MESA DE DEBATES “C”. Op. cit., 2000, p. 74 e FERRAZ, Roberto. Op. cit., 2002, p. 100.

Na Conferência Geral das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, que produziu a Carta do Rio (ECO 92), houve uma declaração sobre o tema dos *Green Taxes*. Esta declaração prevê alguns critérios a serem preenchidos estes tributos: a) que sejam efetivos, isto é, acarretem efeitos concretos no campo da proteção ambiental; b) sejam de baixo impacto econômico, mas que gerem recursos ambientais e/ou contribuam para a adoção pelo contribuinte de uma conduta ecologicamente correta; c) que sejam administrativamente simples e pouco onerosos ao Estado; d) que não criem efeitos danosos no ciclo do consumo internacional³².

Tendo-se em vista o princípio do desenvolvimento sustentável, vigente na sociedade internacional desde a Declaração de Estocolmo de 1973, os *Green Taxes* aparecem como forma de garantia de um desenvolvimento sustentável, ou seja, aquele preocupado em não prejudicar o direito das gerações futuras. Dentro desta perspectiva, o ambiente teria natureza de bem econômico e teria preço. Assim, o desenvolvimento só poderia se dar de forma sustentável³³.

Observa-se que os *Green Taxes* transformam a proteção do ambiente em atitude interessante não só do ponto de vista humanitário, mas também do ponto de vista econômico, pois as empresas protetoras do ambiente recebem benesses fiscais que aquelas que desprezam a proteção ambiental não se beneficiam. Desta forma, dentro do ponto de vista das idéias de Dworkin, o princípio jurídico norteador da integridade seria respeitado, como a expressão dos princípios de justiça e equidade³⁴.

³² MESA DE DEBATES "C". Op. cit., 2000, p. 74-75.

³³ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. Proteção ambiental e sistema tributário – Brasil e Japão: problemas em comum?. In: MARINS, James (coord.). **Tributação e meio ambiente**, v. 2. Curitiba: Juruá, 2002, p. 105.

³⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 266: "A integridade diz respeito a princípios, e não exige nenhuma forma simples de coerência em termos políticos. O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um todo coerente de justiça e equidade".

6. A “reserva do possível” como limite à proteção do “mínimo existencial”?

Na seara tributária tradicional, de caráter puramente fiscal, como forma de consagração da liberdade e da justiça, o princípio da capacidade contributiva ocupa (ou deveria ocupar) uma posição primordial, aparecendo como sua expressão a garantia do não confisco ou da equidade na atividade tributária.

Entretanto, quando se observa a atividade extrafiscal, mormente aos tributos ambientais (*Green Taxes*), este princípio se vê lado a lado com o ideal da preservação do ambiente, o qual faz nascer a importância de um “mínimo ambiental” a ser protegido, como reflexo, no Direito ambiental e tributário, da teoria do “Mínimo Existencial”.

No pensamento de Ricardo Lobo Torres, o Mínimo Existencial é o conjunto de condições mínimas para a configuração de uma existência humana digna³⁵, conjunto este que não pode ser objeto de intervenção estatal e que ainda exige prestações estatais positivas. O Mínimo Existencial não é mensurável, pois envolve, predominantemente, aspectos qualitativos do que quantitativos, atendendo aos anseios de liberdade e felicidade humanas. Por ser inerente à pessoa humana, é direito pré-constitucional e possui validade *erga omnes*, não se esgotando com o elenco do art. 5º da CF/88³⁶.

Baseado nos ensinamentos de Carl Schmidt, Torres afirma que o Mínimo Existencial guarda em muito a idéia original dos direitos fundamentais de “primeira geração”, aqueles que seriam exercidos “em face do Estado”. Segundo o tributarista, por se constituírem em direitos a serem obtidos por meio do Estado, e, estarem completamente sujeitos à vontade do legislador ordinário, não poderiam os direitos sociais (e, em decorrência, os difusos) constituírem parte do Mínimo Existencial. Para estabelecer essa

³⁵ Conjunto este que, assim como os direitos fundamentais, expressam a escolha de ideais a serem seguidos e protegidos, variando historicamente, de acordo com o contexto social, conforme já mencionado na nota de rodapé nº 16 do capítulo 4, *supra*.

³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 177. Rio de Janeiro: FGV, p. 29-32, jul./set. 1989.

distinção, é que Torres indica: a) o *status negativus* do Mínimo Existencial que se mostraria por meio das imunidades tributárias, as quais teriam um sentido substancial e não apenas formal de contraposição às isenções - e que caracterizaria a esfera de liberdade mínima do cidadão representada pelo seu direito à subsistência³⁷; b) o *status positivus* do Mínimo Existencial, o qual se constitui em prestações positivas e igualitárias do Estado, de natureza assistencial, tais como prestações de serviço público específico e divisível gratuitas, subvenções e auxílios financeiros à entidades que promovam o bem comum³⁸.

Neste ponto, para Torres, não se poderia confundir o *status positivus libertatis*, que faria parte do Mínimo Existencial, com o *status positivus socialis*, que concerniria ao Estado social de direito e que depende da situação econômica do país e da riqueza nacional (conjuntura econômica), sujeito, portanto, à “Reserva do Possível” (do alemão, *der Vorbehalt des Möglichen*). O primeiro, como parte das estratégias estatais para a garantia do Mínimo Existencial, visaria combater a “Pobreza Absoluta” (a qual deveria ser obrigatoriamente combatida pelo Estado), enquanto que o *status positivus socialis*, visaria à erradicação da “Pobreza Relativa” (ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, e encontra-se-ia sujeita as possibilidades sociais e orçamentárias do Estado)³⁹.

Nas duas hipóteses acima, então, deparar-se-á com a impossibilidade de satisfação de necessidades em face de fatores econômicos: para a “Pobreza Absoluta”, seria possível, independentemente das condições econômicas de um Estado em um determinado momento na História, a satisfação de um conjunto de direitos; enquanto que para a “Pobreza Relativa”, a mesma satisfação de direitos é condicionada pela conjuntura econômica, pela existência de recursos e que os mesmos não estejam já afetados a outras destinações, quais não sejam à erradicação de uma certa “categoria” de pobreza, que apenas difere da “Pobreza Absoluta”, por ser destinada à satisfação de direitos considerados de “segunda geração”. Todavia, no Brasil, existem mecanismos idôneos para distinguir a

³⁷ *Idem. Ibidem*, p. 35-36.

³⁸ *Idem. Ibidem*, p. 39-40.

³⁹ *Idem. Ibidem*, p. 40-41.

“Pobreza Absoluta” da “Pobreza Relativa”? E, mais ainda, quem possui a legitimidade para definir o que é possível ou não?

Crê-se que ainda não foram criados os mencionados mecanismos e, pior ainda, como o disse Krell, ao ressaltar que a diferença entre as gerações de direitos é gradual e não substantiva⁴⁰, no Brasil “...o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir sua eficácia a zero; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’”⁴¹

A teoria do Mínimo Existencial e sua confrontação com a teoria da Reserva do Possível tiveram como pano de fundo para sua criação a realidade alemã, na qual os direitos sociais (e os difusos) se confundem com os próprios fins do Estado. Desta forma, na transposição do confronto dessas duas teorias, há que se proceder a uma necessária adaptação deste instituto de origem alemã à realidade brasileira, na qual a distância entre os fins do Estado e os direitos de “segunda e terceira geração” está muito longe de ser extinta⁴².

Por tudo o que já foi mencionado, abordar-se-á a recepção de institutos alienígenas no direito brasileiro, como forma de embasamento a tese que o Mínimo Existencial no Brasil deve ser considerado de forma diferente da que é considerada na sua origem, haja vista que as “gerações de direitos fundamentais” são encaradas de forma diferente no Brasil e na Europa.

7. A prática jurídica brasileira da recepção de institutos jurídicos estrangeiros como “país periférico”.

A prática jurídica brasileira de utilização de teorias estrangeiras conduz o Direito a ser um elemento negativo ao desenvolvimento social brasileiro. No contexto da falta de adaptação de institutos jurídicos alienígenas à realidade brasileira, convém estabelecer o que seriam países centrais e periféricos, bem como estabelecer a posição do Estado brasileiro nesta dicotomia.

⁴⁰ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., 2002, p. 47-48.

⁴¹ *Idem. Ibidem*, p. 54.

⁴² *Idem. Ibidem*, p. 48-49.

O desenvolvimento pode ser considerado como o conjunto de transformações qualitativas e quantitativas de uma sociedade, as quais, sob o ponto de vista social, gerariam o bem-estar social. O desenvolvimento não se confunde com o crescimento econômico, nem tampouco com o progresso, pelo fato de que, com o primeiro possui um caráter quantitativo nos índices econômicos de um Estado e o progresso, carrega um forte caráter idealista da transformação social, enquanto que o desenvolvimento é um conceito puramente realista, baseado em indicadores sociais concretos⁴³.

Do outro lado da moeda, o subdesenvolvimento pode ser contextualizado historicamente, como produto do processo interno de exploração das camadas sociais menos favorecidas e do processo externo de dependência dos Estados mais pobres em relação aos mais ricos⁴⁴. Para efeito da abordagem do fenômeno jurídico de recepção de normas, a essa divisão entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, de acordo com Neves, pode dar-se outra nomenclatura, respectivamente: países centrais e países periféricos⁴⁵.

Nos países centrais haveria um processo de auto-referência dos sistemas sociais (nos quais se inclui o sistema jurídico, político, econômico, etc.), o qual se chama *Autopoiese*, ou seja, a (re)produção das regras de um sistema social sem a interferência dos demais sistemas sociais. Nestes haveria uma abertura cognitiva ao ambiente e fechamento normativo, ou seja, existiria a entrada do ambiente como fonte de conhecimento, sem que esse mesmo ambiente interfira no código diferenciador de cada sistema social⁴⁶.

⁴³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. O Direito como fator de desenvolvimento. **Rev. do Instituto dos Advogados de Pernambuco**. Recife: [s.n.], p. 110-113, 1990.

⁴⁴ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 1981, p. 94. *apud* NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Op. cit., p. 111.

⁴⁵ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Op. cit., p. 112-113 e *Idem*. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Anuário do Mestrado em Direito**, nº 6. Recife: UFPE, p. 323, 1993.

⁴⁶ ADEODATO, João Maurício Leitão. Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos. **Anuário do Mestrado em**

Entretanto, nos países periféricos, inexistiria esse processo de auto-referência dos sistemas sociais, impossibilitando a diferenciação dentre os sistemas sociais, existindo, assim, uma interferência deletéria entre os sistemas sociais. A esse processo de (re)produção das regras de um sistema por meio de injunções diretas do ambiente é chamado de *Alopoiese*⁴⁷.

Por ser um sistema social, o direito regula relações existentes (função conservadora) e, ao mesmo tempo, modifica valores ultrapassados (função transformadora), conservando “áreas de conformidade social” e desenvolve a transformação da sociedade, modificando relações e valores em descompasso com a realidade presente, gerando o desenvolvimento de uma sociedade. Todavia, a atuação do Direito nem sempre se encontra em conformidade com a realidade social. Isto se dá em duas hipóteses citadas por Neves: “a) quando o Direito não acompanha os avanços ocorridos nas demais esferas sociais; b) quando as inovações no subsistema jurídico não são seguidas por mudanças correspondentes nos demais subsistemas sociais”. Em ambas as hipóteses, surge o problema da inadequação jurídica à realidade social e, por conseguinte, a questão da ineficácia social das normas jurídicas⁴⁸.

Assim, da mesma forma que pode atuar como fator positivo para o desenvolvimento de uma sociedade, o Direito também pode atuar como fator negativo, conduzindo uma sociedade ao desequilíbrio social, quando não há uma correspondência entre o ordenamento jurídico e as necessidades de transformação existentes em uma sociedade⁴⁹. Ocorre, portanto, uma forma de atuação negativa do Direito para o desenvolvimento social quando se adotam institutos

Direito, nº 5. Recife: UFPE, p. 212, 1992 e NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, nº 5. Recife: UFPE, p. 274-275, 1992, para quem o fechamento normativo é uma condição de possibilidade para abertura dos sistemas sociais.

⁴⁷ ADEODATO, João Maurício Leitão. Op. cit., 1992, p. 212 e NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Op. cit., 1992, p. 287.

⁴⁸ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. O direito como fator de desenvolvimento. **Rev. do Instituto dos Advogados de Pernambuco**. Recife: [s.n.], 1990, p. 114-115.

⁴⁹ *Idem. Ibidem*, p. 119.

jurídicos alienígenas sem a devida adaptação à realidade nacional, mais exatamente, a brasileira. Isto se dá de forma mais constante e menos contestada nos países “periféricos”, em face de sua dependência econômica e cultural, criando a falsa certeza de que os modelos dos países centrais são perfeitos, pelo simples fato de que foram bem sucedidos nos países cêntricos⁵⁰.

Como bem ressaltou Barroso, avaliando os “prós” e os “contras” de se viver em um país de terceiro-mundo (subdesenvolvido, ou periférico) e a necessidade de reflexão acerca dos institutos jurídicos alienígenas para desenvolver a cultura jurídica:

O terceiro-mundismo tem suas vantagens. Uma delas é a de tornar-nos cosmopolitas. Aqui, ninguém sobrevive intelectualmente se não tiver os olhos postos no conhecimento que se produz além-mar. Desde pequenos, aprendemos o Brasil, a Europa e os Estados Unidos. (...)

A deformação começa quando, por um equivocado processo de transferência, o habitante da periferia adquire a ideologia do grande centro. E o que é pior: assimila-a acriticamente, sem ensaiar sequer adaptações mínimas indispensáveis. Em seguida, envergonhado pelo atraso da periferia, faz o discurso avançado, impacientando-se com a platéia retrógrada, que não o acompanha nem o entende. Tem sido assim desde sempre, do colonialismo político ao colonialismo cultural. Passa-se do arco e flecha ao fuzil, sem percorrer os caminhos do amadurecimento⁵¹.

Adeodato, no mesmo sentido, afirmou que: “parece improvável que modelos teóricos baseados em sociedades do assim chamado Primeiro Mundo sejam rigorosamente adequados à descrição de sistemas jurídicos ou políticos em regiões subdesenvolvidas”⁵².

Desta forma, abordar-se-á em seguida, após uma necessária localização teórica do problema da recepção de institutos jurídicos estrangeiros em países periféricos, o problema da adaptação do

⁵⁰ *Idem. Ibidem*, p. 122.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 239.

⁵² ADEODATO, João Maurício Leitão. *Op. cit.*, 1992, p. 207.

instituto tributário do mínimo existencial às condições sociais do Estado brasileiro.

8. A necessidade da adaptação do conceito “mínimo existencial” às condições sociais brasileiras.

O Direito, para atuar como agente de desenvolvimento da sociedade brasileira, deve preocupar-se e refletir acerca dos problemas dos brasileiros. Apenas desta forma e não com a adoção acrítica de institutos e teorias jurídicas estrangeiros, proporcionará um real desenvolvimento da sociedade pátria.

O posicionamento acerca de um Mínimo Existencial restrito apenas aos direitos fundamentais de primeira geração é algo condizente às condições de “países centrais”, haja vista que nestes os direitos sociais e difusos se confundem com os próprios fins do Estado.

Historicamente, pode-se justificar a não inclusão de direitos fundamentais de “segunda e terceira geração” na atual Lei Fundamental alemã, pela infeliz experiência que tiveram com a Constituição de Weimar (1919). Durante sua vigência, houve abusos por parte das bancadas nacional-socialista e comunista das formas extensivas de participação popular direta com o fito de inviabilizar várias medidas do governo democrático, o que culminou com a chegada ao poder do regime nazista. Mais ainda, ainda hoje, a doutrina alemã se posiciona contrariamente à direitos que necessitem de prestação estatal, por serem, em sua maioria, não realizáveis por parte do Estado, evitando gerar, assim, a impressão popular que a Constituição alemã seria formada, tão somente, por frases utópicas⁵³.

Neste contexto, e como já anteriormente abordado, a teoria do Mínimo Existencial atendia a anseios da população alemã e sua limitação, do ponto de vista dos direitos sociais, pela teoria da Reserva do Possível apenas tem razão de ser na realidade alemã, de país central, na qual os direitos sociais (e os difusos) se confundem com os próprios fins do Estado.

No Brasil, o Direito precisa desenvolver sua função transformadora da realidade social, ao modificar um quadro de

⁵³ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., 2002, p. 45-46.

profundo desprezo à dignidade humana, e um dos caminhos jurídicos mais adequados para isso é a atuação por meio dos *Green Taxes*, fazendo do ambiente sadio uma das armas para alcançar, de maneira efetiva, um adequado grau de vida na sociedade brasileira.

Para isso, no conceito de um conjunto de condições mínimas a serem juridicamente protegidas como forma de garantir a dignidade a dignidade humana, ou seja, um Mínimo Existencial, no Brasil, um país periférico, há a necessidade da inclusão do elemento ambiental em seu bojo.

O próprio Torres, ao comentar acerca da comparação entre a situação dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento, fez ressalva quanto à extensão do conceito do Mínimo Existencial e sua necessária diferença entre aqueles e estes:

De feito, os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens necessários à sobrevivência das populações miseráveis. As imunidades e os privilégios dos pobres e as suas pretensões à assistência social requerem a interpretação extensiva⁵⁴.

Assim, mostra-se nítida a importância de um alargamento do conceito do Mínimo Existencial quando de sua abordagem pelos operadores jurídicos brasileiros, sejam eles atuantes no Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, como única forma de garantir as condições básicas de vida digna da população brasileira, melhor forma de promover o desenvolvimento do Estado brasileiro.

9. Considerações finais

A importância do ambiente como parte integrante de um contexto de vida digna da humanidade é inegável e imprescindível. Desta forma, garantir que esse mesmo ambiente conserve-se sadio e equilibrado é ação primordial que deve ser levada a cabo por todos os países do mundo.

O direito, como sistema social que visa ao bem-estar do homem, possui formas diversas para lidar com a questão ambiental. Hodiernamente, a mais adequada é a atuação por meio dos *Green*

⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., 1989, p. 49.

Taxes, pois são mais ágeis e menos onerosos para o Estado, e criam nos agentes econômicos a consciência da importância da preservação de um ambiente sadio, atuando de forma ativa na formação desta consciência ambiental preservacionista.

Entretanto, no Brasil, a cultura jurídica de mera adoção de institutos jurídicos estrangeiros sem a devida adaptação às condições sociais presentes, gerou e tem gerado um descompasso entre os anseios da população e o Direito, tornando-o um agente negativo ao desenvolvimento do Estado brasileiro. Há que se ter bem clara a importância que tem a inclusão no instituto jurídico do Mínimo Existencial de direitos inseridos na “segunda e terceira geração” dos direitos fundamentais, notadamente, o direito a um ambiente sadio, garantido constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro.

É preciso estimular a ação transformadora do Direito, mudando a consciência dos agentes econômicos, da forma como o disse acertadamente Oliveira:

O poder de tributar não se destina para destruir os agentes econômicos, mas para beneficiar o povo, pois os empreendimentos devem ser conduzidos como meio de promoção do desenvolvimento sustentável da humanidade e não para subjugar o homem⁵⁵.

Mais importante que haver crescimento econômico é haver desenvolvimento, e, nos dias atuais, não existe desenvolvimento que não seja sustentável, garantindo, assim, a preservação da dignidade humana por meio da ação do direito tributário, o qual apenas não impõe tributos, mas também custeia o bem-estar da população, fim primordial do Direito.

⁵⁵ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. Proteção ambiental e sistema tributário – Brasil e Japão: problemas em comum? In: MARINS, James (coord.). **Tributação e meio ambiente**, v. 2. Curitiba: Juruá, 2002, p. 121.

CORRUPÇÃO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Humberto Pimentel Costa

Promotor de Justiça no Estado de Alagoas.
Mestre em Direito Público pela UFPE.

SUMÁRIO

1. Situando o tema; 2. O problema da corrupção administrativa; 3. Efeitos da corrupção administrativa; 4. O combate à corrupção administrativa.

1. Situando o tema

Quando se fala em improbidade administrativa, é natural, principalmente para o leigo, lembrar do termo *corrupção*, em seu sentido lato. Isso gera uma situação inusitada, uma vez que os operadores do direito tendem inicialmente a considerar a palavra na sua acepção mais restrita, ou seja, *corrupção* enquanto tipo penal, entendendo inadequada a equivalência entre as duas idéias.

A visão dos iniciados nos estudos do direito, por ser mais técnica e precisa, parte do conhecimento de a responsabilidade por improbidade administrativa ser de natureza não criminal, conforme foi estabelecido pelo §4º do art. 37 da Constituição Federal¹, que fez a ressalva da possibilidade de eventual ação penal, pelo mesmo fato. A regulamentação, dada pela Lei n.º 8.429/92, segue idêntico caminho.

O Código Penal Brasileiro traz as figuras típicas da corrupção passiva (art. 317) e da corrupção ativa (art. 333). Mas a corrupção que equivale à improbidade administrativa é mais ampla, devendo-se tomar por base não apenas a venalidade, mas toda forma de comprometimento dos princípios que informam a administração pública. Corrupção, nesse sentido, é deturpação, desvio. O próprio

¹ Art. 37. [...] §4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível** (sem grifos no original).

Código Penal (art. 271), quando prevê o crime de corrupção de água potável, já utiliza uma semântica diferente, voltando a valer-se de outro significado quando cuida da corrupção de menores (art.218).

Com isso, a visão ampla e despreziosa termina por ser a mais próxima da realidade, neste caso, sendo aceitável falar, até certo ponto, em corrupção administrativa como sinônimo de improbidade administrativa. Portanto, neste texto, serão utilizadas indistintamente as expressões corrupção administrativa e improbidade administrativa, ainda que isso implique algum sacrifício da precisão.

Muito embora, no atual ordenamento jurídico brasileiro, nem toda conduta qualificada como reveladora de improbidade administrativa seja capaz de configurar um dos tipos penais da tradicional corrupção, as figuras da corrupção ativa e passiva, sem dúvida, quando consumadas ou tentadas, revelam a prática de improbidade administrativa.

Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior têm entendimento esclarecedor, na medida em que dizem ser a improbidade administrativa *“o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano)”*². (sem grifos no original). Adriano Soares da Costa, no mesmo sentido, complementa: *“Improbidade administrativa é o termo técnico para designar atos de corrupção na esfera pública, os quais podem ou não ter conseqüências patrimoniais”*³. (sem grifos no original).

A introdução da palavra corrupção no estudo da improbidade administrativa tem uma finalidade útil. Ocorre que o termo, entre os autores de formação não-jurídica, é mais encontrado do que a expressão improbidade. A partir do momento em que se identifica uma acentuada semelhança, mesmo equivalência, entre

² PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.

³ COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 85.

esses valores negativos, é possível valer-se da contribuição teórica de outras áreas de estudos sociais.

Essa interdisciplinaridade traz o benefício de melhor demonstrar a importância do combate à improbidade administrativa, ao tempo em que empresta conhecimentos que permitem observar, no ambiente brasileiro, essa antiga prática, mesmo quando não se cogitava da utilização da expressão improbidade administrativa.

2. O problema da corrupção administrativa

O mal da corrupção, na qualidade de sinônimo de corrupção administrativa ou improbidade administrativa, como proposto acima, já vem sendo observado e estudado há algum tempo no Brasil. Sérgio Buarque de Holanda observou que, “no Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses”⁴. Para George Sarmento: “A corrupção nos setores públicos é um dos males que assolam as nações contemporâneas, mas que no Brasil tem assumido conotações surpreendentes e desalentadoras”⁵. Segundo Caio Tácito: “A corrupção tem raízes seculares na história dos costumes políticos, aqui e alhures”⁶.

Roberto DaMatta⁷ analisou com propriedade o *jeitinho* brasileiro, apontando o que chamou de “*atávica aversão à impessoalidade*”, sendo o famoso *jeitinho* uma forma de driblar a excessiva quantidade de regulamentação, por vezes criadora de proibições que se afastam da realidade social. Keith S. Rosenn⁸ refere-

⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146.

⁵ SARMENTO, George. Aspectos da investigação dos atos de improbidade administrativa. **Revista do Ministério Público: Alagoas**. n. 1, jan./jun., Maceió: MPE/AL, 1999, p. 91. (p. 91-116).

⁶ TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa, in: MARTINS, Ives Gandra (coord.). **Ética no direito e na economia**. São Paulo: Pioneira: Academia Internacional de Direito e Economia, 1999, p. 40.

⁷ DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1986, p. 98-9.

⁸ ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 54.

se ao que denominou “legalismo brasileiro” como algo que chegaria a criar uma situação em que nada seria juridicamente irrelevante, tendo então o pesquisador a impressão de que, no Brasil, todas as condutas seriam obrigatórias ou proibidas por lei.

Sérgio Habib⁹ identifica, na prática do *jeitinho* brasileiro, uma modalidade – oblíqua – de descumprimento da lei e de corrupção, que já estaria institucionalizada no Brasil, como forma de se contornar a intransigência e a impessoalidade de algumas normas, inclusive da própria lei, quando há a presença de interesse.

Tal fato, não há dúvidas, repercute na administração pública brasileira, criando um ambiente que facilita o desrespeito aos princípios que devem informar a atuação do agente a serviço do Estado.

A célebre frase do escritor alagoano Graciliano Ramos, quando no exercício da Prefeitura Municipal de Palmeira dos Índios, em 1929, sintetiza esse sentimento: “há quem não compreenda que um ato administrativo seja isento de lucro pessoal”¹⁰. Não menos célebre, mas sobretudo mais cético, é o pensamento de Rui Barbosa¹¹: “De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto”¹².

Certa inclinação à corrupção administrativa vem a ser herança ainda do Período Colonial, como afirma José Arthur Rios¹³,

⁹ HABIB, Sérgio. **Brasil: quinhentos anos de corrupção**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 111.

¹⁰ Extraído do relatório do Prefeito Graciliano Ramos, de Palmeira dos Índios, Alagoas, ao Governador do Estado, em 10 de janeiro de 1929. Trecho publicado em homenagem ao autor, em 21 de maio de 2001, pelo Diário Oficial do Estado de Alagoas, Imprensa Oficial Graciliano Ramos.

¹¹ Trecho do discurso Requerimento de Informações sobre o Caso do Satélite – II.

¹² Brasil. Senado Federal, RJ. **Obras completas de Rui Barbosa**. V. 41, t. 3, 1914, p. 86.

¹³ RIOS, José Arthur. A fraude social da corrupção, in: LEITE, Celso Barroso (coord.). **Sociologia da corrupção**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987, p. 92-3.

encontrada em toda a América Latina, particularmente no Brasil. Raymundo Faoro, ao descrever a organização administrativa do Brasil-Colônia, destaca que “os vícios que a colônia revela nos funcionários portugueses se escondem na contradição entre os regimentos, leis e provisões e a conduta jurídica, com o torcimento e as evasivas do texto em favor do apetite e da avareza”¹⁴.

Para Carmem Lúcia Antunes Rocha, “os políticos brasileiros herdaram da colonização portuguesa, dentre outras coisas, esta sífilis política que é a voluntarização do seu desempenho no espaço governamental, a particularização do poder e a conversão dos palácios em suas casas sem lei que não a do seu próprio interesse e a da sua própria vontade”¹⁵. De acordo com Carlos Alberto Ortiz: “Da mistura dos nobres governantes com os degredados enviados por Portugal nos primórdios de nossa colonização, sobrou-nos a tradição das vestes talares e da corrupção”¹⁶.

Uma idéia exata e equilibrada do colonizador português, que, segundo Gilberto Freyre, de todos os colonizadores foi “o menos rígido no contorno. Menos duro nas linhas do caráter. Daí prestar-se a tantas e tão profundas deformações”, envolvido no que chamou de “uma tradição pegajenta de inépcia, de estupidez e de salacidade”. Não pode ser feita a partir do estudo do português atual, moderno, sendo necessário pesquisar e conhecer “o português de Quinhentos e Seiscentos, ainda verde de energia, o caráter amolegado por um século, apenas, de **corrupção** e decadência”¹⁷. (sem grifos no original).

¹⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Globo, 1989, p. 172.

¹⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Ministério Público, os movimentos sociais e os poderes públicos na construção de uma sociedade democrática. **Boletim de Direito Administrativo**, n. 8, ago./1998, p. 499, (p. 495 – 503).

¹⁶ ORTIZ, Carlos Alberto. Improbidade administrativa. **Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral**. Vol. 7. n. 28. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, p. 21. out./nov./dez. de 1994.

¹⁷ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 42. ed., Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 255 – 6.

Darcy Ribeiro¹⁸ observou que, na formação do Brasil, houve uma imbricação entre as esferas de poder estatal e privado, ainda que ocasionalmente uma tenha se sobreposto à outra. Isso indica a falta de uma tradição de impessoalidade no serviço público, o que favoreceu a confusão entre as duas searas, gerando facilidades para a perpetração da corrupção administrativa.

Desde o início da colonização, como explica Aluysio Sampaio, não podendo a Coroa custear sozinha a ocupação, teve que se valer da iniciativa privada. O capitão donatário podia “fundar cidades, **prover ofícios e cargos públicos** em toda a capitania e ainda **influir na eleição das autoridades municipais**, através do exame prévio das listas eleitorais e do veto”¹⁹. (sem grifos no original).

O tempo ajudou a diluir um pouco essa influência, outrora mais acentuada, muito embora seja um legado que vem repercutindo e se manifesta até os dias de hoje.

Francisco Bilac Moreira Pinto, filho do Deputado Bilac Pinto, autor do projeto que resultou na Lei nº 3.502/58, que ficou conhecida pelo seu nome, asseverou, em 1960, que: “A corrupção, em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada”²⁰. J. Carlos de Assis, apreciando o problema já nos anos 80, percebeu que, na administração pública brasileira, “os braços operacionais do Estado vergam ao peso dos interesses particulares, do tráfico de influência, do apaniguamento de protegidos”²¹.

Não são raras na imprensa as notícias acerca da malversação de recursos públicos, fraudes e nepotismo, sendo recorrente, até mesmo periódica, a eclosão de algum escândalo com o envolvimento de agentes públicos e terceiros em atos de improbidade administrativa.

¹⁸ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 256.

¹⁹ SAMPAIO, Aluysio. **Brasil, síntese da evolução social**. 2. ed., São Paulo: Hucitec, 1974, p. 9, 15.

²⁰ PINTO, Francisco Bilac Moreira. **Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 43.

²¹ ASSIS, José Carlos de. **A dupla face da corrupção**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 15.

Desde os tempos coloniais, afirma Adhemar Maciel²², o povo brasileiro foi aprendendo a desconfiar do político e do administrador.

As causas da corrupção administrativa são muitas, variando desde a dificuldade de se demonstrar a ocorrência do evento, por seu caráter invariavelmente reservado, até a reduzida probabilidade de efetiva punição. É bem verdade que propensões idiossincráticas influenciam em um ou em outro caso, mas não se deve creditar unicamente as ocorrências a atitudes isoladas de pessoas com graves desvios psicológicos. Fatores objetivos, exógenos ao indivíduo, formam o caldo de cultura propício ao desenvolvimento da corrupção no setor público.

Barbara Geddes e Artur Ribeiro Neto²³ apresentam o obstáculo da prova das acusações e a tolerância das decisões judiciais como fatores de incerteza para a punição dos casos de corrupção. A probabilidade da impunidade incentiva, através do exemplo, o cometimento da improbidade administrativa. Celso Barroso Leite assevera que “nunca será demais repetir que a impunidade é fator por excelência da corrupção”²⁴. Estar o agente em condições de agir, tendo à sua disposição a oportunidade e os meios, juntamente com o interesse de obter alguma vantagem, para si ou para outrem, determinam o surgimento das mais diversas formas de desvirtuamento da atividade pública.

Ocorre que a impunidade não só se configura com arquivamentos de procedimentos de investigação, por falta de provas, sentenças absolutórias ou condenações pífias. Os atos de corrupção administrativa sindicados e as ações punitivas desencadeadas representam a descoberta de uma parcela dos desvios administrativos efetivamente praticados. Existe, pode-se induzir, uma cifra negra da improbidade administrativa, assim como há uma delinquência criminal oculta.

²² MACIEL, Adhemar Ferreira. **Dimensões do direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 105.

²³ GEDDES, Bárbara & NETO, Artur Ribeiro. Fontes institucionais da corrupção no Brasil, in: ROSENN, Keith S. & DOWNES, Richard (coords.). **Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Tradução de Roberto Grey. Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 48.

²⁴ LEITE, Celso Barroso (coord.). **Sociologia da corrupção**, 1987, p. 17.

O uso de procedimentos formais, como observa Marcos Otávio Bezerra²⁵, faz com que a corrupção tenha pouca visibilidade, por vezes transformando em interesses institucionais, aparentemente legítimos, interesses que na verdade são oriundos de grupos alheios ao Estado, beneficiando pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado. Para Sérgio Habib²⁶, apenas a minoria dos corruptos deixa pistas, permanecendo a grande maioria encoberta e merecendo tratamento respeitoso.

Antônio Evaristo de Moraes Filho²⁷, ao tratar da corrupção como delito, arbitrou em 250 para um milhão a diferença, em matéria de corrupção, do número de crimes que chegam ao conhecimento dos mecanismos estatais de repressão, o que chamou de “criminalidade aparente”, e o número de crimes verdadeiramente cometidos, o que chamou de “criminalidade real”. Ainda segundo o criminalista²⁸, essa enorme diferença entre o ocorrido e o apurado, em se tratando de corrupção, tal qual no delito de aborto, dá-se pelo caráter reservado das condutas, o que ocasiona impunidade e, conseqüentemente, estimula sua prática.

A corrupção administrativa é um problema que se revela pelos seus efeitos na estrutura estatal. Muito embora haja quase um consenso a respeito dos malefícios da improbidade administrativa, merece referência a existência de opiniões contrárias, que chegam mesmo a vislumbrar certa utilidade nesses desvios.

3. Efeitos da corrupção administrativa

O primeiro efeito da corrupção administrativa é a ofensa ao princípio da moralidade na administração pública, o que vem a ser séria afronta jurídica à própria Constituição Federal, que no *caput* do

²⁵ BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção**: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil. Rio de Janeiro: Relume – Dumará: ANPOCS, 1995, p. 181-2.

²⁶ HABIB, Sérgio. **Brasil**: quinhentos anos de corrupção. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 96 – 7.

²⁷ MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. O círculo vicioso da corrupção, in: LEITE, Celso Barroso (coord.). **Sociologia da corrupção**. 1987, p. 21-2.

²⁸ Idem, p. 22.

seu art. 37²⁹ sintetiza, em palavras dotadas de valor, os parâmetros da condução sadia dos negócios do Estado.

Mas a corrupção administrativa nem sempre fica só no campo jurídico, podendo, com freqüência, resultar em prejuízo material ao erário e em enriquecimento ilícito, para o agente público ou para terceiro beneficiário, ou para ambos. O fato é que, sempre que houver corrupção administrativa, haverá desrespeito a pelo menos um dos princípios da administração pública, mesmo que não haja enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário.

Por essa razão, a ofensa ao princípio da moralidade na administração pública é a conduta corrupta por excelência, a improbidade administrativa necessária e sempre presente, como efeito de natureza jurídica, tendo inclusive previsão própria no art. 11 da Lei nº 8.429/92, independentemente de outras implicações materiais que possam advir do mesmo fato.

Getúlio Carvalho³⁰ acredita serem inerentes à corrupção custos políticos, administrativos e sócio-econômicos. Os desperdícios, os desvios de investimentos necessários e a inversão de valores podem somar-se ao descrédito e à baixa eficiência da administração pública, quando acometida de improbidade administrativa. Na visão de José Arthur Rios³¹, o custo social da corrupção é imensamente maior do que seu custo financeiro, pois não se contabiliza em moeda, mas em tempo-trabalho, o que ensejaria a necessidade de trabalho produtivo e reparador de gerações, sendo ainda impossível aquilatar o desgaste institucional.

O comprometimento da legitimidade da função exercida, ainda como efeito da improbidade administrativa, termina por retirar do agente público, diretamente, e do próprio Estado, indiretamente – enquanto os atos e omissões do primeiro são imputados ao segundo –

²⁹ Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte (sem grifos no original).

³⁰ CARVALHO, Getúlio. Da contravenção à cleptocracia, *in*: LEITE, Celso Barroso (coord.). **Sociologia da corrupção**. 1987, p. 65.

³¹ RIOS, José Arthur. A fraude social da corrupção, *in*: LEITE, Celso Barroso (coord.). **Sociologia da corrupção**. 1987, p. 99.

a justificativa que determina a aceitabilidade do poder. Como enfatizou Seabra Fagundes³², a legitimidade do poder (político), nascida no processo de escolha, só se consolida com a eficiência e com a elevação moral, sendo esta última a adequação aos padrões que a sociedade tem como essenciais. Não é outra a visão de Brüning, para quem “o poder para ser legítimo precisa ser exercido de acordo com os anseios sociais”³³.

Se todo o poder emana do povo, como preceitua o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que deve exercê-lo nos termos da Lei Superior, com base em seus princípios, em especial os da administração pública, a corrupção administrativa quebra esse vínculo, uma vez que sempre e sempre ofende os princípios do agir hígido do Estado, tornando espúrio e inaceitável o seu desempenho.

Mas há quem encontre efeitos positivos na corrupção administrativa. Robert Klitgaard³⁴, apesar de acreditar que os efeitos danosos da corrupção ultrapassam amplamente os ocasionais benefícios sociais, admite a eventual existência desses últimos, “quando a corrupção transgredir uma orientação econômica errada ou ineficiente, supera as limitações de um sistema político imperfeito ou contorna as deficiências das regras organizacionais. Em suma, se o sistema vigente é ruim, então a corrupção pode ser benéfica”³⁵.

Cuida-se de visão funcionalista, voltada principalmente para o aspecto econômico da realidade social, distanciada dos valores morais elevados à categoria de valores jurídicos, por opção do Constituinte. A corrupção administrativa traz insegurança e instabilidade, na medida em que afasta o primado da legalidade, característica fundamental do Estado de Direito.

³² FAGUNDES, Seabra. A infração à ética política como fator de desprestígio do Poder Legislativo, *in*: LEITE, Celso Barroso (coord.). **Sociologia da corrupção**. 1987, p. 153.

³³ BRÜNING, Raulino Jacó. **O controle dos atos administrativos pelo Ministério Público**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 61.

³⁴ KLITGAARD, Robert E. **A corrupção sobre controle**. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 47-52.

³⁵ KLITGAARD, Robert E. **A corrupção sobre controle**. 1994, p. 50.

4. O combate à corrupção administrativa

Por seus efeitos nocivos e ilícitos, a corrupção administrativa deve sempre ser combatida. Diz Pedro Cavalcanti que “a luta contra a corrupção não é apenas o programa inicial de todos os nossos governos, mas a promessa de todos os nossos candidatos, a divisa de todas as nossas revoluções e a justificativa de todos os nossos golpes”³⁶. Apesar de o ideal ser a erradicação da improbidade administrativa, tal meta se mostra demasiadamente pretensiosa, se for considerado que o problema se manifesta, na maioria das vezes, com bastante discrição. É tarefa difícil vencer um inimigo que não se vê, que não se sabe onde está e cujo desaparecimento, a princípio, equivale à sua não-descoberta.

A diminuição da corrupção administrativa passa por um necessário processo de conscientização, que tenda a diminuir a tolerância à sua ocorrência e a reduzir a impunidade. Tudo isso demanda novos investimentos, além da busca pela eficácia dos instrumentos já disponíveis, o que faz lembrar que o combate à corrupção é um dos muitos objetivos que estão postos diante do Estado.

Segundo Robert Klitgaard, o grau ótimo de corrupção não é zero. Não há dúvidas de que é uma assertiva incomum e até ousada. Entretanto, o engenhoso argumento utilizado pelo pesquisador é bastante verossímil: “Suponhamos que certo tipo de corrupção cause mal à sociedade; ele cria ‘custos sociais’. Suponhamos, igualmente, serem caros os esforços para combater a corrupção. A fim de minimizar os custos combinados para a sociedade, temos que equilibrar os dois. Devemos considerar, em termos de custos sociais, a redução que obtemos ao diminuir os atos de corrupção, mas também precisamos levar em conta o acréscimo de custos sociais acarretado por nossos próprios esforços na luta contra ela. E isso leva à conclusão de que, na maioria dos casos, a solução de custo mínimo global não terá a corrupção igual a zero nem os esforços anticorrupção iguais ao máximo do ponto de vista de volume”³⁷.

³⁶ CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. **A corrupção no Brasil**. São Paulo: Siciliano, 1991, p. 17.

³⁷ KLITGAARD, Robert E. **A corrupção sobre controle**. 1994, p. 41-2.

Sem dúvida essa consideração deve passar, mesmo inconscientemente, pelas cabeças das pessoas que planejam as estratégias de ação do Estado. Custos são analisados e opções são feitas. A eleição de prioridades é uma tarefa, por vezes difícil, cujos resultados só podem ser avaliados em longo prazo.

Dessa forma, o combate à corrupção administrativa deve ter início no aprimoramento do trabalho dos agentes públicos que estão encarregados de reprimir a improbidade administrativa. Novos investimentos materiais e em pessoal serão sempre bem-vindos, mas constituem-se numa variável que os atuais órgãos de controle não podem manejar.

O que está ao alcance dos operadores do direito, principalmente dos Magistrados e dos membros do Ministério Público, é a eficiência do seu trabalho, respeitados os direitos e as garantias constitucionais dos eventuais imputados.

INTERESSE PÚBLICO *VERSUS* INTERESSE PRIVADO: A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DO DANO MORAL AMBIENTAL COLETIVO (*)

Karla Padilha Rebelo Marques

Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco;
Promotora de Justiça.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O direito fundamental difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: 2.1 A irrenunciabilidade do direito e a obrigatória intervenção do Ministério Público para sua salvaguarda. 2.2 O tratamento do meio ambiente como direito fundamental implica em interpretação restritiva para seu sacrifício. 2.3 A ênfase ao caráter preventivo e a transmissibilidade do ônus de reparar danos ecológicos. 2.4 A reparação do dano ambiental como instrumento de prevenção de danos futuros. 3. Interesse público *versus* privado e a proteção do meio ambiente: 3.1 O meio ambiente como bem de uso comum de todos e o interesse público na sua proteção. 3.2 O condicionamento do uso da propriedade ao respeito à preservação ambiental.– a proporcionalidade como instrumento balizador de interesses. 3.3 A responsabilização do Estado por ineficiência na tutela do meio ambiente. 4. A reparabilidade moral de conteúdo ambiental: 4.1 A desvinculação do dano moral do universo unicamente individual: novos enfoques. 4.2 A dificuldade de mensuração do dano ecológico extrapatrimonial e a necessidade de estabelecimento de parâmetros objetivos. 4.3 Desvinculação das esferas civil, penal e administrativa de responsabilização do agente degradador do meio ambiente: a inexistência do *bis in idem*; 5. Considerações finais: à guisa de conclusão.

(*) Trabalho originalmente produzido para a cadeira de Direito Ambiental do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Recife- Universidade Federal de Pernambuco. Agradecimentos ao colega Alberto Fonseca, pelo fornecimento de vasto acervo bibliográfico

1. Introdução

O meio ambiente tem enfrentado, sobretudo nas últimas décadas, com a impostergável aceleração do desenvolvimento tecnológico, sérias agressões. Os instrumentos do progresso nem sempre conseguem se compatibilizar adequadamente com a natureza, que se vê encurralada e violentamente agredida, diuturnamente, ante o apetite voraz da máquina da evolução humana, consubstanciada através da edificação de grandes empresas no lugar de reservas ambientais ou, por outra, em razão da emissão de gases poluentes no ar atmosférico ou, ainda, da emissão de produtos químicos contaminados nos lençóis freáticos ou nos cursos de água superficial.

Sua identificação como direito fundamental difuso e, portanto, dotado de todas as prerrogativas enquanto tal, torna ainda mais árdua a tarefa diuturna que suscita seu sacrifício, em face dos agentes poluidores contextualizados com o progresso da humanidade.

Ademais, qual o custo social das degradações hoje perpetradas ao ambiente ecológico, sobretudo em relação às futuras gerações? Por outro lado, o que fazer para que as empresas privadas e até o Estado, quando no exercício de atividades econômicas, adotem políticas eficazes de investimento em tecnologias menos agressivas à natureza?

Trata-se aqui de buscar a compatibilização entre o interesse público na preservação do ambiente, não de modo desarrazoado, mas em face da defesa da própria saúde e qualidade de vida da população e o interesse privado no uso de tecnologias que, de uma forma ou de outra, modificam o ecossistema natural, pondo-o em risco, muitas vezes de forma imperceptível a curto e médio prazos, mas com efeitos indeléveis.

O dilema está posto, mas as soluções para o impasse parecem de difícil identificação. De um lado, o direito – conferido às presentes e futuras gerações – a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Doutra banda, o direito ao uso da propriedade e, mais do que isso, ao livre exercício das profissões e ao desenvolvimento econômico, sob o discurso de que eventuais limitações implicariam na contenção de uma nação na contramão da história e em total desconexão com a expansão dos mercados e abertura das fronteiras.

Nesse diapasão, urge sejam avaliados pelos operadores do direito todos os instrumentos disponíveis idôneos a mitigar os efeitos nefastos que uma eventual má utilização de tais elementos possa trazer à coletividade, em razão do desencadeamento de um desajuste irremediável entre o meio ambiente natural e o mundo construído. O princípio da proporcionalidade atuará, assim, como elemento mediador para sopesamento, no caso concreto, dos interesses em litígio, com vistas à busca da solução que possa trazer resultados menos danosos aos bens jurídicos sob proteção legal.

Nesse diapasão, caberá uma redefinição do papel do Estado, enquanto ente insubstituível na proteção do equilíbrio entre os interesses acima apontados, em contínua tensão, sob pena de, igualmente, ver-se responsabilizado por sua inação ou precário cumprimento das atribuições que constitucionalmente lhe foram confiadas.

Cuidar-se-á de apontar para as atribuições do Ministério Público como agente maior na tutela dos interesses coletivos e individuais indisponíveis – aí inserido o meio ambiente e para os instrumentos de que dispõe, no exercício de seu *mister*. O Judiciário, igualmente, será chamado à questão, no sentido de desenvolver conceitos consentâneos com a moderna concepção de danosidade coletiva ou difusa, imprescindível à satisfação do princípio ambiental que reclama a integral reparação do dano.

Novas teorias surgem para identificar o ônus do poder público na construção de um verdadeiro estado democrático de direito ou estado social de direito, como preferem alguns. Cabe aqui uma reflexão acerca da responsabilidade do próprio agente público, por ação ou omissão que não era razoável se admitir, em prejuízo de toda a coletividade, no trato da matéria ambiental.

Finalmente, tal estudo não poderá prescindir de uma interpretação sistemática da carta constitucional, incluindo-se, aí, uma avaliação dos institutos de responsabilização nela previstos e detalhados nas codificações nacionais. Referida análise desembocará, é certo, na identificação da necessidade de responsabilização por dano moral ambiental, apontada esta como mais um eficaz elemento inibidor dos abusos na esteira da degradação ambiental, ao lado das demais esferas tradicionais de responsabilização.

2. O direito fundamental difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado

2.1 A irrenunciabilidade do direito e a obrigatória intervenção do Ministério Público para sua salvaguarda

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Magna Carta, apesar de não integrar o rol de direitos e garantias descrito no art.5º da CF, constitui-se em direito fundamental e, portanto, merece tratamento diferenciado. Nesse sentido, deve se submeter aos critérios inerentes a sua qualificação enquanto tal, inserindo-se aí o seu caráter de irrenunciabilidade.

É certo que não se mostra de todo incabível imaginar-se a renúncia a direitos de natureza fundamental, sobretudo quando a legislação ordinária sinaliza nesse sentido e, ainda, tendo em conta um processo que hodiernamente se assiste de relativização, através da idéia de renúncia a direitos fundamentais¹. Nada obstante, tal possibilidade não pode prescindir de uma avaliação que vise a proteger os princípios constitucionais basilares, sob pena de se cometerem excessos que possam vulnerar o “núcleo duro” de tais direitos fundamentais, desnaturando-os em sua essência.

Isso porquanto, em sede de direitos fundamentais, não há que se entender renúncia enquanto extinção ou desaparecimento definitivo desses direitos da esfera jurídica do seu titular.² Ademais, quando se fala em renúncia a essa espécie de direito, está-se a tratar de “um compromisso individual e voluntário de um cidadão não invocar, temporariamente, perante a entidade pública, uma determinada posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental”, o que mais se coaduna com a idéia de não exercício.³

Ora, tal possibilidade resta de todo incompatível com a natureza do direito fundamental em discussão, já que a reversibilidade dos efeitos do dano ambiental provocado não se pode mostrar

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, p. 452.

² NOVAIS, Jorge Reis. “Renúncia a direitos fundamentais”. **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Org. Jorge Miranda. Vol. 1. Coimbra Editora: 1996, p. 270.

³ Idem, p. 271.

garantida em face de uma renúncia, ainda que temporária, a tal direito ou, se for preferível, ao seu exercício.

Nesse sentido, é o legislador constituinte que aponta as diretrizes insuscetíveis de afastamento em sede de eventual renúncia a direitos, sobretudo se tais direitos encontram-se contidos no rol de direitos fundamentais, protegidos, portanto, pelo art. 60, parágrafo 4º, inc. IV da Constituição Federal, o qual veda qualquer proposta de emenda ao texto constitucional que possa pô-los em risco.

Canotilho afasta qualquer tentativa de renúncia a direitos fundamentais nas relações especiais de poder ou nas relações jurídicas especiais, apontando, ao revés, para três hipóteses possíveis, cumulativamente consideradas: i) a restrição específica de alguns direitos fundamentais; ii) a indispensabilidade de lei restritiva específica para tanto; iii) a proteção jurídica dos cidadãos submetidos a relações jurídicas especiais⁴.

Observe-se, outrossim, que os direitos ditos fundamentais podem tanto ser referidos em uma relação Estado-cidadão, quanto cidadão-cidadão, neste último caso, em relação eminentemente privada. No caso do direito ao meio ambiente, visto este como um direito coletivo ou difuso que alcança, portanto, a todos, a relação passa a se estabelecer entre toda a coletividade e eventual agente agressor do mesmo, que tanto pode ser o Estado quanto o particular, no exercício de suas atividades pessoais ou profissionais, seja pessoa física ou jurídica, individual ou solidariamente.

Apesar desta última hipótese parecer apontar para particulares tanto no pólo ativo quanto passivo da relação jurídica, o que poderia sugerir a idéia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inadmissível se pode perder de vista que o bem ambiental não se apresenta dotado de características de propriedade particular, restando impassível, portanto, de livre disposição por quem quer que seja.

Sob este prisma, afigura-se, de início, afastada qualquer tentativa de renúncia ao bem ambiental, até porque não seria lícito a ninguém renunciar a algo que não lhe pertence individualmente, senão a toda a coletividade. Posto que irrenunciável, o bem ambiental é

⁴ CANOTILHO José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 453.

igualmente indisponível e insuscetível de apropriação individual e exclusiva, quer pelo particular, quer pelo Estado⁵.

Ademais, o fato de determinado bem restar erigido constitucionalmente à categoria de direito fundamental, como é o caso do bem ambiental, já representa, por si só, uma severa limitação dirigida ao Estado ou ao particular em relação a qualquer ato que possa privar a todos de sua titularidade ou uso.

Por outro lado, pensar em uma renúncia coletiva ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, elemento este indissociável de uma existência digna, porquanto diretamente relacionado à saúde de seus titulares, não pode merecer qualquer acolhida pelo direito, sobretudo quando o caráter de tal renúncia é definitivo.

Até a justificativa de um suposto interesse público preponderante há que ser avaliada com cautela, se a hipótese sugere sacrifício ao bem ambiental, patrimônio comum de toda a coletividade.

Como já dito alhures, o tema da renúncia a direitos fundamentais normalmente se refere ao particular, o qual, em determinadas circunstâncias, voluntariamente abre mão de parcela ou da totalidade do direito que a Carta Magna lhe outorgou, por considerar tal opção, no caso concreto, favorável a seus pessoais interesses.

Quando a matéria suscita bens de cunho coletivo, a possibilidade de renúncia mostra-se deveras remota, já que mais difícil se identificar uma presumida vontade de todos tendente ao sacrifício do bem ambiental, o que pode resultar, em última análise, na decisão pela imposição de “sofrimento” à natureza emanada do próprio Estado, em prol de um suposto desenvolvimento econômico que estaria refletindo um maior interesse social, através do aumento da oferta de empregos ou da melhoria dos produtos e serviços a serem disponibilizados à população com a construção de um grande pólo industrial, por exemplo.

⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. “O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente”. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Ano IV, vol. 15, p.63, jul.-set. 1999.

Não há como se identificar, no próprio texto constitucional, expressa ou implicitamente, a possibilidade de renúncia ao direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, até porque o mesmo dispositivo que prevê tal direito impõe à coletividade e ao Estado o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e **futuras gerações** (art. 225, *caput*, CF).

Tem-se, portanto, aqui outra peculiaridade que escasseia ainda mais eventual renúncia a tal direito, já que isso significaria o exercício de uma limitação a um direito fundamental por quem não é seu único titular, posto que as gerações futuras, senão já se apresentam juridicamente como titulares do mesmo, ao menos possuem tal expectativa de direito garantida constitucionalmente, estando, contudo, temporaria e logicamente impedidas do seu atual exercício. E, como regra basilar de direito, a ninguém é dado renunciar a direito que não lhe pertence, salvo hipóteses legalmente previstas, nem tampouco renunciar definitivamente a pretensões futuras.

Nesse sentido, considerando-se que os danos ambientais são de difícil e lenta recomposição – quando isso é possível –, tais gerações futuras sofrerão de modo inexorável os reflexos das lesões ao ambiente hoje perpetradas, e, o que é pior, com a aquiescência de quem possuía o ônus de defendê-la e preservá-la. O que se tem, dessarte, é a produção de conseqüências fáticas e jurídicas que refogem à esfera jurídica do(s) renunciante(s), atingindo outros titulares, os quais se vêem enfraquecidos em suas posições jurídicas tuteladas por uma norma de direito fundamental sem que tenham, por qualquer motivo, contribuído para tanto.

Além disso, muitas vezes tal renúncia pode ser tácita, no sentido do simples não exercício de qualquer impugnação judicial à agressão ambiental e decorrer de uma contrapartida financeira fornecida por particular ou pelo próprio Estado, que autoriza ou promove uma construção potencialmente causadora de danos ao meio ambiente. Com isso, o que se tem é um enfraquecimento da esfera jurídica dos direitos fundamentais e, por outro lado, um reforço dos poderes de atuação da entidade pública⁶.

Não se pode falar, contudo, que tal suposta renúncia vincularia juridicamente o particular, até porque a titularidade do bem

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 1996, p. 276.

ambiental não lhe é exclusiva e o bem sob tutela não se mostra, assim, por ele disponível. Incabível também a referência à renúncia ao simples exercício do direito, ao invés de se falar na renúncia à própria titularidade do direito, já que o resultado fático de ambas as situações seria o mesmo, sem possibilidades simples de recuperação do *status quo ante* na primeira hipótese, em se tratando de dano ambiental consumado, pelas razões abundantemente expostas no presente trabalho.

Ademais, a outros legitimados, dentre os quais o Ministério Público, incumbe a tarefa de adotar medidas que possam mitigar os efeitos nefastos da renúncia pretendida pelo particular, em nome de toda a coletividade.

Assim preleciona a Constituição Federal em seu art. 129, *in verbis*:

São funções institucionais do Ministério Público:

I- *omissis*;

II- *omissis*;

III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, **do meio ambiente** e de outros interesses difusos e coletivos— grifo nosso.

Como se depreende, compete ao Órgão Ministerial, primordialmente, o uso dos instrumentos processuais postos à disposição pela legislação nacional, com vistas à preservação do bem ambiental, o qual, dadas as peculiaridades que lhe são inerentes, requer medidas criativas e, invariavelmente, eficazes, na solução dos casos concretos atentatórios a sua incolumidade: Essa a previsão contida no art. 14, parág. 1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81).

Aliás, já na fase pré-processual pode e deve o Órgão Ministerial intervir, no sentido de prevenir danos em hipóteses que apresentem riscos ao bem ambiental. Para tanto, dispõe de instrumentos eficazes, como o inquérito civil, aliado aos poderes de requisição e investigação por meio dele exercidos. Daí poderão nascer compromissos de ajustamento de conduta com bases preventivas, que

podem culminar, por exemplo, em obrigações de não fazer⁷, imputáveis tanto ao Estado quanto ao(s) particular(es) potencialmente poluidor(es).

Afigura-se o direito ambiental como matéria longe de ser esgotada. Dispõe-se hoje de estudos no sentido da preservação da natureza carecedores de contínuo aperfeiçoamento, sobretudo tendo em vista as formas silenciosas e, muitas vezes, imperceptíveis a olho nu ou a curto prazo de sacrifício do meio ambiente, o que pode redundar em conseqüências desastrosas e ameaçadoras para os futuros habitantes do planeta, sejam eles humanos, integrantes da fauna como um todo ou da flora, desde a mais simplória de suas manifestações de vida vegetal.

O que está em jogo, portanto, é o risco de um desequilíbrio no ecossistema que possa não ter vias de contorno, o que significaria, em última análise, sem se querer impor doses melodramáticas ao problema, a impossibilidade, em um futuro não muito distante, de sobrevivência na superfície terrestre.

2.2 O tratamento do meio ambiente como direito fundamental implica em interpretação restritiva para seu sacrifício

Eventual situação concreta de conflito que tenha em jogo o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado estará a merecer uma interpretação que possa aplicar, através de critérios de razoabilidade, os princípios basilares da Constituição Federal, buscando-se, com isso, atingir uma verdadeira justiça material, traduzida esta nos mais legítimos reclamos da coletividade.

Tal interpretação não prescindirá, por certo, de uma harmonização dos conteúdos constitucionais, ainda que possa parecer, em uma primeira análise, que se está diante de interesses contraditórios e inconciliáveis entre si, como na hipótese que contém, de um lado, a defesa da livre iniciativa e da propriedade privada e, do outro, a defesa do ambiente natural (art. 170 e 225, CF). Ademais, há que se ter em conta que todas as normas constitucionais possuem uma

⁷ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. "O Ministério Público e a tutela preventiva dos interesses metaindividuais: o papel do inquérito civil". **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Ano VIII, p.208-9. abr.-jun. 2003.

função útil ao ordenamento, o que requer cautela eventual interpretação que possa reduzir ou até mesmo excluir a finalidade de alguma delas.

Mesmo que se argua que o sacrifício do meio ambiente decorra, no caso concreto, da realização de um interesse público, há que se respeitar o princípio da conformidade ou adequação de meios, consistente na demonstração de que tal medida danosa mostra-se apropriada à consecução dos fins pretendidos. No dizer de Canotilho⁸, trata-se de controlar a relação de adequação medida-fim.

Ainda na esteira dos princípios consecutórios da proibição do excesso, de se ressaltar o princípio da exigibilidade ou da necessidade, que representa, em sede de direito ambiental, o direito de todos à menor desvantagem possível em se tratando de degradação do ecossistema. Nesse sentido, há que intentar limitar o mínimo possível – e necessário – o direito fundamental em questão, bem como, restringir o âmbito espacial e temporal de tal limitação e, ainda, reduzir ao máximo o universo de sujeitos diretamente sacrificados em seu direito a um meio ambiente equilibrado.

Tais premissas haverão que nortear cada situação *in concreto*, sobretudo quando a hipótese reflete necessidade relativa, e não absoluta, de adoção de determinada medida que implique em degradação ambiental, a qual deve ser de pronto afastada e substituída por outra, ainda que, a curto prazo, possa esta última representar outros inconvenientes como maiores custos financeiros, por exemplo. Afinal, tal acréscimo de onerosidade implicaria menor ônus social, no sentido de que a proteção à natureza redundaria, ainda que reflexamente, na preservação da saúde da coletividade.

Finalmente, tem-se o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou da justa medida, o qual reflete, em última análise, o equilíbrio entre as vantagens dos fins pretendidos e as desvantagens dos meios empregados. Aqui, poder-se-á aquilatar se os interesses – públicos ou particulares – propulsores da medida adotada justificam, em bom termo, o dano a ser infligido, de modo inarredável, ao equilíbrio ambiental.

Ainda que se queira salvaguardar a legitimidade da medida adotada através dos espaços da discricionariedade administrativa ou

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 268.

da livre decisão ou, ainda, de outros direitos igualmente assegurados constitucionalmente, como acima já referido, não se pode perder de vista o caráter fundamental do direito ao meio ambiente e, por conseguinte, o esforço constitucional na sua preservação, sem previsão expressa de quaisquer restrições.

Não se pode olvidar, outrossim, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representa autêntico desdobramento do direito à vida, este indubitavelmente o bem jurídico de maior relevância tutelado pelo ordenamento jurídico, posto que verdadeira premissa de todos os demais⁹, nada obstante não se possa falar em uma disposição constitucional que reflita, às claras, uma hierarquia entre os direitos fundamentais assegurados pela Magna Carta.

Não bastassem todas as considerações acima, tem-se como premissa de um estudo envolvendo matéria constitucional que qualquer interpretação que possa implicar em sacrifício a direito fundamental há que ser restritiva. Mais restritiva ainda deverá se afigurar eventual ação tendente a restringir o direito ao meio ambiente equilibrado, na medida em que o mesmo integra o espectro do Estado Fraternal¹⁰, que hodiernamente supera ou transcende o Estado Social, sem, contudo, o renegar.

Ora, não há como se desconhecer a atual etapa fraternal do constitucionalismo, que logra atingir, dentre outros fins, a dimensão da luta pela afirmação do valor do meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito fundamental. Tal etapa reflete, é certo, a tomada de consciência de que não basta que se acresçam novos direitos ao conteúdo das etapas liberal e social dos direitos fundamentais.

É preciso que se reconheça, mais do que nunca, que as relações dinâmicas e multifacetadas atinentes à vida hodierna e a conseqüente consagração dos direitos difusos estão a demonstrar, repetidamente, na experiência cotidiana, que a menor parte do todo afeta o próprio todo, tanto quanto o todo afeta até mesmo a menor

⁹ GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa**. O controle da omissão estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 173.

¹⁰ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Forense, 2003, p.216.

parte dele¹¹, o que exige um respeito nunca antes dispensado à natureza, enquanto fonte finita e ao mesmo tempo indispensável à vida humana.

Isso porquanto o processo de influência do ecossistema na qualidade de vida se faz em cadeia, atingindo ainda aqueles sem contato direto com o local do sacrifício ao bem ambiental. Assim, é essa mudança de atitude, tanto da sociedade civil organizada quanto dos poderes constituídos, que pode evitar um processo de poluição e degradação ambiental capaz de se expandir de forma descontrolada e assim comprometer a renovação dos recursos naturais em tempo hábil.

Oportuna, ainda, uma abordagem envolvendo a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se consubstancia na constatação de que tais direitos estão a consagrar, de modo inelutável, os mais importantes valores em uma comunidade política¹². Isto posto, não se trata apenas de tê-los como direitos subjetivos oponíveis ao Estado, mas sim, como as bases de sustentação da ordem jurídica, com vistas à proteção e promoção dos ideais humanitários. Nesse sentido, tal teoria objetiva inspira a limitação dos atores privados e protege a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais¹³, difusamente presentes na sociedade contemporânea.

Se algum direito está na iminência de sofrer restrição, que se atinja inicialmente aqueles mais adstritos aos interesses egoísticos do indivíduo, ainda que se trate de direitos fundamentais, deixando-se a salvo, tanto quanto possível, os interesses difusos e coletivos que impliquem em repercussão direta na própria existência da vida humana digna, enquanto saudável e livre de agressões, dentre os quais aquele que se reflete no meio ambiente ecologicamente equilibrado, a ser assegurado às atuais e futuras gerações.

2.3 A ênfase ao caráter preventivo e a transmissibilidade do ônus de reparar danos ecológicos

Partindo-se do pressuposto de que os danos ambientais são, via de regra, de difícil ou impossível reparação, sendo que, na

¹¹ BRITTO, Carlos Ayres. Op. cit., 2003, p.216.

¹² SARMENTO, Daniel. "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria." *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Org. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.253.

¹³ Idem, p.255.

primeira hipótese, implicam na demanda de longo espaço de tempo, custos elevados e sérias dificuldades fáticas para o controle de sua adequada recuperação, importante seja a atuação estatal de defesa do ambiente, bem como, a participação da própria coletividade no mesmo sentido, voltadas, primordialmente, à prevenção do dano. De tal idéia decorreu o princípio da precaução, da prudência ou da cautela, adotado sob o n. 15 na declaração de princípios elaborada por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992.

De acordo com tal princípio, que, segundo Luís Roberto Gomes¹⁴, encontra-se implicitamente contido no art. 225 da Constituição Federal, a simples ausência de certeza científica quanto à nocividade de determinada atividade ao meio ambiente não pode elidir, por si só, a premente necessidade de adoção de medidas de preservação e proteção ambiental, ainda que tais condutas impliquem em onerosidade elevada.

Trata-se, assim, de se evitar tal atividade potencialmente danosa ou, pelo menos, de submetê-la a rigoroso controle¹⁵, sob pena de absoluta ineficácia de qualquer medida ulteriormente adotada, após a efetiva consumação do dano e de seus nefastos e indelévels efeitos nocivos sobre a vida e saúde de todos¹⁶. Tal princípio não significa, por certo, a total supressão de um mínimo de lesão ambiental conduzida pela atividade humana, em prol do desenvolvimento tecnológico e econômico da nação: Mais uma vez, está-se diante do princípio da razoabilidade e da ponderação de interesses, onde cumpre aquilatar, no caso concreto, se o dano atinge limites aceitáveis ou não.

¹⁴ GOMES, Luís Roberto. "Princípios Constitucionais de Proteção ao Meio Ambiente". **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Ano IV, p.178, out.-dez. 1999.

¹⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit, 1996, p. 62.

¹⁶ A propósito, o item 13 das Conclusões da Carta de São Paulo- 2002 do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizado de 3 a 6 de junho de 2.002, assim foi redigido, *in verbis*: "A falta de consenso científico sobre a periculosidade ou danosidade de uma atividade ou empreendimento basta para fundamentar atuação preventiva pró-ambiente, sob bases de precaução, do Estado, em especial do órgão licenciador, do Ministério Público e do Poder Judiciário".

Outro elemento assecuratório da preservação ambiental consiste na transmissibilidade da responsabilidade pelo dano ambiental. Noutras palavras, o adquirente de terras rurais assume o ônus de reparar dano ecológico ocorrido em sua propriedade, ainda que tal degradação tenha ocorrido durante a titularidade do transmitente, considerando-se o princípio da continuidade em matéria de preservação ambiental: o que se prioriza, *in casu*, é o direito difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual não pode ser afastado sob alegação de ausência de nexo de causalidade entre a ação/omissão do proprietário e o dano ocorrido.

Em verdade, a simples perpetuação da situação de lesividade ambiental, ainda que a agressão ambiental tenha se originado em razão de conduta do antigo proprietário, implica em responsabilidade do novo dono pela reparação, seja para retorno ao *status quo ante* (quando possível), seja para pagamento de indenização pecuniária. A responsabilidade, de caráter objetivo, decorre de obrigação *propter rem*. Plausível, entretanto, na esfera privada, ulterior ação regressiva para ressarcimento do dispêndio promovido pelo atual proprietário em face de lesão ambiental a que não deu causa.

Constata-se, assim, que “ser titular de um patrimônio privado ou público (material ou imaterial) demanda, a partir da noção de patrimônio ambiental, responsabilidades que desbordam daquelas que se localizavam no direito de vizinhança, ou ainda, de alguns contratos”.¹⁷ Tais responsabilidades podem se consubstanciar tanto em obrigações de fazer, quanto de se omitir, ou, ainda, no dever de pagar sanções pecuniárias civis e administrativas e, finalmente, em reprimendas criminais.

Atente-se ainda para uma franca tendência ao arrefecimento da exigibilidade de dilação probatória plena concernente à identificação do nexo causal entre a conduta e a lesão perpetrada no meio ambiente sobretudo se, *a priori*, vislumbra-se a possibilidade de responsabilidade solidária de diversos agente poluidores, em razão de ações ou omissões complementares, concomitantes ou sucessivas, impassíveis de individualização.

¹⁷ SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental**. Biblioteca de teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Observe-se, outrossim, que a riqueza e evolução constante inerentes à matéria ambiental suscitam diuturnamente novos mecanismos que possam mais eficazmente implementar a plena responsabilidade nesta seara, após esgotadas, é certo, as possibilidades de solução através de métodos preventivos.

2.4 A reparação do dano ambiental como instrumento de prevenção de danos futuros

Não se pode negar a função inibitória exercida por sanções sobretudo de caráter pecuniário aplicadas aos degradadores ambientais. Isto posto, necessário se faz que os valores arbitrados judicialmente para tal fim atinjam montantes razoáveis, que, se de um lado não representem a total falência do agente que causou danos ao meio ambiente, doutra banda não se constituam em montante tão irrisório que faça sobrelevar a máxima de que o crime compensa.

Isso não significa que o princípio do poluidor-pagador deva ser desprezado, mas é importante que o particular não se veja estimulado a facilmente inserir em seus custos despesas com eventuais sanções por danos ao meio ambiente, ao invés de se ocupar com investimentos em tecnologias que possam mitigar tais efeitos ecológicos danosos, aí sim, embutindo nos valores orçados para instalação e operacionalização de seu investimento recursos específicos para esse fim.

Por isso também é que Luís Roberto Gomes prefere a utilização do princípio da ampla responsabilização pelo dano ambiental, ao invés de se falar em princípio do poluidor-pagador. Afinal, não se pode estimular a idéia equivocada de que o pagamento de eventual sanção gera direito à contraprestação (poluição).¹⁸

Ademais, é o princípio da prevenção ou precaução o mais relevante em matéria ambiental. Assim, a sanção não se presta unicamente a compensar o prejuízo causado, mas, precipuamente, a inibir condutas poluidoras futuras.

A tendência de se ampliar o espectro da responsabilização é, igualmente, identificada nas esferas penal e administrativa, consoante se observa ante o incremento de novas figuras delitivas típicas em

¹⁸ GOMES, Luís Roberto. Op. cit., 2003, p. 212.

matéria ambiental, combinando-se pena privativa de liberdade e sanção pecuniária, com é o caso do projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional desde 1992, que prevê o acréscimo dos art. 61-A, 61-B e 61-C à Lei 9.605/98.

Herman Benjamin aponta ainda para a possibilidade de uso da responsabilização civil ambiental como instrumento de estímulo às atividades econômicas que mais eficientemente promovam a redução de seus riscos ambientais, visando com isso a minimizar os acidentes e incidentes ofensivos ao meio ambiente¹⁹.

Isso porquanto se defende a idéia de internalização das despesas com a prevenção, e não da externalização dos custos da poluição, com a assunção apenas relativa do ônus presente e futuro decorrente do empreendimento degradador do ambiente.

A solução parece estar, portanto, na adequada aplicação do princípio do poluidor-pagador (à falta de termo mais apropriado), não no sentido de autorizar o empresariado solvente a degradar livremente o ambiente, mas sim, como estratégia de política ambiental, no sentido de permitir a incorporação aos preços dos bens e serviços postos à venda dos custos adicionais com o investimento efetivo em medidas de controle, prevenção, mitigação e compensação dos impactos negativos da atividade econômica²⁰.

Ademais, além dos institutos de responsabilização já previstos em caso de degradação ambiental, importante sejam repensadas, de *lege ferenda*, novas alternativas viáveis que possam, de um lado, estimular positivamente as empresas que investem em mecanismos menos ofensivos ao patrimônio ambiental, com a concessão de incentivos fiscais e creditícios por exemplo ou, ao revés, que venham a impor tarifas especiais ou outras sanções econômicas a produtos elaborados de modo ambientalmente inadequado, nada

¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. “Responsabilidade civil pelo dano ambiental”. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Ano III, vol. 9, p. 17, jan.-mar. 1998.

²⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite e outros. **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.24.

obstante atualmente se tenha proibido, nas relações internacionais, a discriminação de produtos em razão de tais fatores²¹.

Nesse sentido, conclui-se que prevenir e reparar, antes de idéias antagônicas, constituem-se, isto sim, em conceitos complementares: o primeiro como objetivo maior em matéria ambiental e, o segundo, enquanto alternativa imprescindível ao fomento da própria prevenção e, ainda mais, à restauração do bem ecológico que se busca tutelar, quer *in natura*, através de obrigação de fazer ou não fazer, quer através de reparação pecuniária.

Não se pode admitir é que dificuldades na obtenção da reparação no caso concreto, em face da ausência de provas da ocorrência e dimensão do dano constituam-se em óbices inamovíveis ao estancamento de situações de profunda injustiça social, que redundam, alfim, na privação de todos do direito à vivência e convivência em um ambiente são.

3. Interesse público *versus* privado e a proteção do meio ambiente

3.1 O meio ambiente como bem de uso comum de todos e o interesse po na sua proteção

As transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas já a partir do século XIX passaram a exigir um abandono do modelo jurídico individualista, e, ao mesmo tempo prestaram-se a atrair novos parâmetros que pudessem melhor representar os mais genuínos anseios da coletividade. Nesse sentido, o direito transmutou-se de mero instrumento de garantia dos direitos do indivíduo em elemento propulsor da justiça social, do bem comum ou, noutras palavras, do bem-estar coletivo²².

Tal situação não pôde prescindir da ampliação das atividades assumidas pelo Estado, enquanto elemento garantidor dos novos direitos supraindividuais emergentes, através de mecanismos que permitiram a intervenção estatal nas esferas da vida econômica e no direito de propriedade, visando a salvaguardar os valores mais caros

²¹ Idem, p.25.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.69.

ao tecido social, verdadeiros reflexos do interesse público, que desde então, adquiria contornos próprios.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em sua concepção atual, confere ao meio ambiente primazia em relação a interesses individuais, sobretudo se tais interesses refletem valores de cunho eminentemente financeiro. Apesar de não explicitamente previsto na Constituição Federal, sua consagração pelo ordenamento jurídico brasileiro como pressuposto lógico do convívio social deflui do próprio sistema constitucional, refletindo a consagração do Estado de Democrático de Direito.

Não é demais destacar que o interesse público não se consubstancia em um interesse abstrato estatal ou administrativo, mas sim, no interesse de toda a coletividade ou do próprio conjunto social. Ressalte-se ainda que tal interesse não necessita do apoio incondicional e unânime de cada um dos integrantes da coletividade, bastando que reflita os interesses de boa parte dela, dentro de critérios de razoabilidade, guardando coerência com os demais interesses garantidos constitucionalmente.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o interesse do todo é ‘função’ qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação”²³. Não há, assim, que se falar em uma contraposição entre o interesse público e o interesse privado de cada um dos integrantes do coletivo, senão muito mais em uma convergência entre seus fins maiores. Celso Bandeira de Mello, a propósito, observa: “Corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bem para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um”²⁴.

Transplantando tais observações para o foco do direito ambiental, podemos observar que, coletivamente, todos possuem o interesse na higidez da natureza, até porque sua saúde e sua vida dependem da salvaguarda do bem ambiental: esse o interesse público e, por conseguinte, indisponível. Isso não impede, contudo, que, num caso concreto, determinado particular, no exercício de suas atividades

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 57-8.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., 2001, p. 58.

pessoais ou profissionais, veja-se movido por outros interesses que se sobrelevem ao interesse genérico na proteção ambiental.

Não que aquele indivíduo tenha desprezado de pronto o valor da preservação ambiental, mas que, por razões de cunho pessoal, optou por defender outros interesses que igualmente lhe são caros ou convenientes, como o que concerne a sua propriedade particular ou o que se refere ao seu direito ao livre exercício de sua profissão, ainda que vislumbre, com tal opção, prejuízo difuso ao corpo social e a sua qualidade de vida.

O interesse público só restaria justificado, portanto, enquanto veículo de realização dos interesses de todos e de cada um dos integrantes do corpo social, tanto das presentes quanto das futuras gerações²⁵. A propósito, tal reflexão, malgrado seu cunho genérico, adequa-se perfeitamente ao interesse na preservação do meio ambiente, expressamente contido no *caput* do art. 225 da Magna Carta.

O esforço está, assim, em não se descurar dos legítimos interesses a serem preservados em prol de toda a coletividade, em face de diversos outros interesses igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico vigente, os quais muitas vezes podem parecer refletir, casualmente, o interesse público.

Não raras vezes o Poder Judiciário dá mostras da supremacia do interesse público na preservação ambiental quando, por exemplo, proibiu a prática da farra do boi²⁶, entendendo que a manifestação popular imprimia sacrifícios não razoáveis aos animais, submetidos a verdadeiro ritual de crueldade.

Observe-se que a hipótese reproduz aparente conflito entre o pleno exercício dos direitos culturais (manifestações populares tradicionais no Estado de Santa Catarina) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: mesmo assim, a balança pesou em prol do patrimônio ambiental, nele inserido a fauna, direito este de titularidade difusa. Com ainda mais razão a opção recairia no referido direito transindividual se o interesse contraposto fosse eminentemente privado.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., 2001, p. 59.

²⁶ Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 153.531-SC. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 1 de 13.3.98, p.13.

Destaque-se ainda que não apenas o particular se distancia do interesse público, mas, não raro, o próprio Estado, sob o argumento de estar agindo no exercício de seus poderes-deveres, extravasa em suas funções e assim vulnera o autêntico interesse público, elegendo outros interesses desconectados com os fins maiores da sociedade, ainda que, formalmente, encontre justificativas para sua conduta.

Referida situação pode ocorrer, por exemplo, quando uma licença ou autorização ambiental é concedida em favor de uma empresa particular potencialmente degradadora do meio ambiente, apenas com base em laudo estritamente técnico e, por conseguinte, não raras vezes imune a críticas e objeção popular em face da sua inacessibilidade à compreensão do público leigo. Tal escusa oficial não possui o condão de eliminar os prejuízos, muitas vezes irremediáveis, imputados ao meio ambiente, em níveis desproporcionais aos supostos benefícios de ordem econômica ou social que a referida empresa propõe, como contrapartida.

Noutras palavras, o simples fato de se tratar de decisão emanada de ente público não possui o condão de legitimar tal opção, se a mesma é incompatível com o dever de preservação do ecossistema, de modo injustificado.

Do mesmo modo, a inação estatal pode configurar ofensa ao interesse público, passível de adequada reprimenda, como adiante se verá. Em hipóteses que tais, a própria Administração Pública, no exercício de seu poder de autotutela, pode proceder à revisão de seus próprios atos ou inações, ajustando-se à legalidade e aos princípios prestigiados pelo sistema normativo, dentre os quais o que reflete a supremacia do interesse público, ainda que não provocada judicialmente nesse sentido.

3.2 O condicionamento do uso da propriedade ao respeito à preservação ambiental — a proporcionalidade como instrumento balizador de interesses

O direito de propriedade, concebido sob a influência lockiana e instituído, originariamente, como direito oponível ao Estado e *erga omnes* de modo absoluto, recebe hoje novos contornos. Superada a fase liberal pura de proeminência do homem como ser individual, livre para agir incondicionalmente e expandir sua

capacidade de acúmulo de capital, desenvolve-se um período de proeminência e multiplicação dos direitos e interesses que se voltam ao coletivo, sobretudo em face da necessidade de identificação dos recursos naturais não mais como uma fonte inesgotável, mas sim, como elementos que, se não adequadamente utilizados, podem escassear e, até, desaparecer da superfície da terra.

Nesse diapasão, foi o direito de propriedade tornado relativo, tendo seu uso restringido: Noutras palavras, curvou-se à publicização, no sentido de que se adequou às exigências de interesse público, consubstanciadas no seu uso racional²⁷.

Tal mudança de paradigma exerceu, decerto, influência significativa na postura hoje dispensada ao proprietário, em relação a seus direitos e deveres. A Constituição consagrou a função social da propriedade como um fim em si mesmo. Uma análise sistemática do texto constitucional leva-nos à ilação de que a propriedade hoje não pode mais ser afastada de sua função ecológica.

Posto isso, o proprietário já não mais logra dispor do bem que legitimamente adquiriu como lhe aprouver, cabendo-lhe zelar pelo seu uso e gozo racional, compatível com o adimplemento do dever de todos à preservação ambiental, sob pena de responder por eventual conduta dissociada de tal idéia. Noutras palavras, a limitação no uso de seu patrimônio decorre do fato de que o bem ambiental difuso que o contém não pertence ao proprietário em particular, senão a toda a coletividade.

A propósito, encontra-se o novel código civil perfeitamente adaptado à moderna feição da propriedade, quando se verifica, em seu art. 1.228, parág. 1º, a seguinte disposição:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

²⁷ ROCHA, Maria Isabel de Matos. "Reparação de danos ambientais." *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ano V, vol. 19, p. 139, jul.-set. 2000.

Aliás, no mesmo sentido a Constituição Federal de 1988, quando em seu art. 186, inc.II, em relação ao imóvel rural, condiciona o cumprimento da função social da propriedade à adequada utilização dos recursos naturais disponíveis e à preservação do meio ambiente.

Lembra-nos José Adércio Sampaio que o Supremo Tribunal Federal indeferiu impugnações a dispositivos do Código Florestal (Lei 4.771/65), que cuidavam de estabelecer um percentual mínimo de 20% em florestas de domínio privado, para fins de criação de reserva legal. Preponderou, *in casu*, sobre as alegações de suposta ofensa ao direito de propriedade, ao direito adquirido ou à livre iniciativa, dentre outros, o dever estatal de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.²⁸

Essa alteração de concepção nada mais representa senão a adoção, pelo ordenamento jurídico pátrio, do conceito de propriedade jungido ao adequado cumprimento de sua função social (art. 5º, XXII c/c art. 170, III, CF), que abrange não só o requisito de ordem econômica, mas igualmente de ordem social e ecológica.²⁹ Afinal, é o desenvolvimento sustentável a única alternativa possível de uso e gozo da propriedade privada, sob pena de usurpação dos princípios norteadores da Carta Magna do país, o que pode resvalar, inclusive, na desapropriação do imóvel rural para fins de reforma agrária (art.184, *caput*, CF), que significa verdadeira intervenção lícita na esfera privada do homem.

A proposta do desenvolvimento sustentável consiste, isto posto, no uso da propriedade respeitando-se a capacidade de suporte dos ecossistemas, entendida esta como a que cuide de preservar os mecanismos naturais de restauração dos recursos renováveis e, do mesmo modo, a exploração não predatória dos recursos não renováveis, de forma a subsistirem e assim, serem úteis às gerações futuras³⁰, com base em critérios de proporcionalidade.

²⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 702.

²⁹ LANFREDI, Geraldo Ferreira. “A objetivação da teoria da responsabilidade civil e seus reflexos nos danos ambientais ou no uso anti-social da propriedade.” **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: vol 6, p.94, abr.-jun. 1997.

³⁰ GOMES, Luís Roberto. Op. cit., p. 164-191, 1999.

3.3 A responsabilização do Estado por ineficiência na tutela do meio ambiente

À luz do que contém expressamente a Magna Carta nos diversos incisos do parágrafo 1º do seu art. 225, é de se concluir facilmente que ao Poder Público foram conferidas atribuições diversas voltadas ao seu adequado cumprimento do dever de defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. São sete incisos que traçam encargos ou poderes-deveres³¹, a título meramente exemplificativo e nunca exaustivo, os quais não podem, em linhas gerais, ser objeto de delegação aos particulares, visto refletirem condutas que expressam o exercício de atividades típicas da administração pública, como aquelas inerentes ao poder de polícia, atividades fiscalizadoras, de controle, punitivas ou legislativas, sem prejuízo de atividades educativas.

É certo que à coletividade foi igualmente conferido o ônus de zelo pelo meio ambiente, mas isso de forma cooperativa³², já que o Estado não pode renunciar ao seu papel de tutor maior do bem ambiental, até porque lhe compete, em última análise, a imputação de responsabilização aos causadores de degradação ambiental, sem o que se torna inócua qualquer tentativa de preservação e controle³³. Ademais, os meios necessários à efetiva concretização da participação

³¹ JUCOVSKY, Vera Lúcia R.S. **Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais. Brasil-Portugal**. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda., 2000, p. 39.

³² Fala-se no princípio da cooperação como expressão da participação da sociedade civil organizada na formulação e execução da política ambiental pelo Estado. BUGLIONE, Samantha. "O desafio de tutelar o meio ambiente". **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Ano V, vol. 17, p.207, jan.-mar. 2000.

³³ Álvaro Mirra aponta, contudo, como visão mais hodierna e inovadora, a inadmissibilidade de tomada de qualquer posição estatal unilateral ao arrepio das preocupações preservacionistas da sociedade, referindo-se assim à imprescindibilidade da participação popular direta na defesa ambiental. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. "O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente". **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Ano IV, vol.15, p. 73, jul.-set. 1999.

popular em matéria ambiental não que ser garantidos pelo próprio Estado³⁴.

Estabelecendo-se um comparativo do diploma maior federal com a Constituição do Estado de Alagoas neste particular, observa-se que foram inseridos mais sete incisos ao dispositivo que traça as tarefas imputadas ao Estado na preservação e controle do bem ambiental, em conjunto com a coletividade³⁵. Observa-se um avanço nessa iniciativa, até porque tais dispositivos acrescidos defluem de necessidades regionais de um Estado particularmente favorecido por abundância de recursos hídricos e por uma costa litorânea de grande valor paisagístico e, por conseguinte, turístico.

A exploração de tais fatores, além do aspecto ambiental, representa parcela importante da economia local, já que a comercialização da pesca no mar e nas lagoas movimenta o cotidiano da população ribeirinha e costeira de baixa renda, de modo fundamental a sua própria sobrevivência, o que não pode prescindir de um controle ativo e perene por parte do Estado, a fim de que tais reservas não se deixem esgotar pelo inadequado uso dos recursos disponíveis.

Não se está aqui a falar de uma preservação estática, mas sim mediante condições sob as quais se possa verificar uma adequada utilização econômica do bem ambiental, sem prejuízo à proteção da natureza³⁶, visando-se com isso ao não esgotamento dos recursos naturais, sem possibilidade de recuperação.

Reservas de Mata Atlântica também sofrem agressões em Alagoas com a acelerada ocupação do litoral, razão pela qual o constituinte alagoano cuidou de fixar diretrizes que impõem prévia autorização de órgãos ambientais para a instalação de loteamentos ou projetos de urbanização nas áreas costeiras. Como se depreende, são as peculiaridades de cada unidade da federação que apontam os necessários mecanismos de controle ambiental, deixando entrever, ainda mais, a responsabilidade impostergável do Estado nesse mister e o seu compromisso com o futuro da humanidade em um planeta

³⁴ GOMES, Luís Roberto. Op. cit., 2003, p. 213.

³⁵ Art. 217, inc. VIII a XIV da Constituição do Estado de Alagoas.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 773.

habitável e respirável, sem que para isso, é certo, possa prescindir de parceria com a sociedade civil organizada.

Eventuais condutas inadequadas do ente estatal, contudo, que comprometam uma racional preservação ambiental, podem levar a sua responsabilização. No dizer de Canotilho, “existe um **defeito de proteção** quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção adequada dos direitos fundamentais”³⁷.

A incidência de tal defeito, por conseguinte, será idônea a impor a responsabilização do Estado pelo inadequado adimplemento de suas tarefas constitucionalmente determinadas, em prejuízo de toda a coletividade. Observe-se que a conduta estatal pode estar consubstanciada tanto em medidas de natureza normativa (definição dos espaços territoriais a serem especialmente protegidos, por exemplo)³⁸ quanto de natureza material (controle da produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias atentatórias ao meio ambiente)^{39 40}.

De modo pertinente, observa ainda o ilustre jurista lusitano que “a verificação de uma *insuficiência de juridicidade estatal* deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais”⁴¹ – grifo no original.

Nesse diapasão, o que está em jogo é a obediência, pela Administração Pública, ao princípio do direito humano fundamental de proteção ambiental, que reflete interesse social indisponível, mediante o cumprimento de suas tarefas constitucionais e legais, expressamente fixadas⁴².

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 271.

³⁸ Art. 225, parág. 1º, inc. III, CF.

³⁹ Art. 225, parág. 1º, inc. V, CF.

⁴⁰ Álvaro Mirra acresce ainda a atuação estatal no âmbito jurisdicional, ressaltando outrossim seu papel na adoção das políticas públicas e nos programas de ação que a matéria irá suscitar, considerando-se a realidade posta. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., 1996, p. 56.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Idem, p. 271.

⁴² GOMES, Luís Roberto. Op. cit., 2003, p. 179.

A proteção ambiental só poderá ser levada a efeito, por conseguinte, através de prestação do Poder Público, que não pode se omitir nem privilegiar interesses privados em detrimento da salvaguarda da sadia qualidade de vida da população. Isso porquanto o meio ambiente, entendido como agrupamento natural não dotado de personalidade jurídica⁴³, pertence a todos e a cada um, sem integrar, contudo, o patrimônio disponível do Estado, a quem incumbe, a propósito, todo empenho para sua preservação, dirigida às atuais e futuras gerações.

Tais considerações refletem, em última análise, o princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa ambiental, inserido tanto na Declaração de Estocolmo de 1972 quanto no próprio art. 225, *caput*, da Constituição Federal, sendo consectário da natureza indisponível do meio ambiente⁴⁴, cuja proteção é reconhecida hoje como indispensável à dignidade e à vida de toda pessoa – núcleo essencial dos direitos fundamentais⁴⁵.

Foram imputadas pela Magna Carta competências ambientais legislativas e administrativas aos entes da federação, o que torna possível a exigência do adequado cumprimento, quer administrativa quer judicialmente, neste último caso, via de regra, através da Ação Civil Pública, de seus encargos na proteção e controle ambiental. Por outro lado, o art. 69 da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, prevê a configuração de crime contra a administração ambiental imputável a quem obstar ou, pelo menos, dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais.

A propósito, de se registrar que, nesse sentido, trata-se da inclusão em um texto constitucional brasileiro, pela primeira vez de forma separada, das competências administrativas comuns e legislativas concorrentes em matéria ambiental, consoante se depreende dos art. 23, inc. VI, VII, IX e XI e 24, inc. VII e VIII, CF.

Nada obstante, dentre tantos outros problemas operacionais, observa Andreas Krell que os municípios se omitem no controle local de empresas situadas em sua circunscrição, deixando aos Estados a fiscalização e licenciamento da maior parte dos projetos com

⁴³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., 1999, p.63.

⁴⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., 1996, p. 56.

⁴⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., 1999, p.64.

implicações ambientais, sob a justificativa de ausência de meios técnicos adequados para o exercício de suas atribuições⁴⁶.

As conseqüências de tal omissão, como bem aduz o mesmo autor, é a passiva aceitação das licenças ou autorizações estaduais pelo município, sem realização de qualquer fiscalização *in loco* por órgãos municipais, o que redundará na total ineficácia do sistema, dada a ausência de efetiva cooperação entre os diversos entes estatais, resultando, em última análise, em deficiência, para não falar em verdadeiro vácuo, sobretudo no controle de danos ambientais perpetrados por pequenas empresas, freqüentemente situadas em zonas residenciais.

O Estado possui múltiplas funções, sendo que, ao desenvolver algumas delas, ainda que supostamente esteja amparado sob o manto da discricionariedade administrativa, pode estar conferindo legitimidade a atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente. Isso ocorre, por exemplo, quando atua no desenvolvimento de políticas públicas relacionadas ao desenvolvimento econômico e social, ou quando exerce diretamente atividades empresariais, ou, ainda mais especificamente, quando concede licenças ou autorizações para instalação e funcionamento de empresas industriais que expõem gases ou resíduos líquidos poluentes, por exemplo.

Aí, sim, emerge seu papel fundamental de, periodicamente, rever inclusive concessões anteriormente outorgadas, quer para ratificá-las, quer para revogá-las, quando os interesses maiores na preservação da sadia qualidade de vida e saúde da população e, por conseguinte, do meio ambiente, assim o exigirem. Nesse sentido, tanto as condutas comissivas inadequadas quanto as omissões deverão ser objeto de responsabilização do este estatal, dêis que configurado nexos de causalidade entre o dano ambiental e a má atuação governamental.

Muitas vezes não se sabe se a ineficiência estatal no trato da matéria ambiental revela deficiências de pessoal especializado, de recursos financeiros para tanto ou da não edição de legislação protetiva específica ou, ainda, se, ao revés, tudo não passa do estabelecimento de políticas públicas que, de modo inadequado,

⁴⁶ KRELL, Andreas Joachim. "A posição dos municípios brasileiros no sistema nacional de meio ambiente (SISNAMA)." São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 709, p. 13, nov. 1994.

subvertem a importância do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e prestigiam outras áreas, demonstrando total inaptidão e ausência de desvelo na condução da coisa pública.

Observe-se que as simples justificativas técnicas da viabilidade de determinado empreendimento potencialmente lesivo ao meio ambiente podem se constituir em verdadeiro disfarce para situações futuras profundamente ofensivas ao equilíbrio do ecossistema, que, com alguma dose de cautela, poderiam ter sido evitadas.

Em regra, os óbices que se impõem ao controle judicial dos atos da Administração, entendida aí como o Poder Executivo, consistem, basicamente, nos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa⁴⁷. Observe-se, contudo, que o Estado encontra-se rigorosamente jungido à ordem jurídica e ao princípio da legalidade, não lhe sendo permitido atuar ao seu livre alvedrio, amparado pelo escudo fácil da conveniência e oportunidade. Assim, não lhe é permitido, nem mesmo em face de questões de ordem financeira e orçamentária ou da tão debatida “reserva do possível”, postergar o cumprimento das ações sobretudo preventivas que lhe foram impostas infra e constitucionalmente, notadamente em matéria de prevenção de danos ambientais⁴⁸, elegendo outras prioridades.

Não se trata aqui de definir a Administração Pública como instituição autômata e escrava de preceitos previamente estipulados com riqueza de detalhes, mas do estabelecimento de premissas que restrinjam a atuação estatal a limites que possam afastar qualquer tentativa de arbitrariedade ou de usurpação dos princípios norteadores do sistema jurídico vigente, onde se inserem, em posição de destaque, os direitos fundamentais, e, no seu bojo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se reflete, necessariamente, no direito à vida e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira de pensamentos, assim se posiciona Marcos Gouvêa:

Ora, não se questiona a existência de uma esfera de liberdade remanescente em favor do administrador público, muitas vezes implícita, outras vezes expressamente

⁴⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., 1999, p.62.

⁴⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit., 1999, p.73-4.

ressalvada pelo constituinte e pelo legislador. Daí a defender-se o princípio discricionário, por vezes contra regras positivadas suficientemente densas, vai uma longa distância”⁴⁹.

O controle judicial das omissões administrativas em matéria de direitos difusos, nesse diapasão, não pode ser visto como indevida interferência na gestão da coisa pública, mas sim, no cumprimento do autêntico papel do Poder Judiciário de guardião dos legítimos interesses de toda a sociedade, como o direito à saúde e ao saneamento, por exemplo, dependentes que são da adequada preservação ambiental.

Noutras palavras, a ausência de preeminência conferida pela Administração aos valores expressamente previstos na Lei 7.347/85 já confere, por si só, legitimidade ao poder judicante para revisão de seus atos ou omissões, desde que adequadamente provocado.

Somados aos fatores já sobejamente enfrentados, resta aduzir que o princípio da moralidade (art. 37, CF), somado ao dever de boa administração, robustecem ainda mais a possibilidade e por que não dizer, a imprescindibilidade de responsabilização do Estado, sobretudo quando sua ineficiência atinge frontalmente direito fundamental, como aquele inserto no art. 225 da Carta Constitucional vigente.

4. A reparabilidade moral de conteúdo ambiental

4.1 A desvinculação do dano moral do universo unicamente individual: novos enfoques

A qualidade de vida constitui-se em valor imaterial da coletividade, tendo-se em conta que a pessoa humana depende do meio ambiente, enquanto direito instrumental e pressuposto inarredável de seu adequado desenvolvimento. Afinal, o direito geral de personalidade pressupõe harmoniosa unidade entre as esferas física, psíquica e sócio ambiental, ancorada em um correspondente dever de todos de abstenção de qualquer ato tendente a ameaçar tal sintonia.

⁴⁹ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.375.

O direito da personalidade absorve ainda 2 pólos distintos e complementares: o **eu**, consistente nas funções e potencialidades individuais de cada um (direitos intrínsecos) e o **mundo**, que reflete as atividades relacionais do homem com seu semelhante e com as coisas (direitos extrínsecos), dentre as quais se inclui o meio ambiente.

Fala-se no meio ambiente enquanto direito fundamental, intergeracional, intercomunitário⁵⁰ e solidário, vulnerável portanto a danos previsíveis e imprevisíveis, presentes e futuros, emergentes, lucros cessantes e, finalmente, a danos não patrimoniais. Abstraindo-se eventual carga de preconceito que ainda possa vincular tal espécie de dano unicamente ao particular, sob a alegação de que só ele é passível de sofrimento psicológico, pode-se observar que a natureza primordial do bem ambiental está muito mais relacionada a valores imateriais.

Se assim não o fosse, ter-se-ia uma relação de simples mensuração de eventual degradação à natureza, passível de quantificação em pecúnia, como qualquer mercadoria comum. Ora, o bem jurídico de que se trata, de modo oposto, é detentor de peculiaridades que avançam para muitas outras áreas, dentre as quais, por certo, aquela que se refere a perdas não econômicas, que podem atingir toda ou determinada parcela da comunidade, que, de fato, sofre com a transformação nefasta do meio ambiente.

Paccagnella destaca as peculiaridades do conceito de “patrimônio ambiental”, impassível de se encaixar na visão individualista de valor econômico. Nesse sentido, chega a afirmar que, quando se fala em dano ao patrimônio ambiental, está-se a falar em qualquer alteração negativa no equilíbrio ecológico do meio ambiente.⁵¹

O reconhecimento da reparação de caráter extrapatrimonial, não econômico ou moral já se encontra expresso no art. 5º da Constituição Federal, com *status*, portanto, de direito fundamental e,

⁵⁰ LEITE, José Rubens Morato. “Dano extrapatrimonial ou moral ambiental em sua perspectiva no direito brasileiro.” **Ação Civil Pública**. Lei 7.347/1985 - 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.471.

⁵¹ PACCAGNELLA, Luis Henrique. “Dano Moral Ambiental.”. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: vol.13, p.45., jan.-mar. 1999.

assim, impassível de supressão do texto constitucional, *ex vi* do art. 5º, inc. V e X, CF. Para quem ainda possa invocar sua aplicabilidade apenas aos casos expressamente contidos nos citados dispositivos, ressalte-se que a doutrina majoritária admite que as hipóteses são meramente exemplificativas, permitindo-se, portanto, falar em dano extrapatrimonial ambiental.

Uma outra observação interessante é que o dano moral pode decorrer tanto de lesão a um bem material (com conteúdo econômico preponderante) quanto a um bem não patrimonial (como o meio ambiente, por exemplo). Isso porquanto a correta identificação da espécie de dano passível de indenização não deflui da natureza do bem vulnerado, mas sim, dos efeitos provocados por tal lesão: se os mesmos refletem perda patrimonial nas vítimas ou, por outro lado, se a hipótese gerou sofrimento, angústia, ofensa a sua paz interior.

Superadas tais questões, urge enfrentar uma outra, já referida superficialmente: como compatibilizar o dano extrapatrimonial, secularmente relacionado à idéia de sofrimento individual, psíquico ou moral, insuscetível, em um primeiro momento, de mensuração econômica, com o direito coletivo ambiental?

De fato, a tradição jurídica, sobretudo nas legislações inspiradas em um conteúdo eminentemente liberal, de defesa do indivíduo e de sua proteção enquanto detentor de direitos oponíveis primordialmente ao Estado, outrora opressor, não vislumbrava qualquer outra possibilidade em que pudesse ser enquadrada responsabilização por dano moral.

Com a emergência dos direitos de segunda e terceira geração (ou dimensão, como preferem alguns autores), inserindo-se no último grupo o direito ao meio ambiente, dentro do rol dos direitos da fraternidade⁵², acentua-se a necessidade de se repensar e redimensionar a matéria: agora, em face da tutela constitucional de bens difusos e coletivos, não pertencentes a ninguém em particular, o dano extrapatrimonial a essa nova categoria de bens jurídicos haveria que ser passível de reparação, sob pena de se ter a hipótese de incidência de dano sem o consectário compensatório, ou, noutras palavras, lesão sem conseqüente sanção. Ainda mais: poder-se-ia

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 523.

vislumbrar um enriquecimento ilícito do causador do dano ambiental, o que é defeso pelo direito.

Os valores morais, portanto, outrora afetos unicamente à pessoa física, como reflexo de todo um disciplinamento legal eivado de conteúdo eminentemente privístico e de cunho individual gerado pelo pensamento liberal burguês, podem hoje ser concebidos sob a égide dos novos direitos fundamentais transindividuais, em franca e contínua evolução, dentre os quais se destaca o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A titularidade da pretensão ressarcitória não é individual na medida em que o bem molestado não o é.

A aparente dificuldade de se identificar o sofrimento moral ou a tristeza de uma coletividade como um todo não se faz, contudo, insuperável. Ora, seria até incoerente e anti-producente em termos processuais se imaginar que, tratando-se de danos extrapatrimoniais suportados por: i) diversas pessoas identificáveis e vinculadas por uma relação jurídica base (direitos coletivos); ii) sujeitos ligados por circunstâncias fáticas (direitos difusos) ou ainda, iii) detentores de direitos individuais homogêneos⁵³, haveria que se ajuizar tantas as ações civis de reparação quantas fossem tais pessoas.

Em casos que tais, onde se possa realmente identificar um sentimento moral coletivo que reflita sofrimento, desgosto, dor psíquica ou qualquer emoção negativa por lesão infligida a um bem ambiental especialmente caro a certa coletividade ou grupo social (dor difusa ou coletiva), a melhor e, por que não dizer, única alternativa viável de obtenção de reparação aponta para o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público ou pelos demais legitimados, nos moldes descritos na Lei 7.347/85 e alterações posteriores.

Observe-se que todo dano ambiental não econômico pressupõe uma lesão ao patrimônio ambiental, mas a recíproca nem sempre é verdadeira: apenas os casos de degradação contra patrimônio ecológico objeto de especial admiração ou importância para uma comunidade ou grupo social implicará em ofensa ao sentimento coletivo⁵⁴.

⁵³ Conforme preleciona o art. 81, parágrafo único, inc. I, II e III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁵⁴ PACCAGNELLA, Luis Henrique. Op. cit., 1999, p.47.

Outra peculiaridade é a desnecessidade de que se conte com a unanimidade dos membros dessa comunidade para a configuração do dano moral, bastando que o sentimento negativo disperso atinja considerável número de pessoas. Assim, ainda que parcela desse mesmo grupo social decida até mesmo se manifestar favoravelmente a tal degradação ambiental, o caso é de reparação por dano ambiental extrapatrimonial, dês que demonstrada a contrariedade ao direito⁵⁵.

A propósito, a aceitação da reparabilidade do dano moral ambiental encontra-se explícita na 16ª conclusão do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizado de 3 a 6 de junho de 2002 em São Paulo, assim redigida:

O Direito brasileiro admite e sanciona o dano moral ambiental difuso, com base no sistema constitucional e no art. 1º, da Lei n. 7.347, a ele se aplicando a tutela inibitória e ressarcitória, inclusive como forma de prevenção em relação a degradadores potenciais” – *sic*.

E vai mais além, quando se trata da dilação probatória:

No que se refere à prova do dano ambiental moral, a apreciação do juiz deve prestigiar o sentimento da sociedade brasileira como um todo e os valores por ela adotados, em especial os constitucionalizados⁵⁶.

Desconhecer a necessidade de reparação moral ambiental constitui-se, assim, em ameaça ao princípio da integral reparação do dano ambiental, consagrado pela doutrina especializada na matéria, nacional e alienígena.

Partindo-se para uma noção mais alargada de meio ambiente, pode-se nela inserir também os bens culturais, como o patrimônio histórico, além de aspectos atinentes à qualidade de vida humana. A propósito, o próprio conceito prescrito no art. 3º, inc. I da Lei 6.938/81 não menciona diretamente o tipo do bem, mas sim, o sistema organizado que possibilita a vida⁵⁷.

⁵⁵ PACCAGNELLA, Luis Henrique. Op. cit., 1999, p.47-8.

⁵⁶ Conclusão n.24, 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo, 3 a 6 de junho de 2.002.

⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. “6º Congresso internacional de direito ambiental- 10 anos da ECO/92:O direito e o desenvolvimento sustentável- Teoria geral do dano ambiental moral”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Ano 7, vol. 28, p. 141-2., out.-dez. 2002.

Nesse sentido, qualquer ofensa ao equilíbrio do ecossistema e, portanto, à vida em todas as suas formas, que possa se refletir em perdas de conteúdo subjetivo para a coletividade ou parte dela resvalará em danos morais transindividuais e, como tais, indenizáveis.

4.2 A dificuldade de mensuração do dano ecológico extrapatrimonial e a necessidade de estabelecimento de parâmetros objetivos

Parte-se da premissa de que todo dano ambiental, seja ele patrimonial, seja extrapatrimonial ou moral, deve ser objeto de responsabilidade objetiva, ou, noutras palavras, a obrigação de indenizar existe independentemente da aferição de culpa, sempre que o agente haja causado dano significativo ao ambiente em razão de uma ação ou omissão especialmente perigosa⁵⁸. A previsão de tal princípio encontra-se nos art. 4º, inc. VII e 14, parágrafo 1º, da lei 6.938/81.

Assim, constatado o dano e o nexo de causalidade, soluciona-se um problema e inicia-se outro: como aquilatar o valor do dano não patrimonial, de forma a identificá-lo como justo e idôneo a compensar o sofrimento experimentado pela coletividade?

Carol Jones já observa que, o fato de o ar, os recursos hídricos, a biota e outros elementos do ecossistema pertencerem ao domínio público, as pessoas não precisam pagar para usufruí-los por razões de bem-estar, saúde, estética, lazer ou altruísmo, razão pela qual torna-se desafiador avaliar as perdas sofridas pelos indivíduos em razão de prejuízos ou destruição de tais elementos⁵⁹.

A partir do cometimento de ato ilícito atentatório ao meio ambiente e, reflexamente, a toda a coletividade, que depende de seu adequado equilíbrio para manter uma vida saudável, resta evidente a obrigação de indenizar. O novel código civil cuidou de prever a possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral causado, senão vejamos:

⁵⁸ BUGLIONE, Samantha. “O desafio de tutelar o meio ambiente”. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Ano V, vol. 17, p. 207, jan.-mar. 2000.

⁵⁹ JONES, Carol Adaire. “Avaliação da perda pública causada por danos aos recursos naturais.” **Revista de Direito Ambiental**. Vol. 4. São Paulo: p.18, 1996.

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

Referido dispositivo, que substituiu o art. 159 do diploma civil revogado, continua a se referir, é certo, à responsabilidade civil subjetiva, mas nem por isso deixa de ser apontado como mais um parâmetro idôneo a ratificar a pertinência da reparação do dano extrapatrimonial de conteúdo ambiental, a ser mensurado sob a égide de critérios norteadores da responsabilidade objetiva.

A jurisprudência já dá sinais da plena aceitabilidade do dano ecológico não econômico. Senão vejamos:

Ementa: Responsabilidade civil. Petrobrás. Poluição ambiental. Dano Moral. Caracterização. Exalação de nuvem de pó branco de origem química, afetando os moradores das proximidades da refinaria. Conquanto atóxico o pó, a sua inalação provocou distúrbios em quem os aspirou. Sustos, sobressaltos e angústia provocados pelo fato. Danos morais configurados”– Proc. 2003.001.22413. Des. Fabrício Bandeira Filho. 17ª Câm. Cível, TJ-RJ, julgam. em 01/10/2003.

Cometido, portanto, ato ilícito e constatado o dano, configurado está o dever de indenização ou reparação (art. 927, CC). Na seara do direito ambiental, contudo, ainda que o ato possua contornos de licitude, caso reste demonstrado o prejuízo ao meio ambiente e o nexo causal entre a conduta/omissão do agente, independentemente de culpa, ter-se-á hipótese passível de reparação: essa a teoria do risco integral. A propósito, o art. 944 e seguintes do diploma civil vigente estabelecem parâmetros para a apuração do valor da indenização, dentre os quais se insere a extensão do dano.

Em sede de direito ambiental, vários são os critérios apontados para mensuração do dano, construídos sobretudo pela jurisprudência. São eles: a capacidade econômica e cultural do responsável, a extensão e repercussão do prejuízo ambiental, o risco criado, o tempo de duração e a complexidade da ação ou omissão, o proveito do agente com a degradação, a suficiência de valor que atue como desestímulo a degradações futuras, a reversibilidade do dano, o

prejuízo moral interino, dentre outros, que o caso concreto possa inspirar.

Divergências há quanto à pertinência ou não de utilização da extensão da responsabilidade ou intensidade do ânimo de ofender como critério de mensuração do dano, tendo-se em conta que a reparação ambiental é de cunho objetivo, desprezando-se, portanto, aspectos de dolo ou culpa.

Não se pode olvidar, outrossim, que a quantificação do dano moral coletivo há que ser feita por arbitramento, com pagamento em pecúnia, a ser creditado em fundo específico para tal fim, nos moldes delineados no art. 13 da Lei 7.347/85.

A tarefa do magistrado será, portanto, no caso concreto, inspirado por princípios de prudência e equidade, afastar o *non liquet* e, com base nos critérios acima apontados, chegar a valores que mais se aproximem da justa medida enquanto compensação e sanção, compatível assim com o nível do desgaste emocional experimentado pela comunidade, em razão da ofensa dirigida ao bem ambiental.

4.3 Desvinculação das esferas civil, penal e administrativa de responsabilização do agente degradador do meio ambiente: a inexistência do *bis in idem*

É a própria Carta Magna que estabelece o elastério a ser emprestado à responsabilização dos autores de danos ao meio ambiente. Nesse sentido, em seu art. 225, parág. 3º prevê que, *in verbis*:

As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. – grifo nosso.

No mesmo sentido, o art.3º da Lei 9.605/98 prevê o triplo sancionamento das pessoas jurídicas e naturais por danos ao ambiente. Interessa-nos no presente trabalho apenas o enfoque atinente à responsabilização da esfera civil, mas cabe-nos demonstrar que a condenação e o eventual cumprimento de pena nas outras esferas acima referidas não possuem o condão, por si sós, de elidir a condenação civil do agente degradador no que concerne aos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, já que não foi feita qualquer

restrição nesse sentido, quer na própria Constituição Federal, quer na legislação infraconstitucional.

A lei de ação civil pública, com a redação que lhe foi dada pela lei federal 8.884/94 prevê, em seu art.1º, a possibilidade de ajuizamento de ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente (art. 1º, inc.I, lei 7.347/85).

O que se tem é que o ciclo de responsabilização por conduto das três esferas acima apontadas institui verdadeiro sistema jurídico, de amplo espectro, que cuida de adequadamente satisfazer a também três pilares mestres em matéria ambiental: a prevenção, a reparação e a repressão⁶⁰. Não é despidiêdo destacar a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que admite expressamente a cumulação das indenizações patrimonial e moral decorrentes de um mesmo fato.

A responsabilidade civil ambiental encontra-se prevista no art. 14, parág. 1º, da Lei n. 6.938/81. Já os crimes contra o meio ambiente constam da Lei 9.605/98, a partir do seu art.29. No mesmo diploma legal, a partir do art. 70, tem-se o disciplinamento das infrações administrativas em matéria ambiental. Observe-se ainda que nem sempre a hipótese de responsabilização civil, de cunho objetivo, primordialmente voltada à restituição do bem lesado ao seu estado anterior, bem como à prevenção de futuros danos, resvala para a esfera penal, de cunho subjetivo, esta última refletindo o exercício do *jus puniendi* estatal.

Já se a hipótese se adequou a uma das condutas típicas de delitos ambientais, a reparação civil haverá que incidir, de modo irremediável. O que se pode ter, como conexão entre as várias esferas de responsabilização, é o arrefecimento da responsabilização penal, por exemplo, em face da adequada, prévia e integral reparação do dano causado. Ora, a própria Lei 9.605/98, a partir do seu art. 28, referindo-se aos delitos ambientais de menor potencial ofensivo, inclui a composição do dano como requisito para a aplicação de diversos institutos previstos na Lei 9.099/95, como a transação penal ou a suspensão condicional do processo, todos em benefício do réu.

Isso não significa, contudo, uma confusão entre as diversas esferas de responsabilização, até porque uma mesma conduta que

⁶⁰ GOMES, Luís Roberto. Op. cit., 2003, p. 212.

reflita dano ao meio ambiente pode ser objeto de processos distintos, com trâmite simultâneo em juízos diversos. Trata-se apenas do reconhecimento, pelo órgão judicante, de benefícios materiais e instrumentais ao agente degradador, considerando-se o seu empenho em atenuar os efeitos de sua ação ofensiva, junto às outras searas de penalização. Há ainda quem aponte para a possibilidade de responsabilização por dano ambiental com base na lei de improbidade administrativa, decerto com base no art. 11, inc. I e II da Lei 8.429/92⁶¹.

Conclui-se, dessarte, que o sistema multifuncional de responsabilização adotado pelo legislador brasileiro cuida de munir o operador do direito de mecanismos os mais diversos que logrem satisfatoriamente atender ao princípio da ampla responsabilização do agente poluidor do meio ambiente, bem este que, pela sua complexidade e abrangência, transfere expressivos custos sociais à coletividade. A certeza da punição e o espectro de seu alcance, em três linhas paralelas e cooperativas de responsabilização, decerto repercutem como estímulo preventivo ao desgaste ambiental, essa, aliás, premissa básica de qualquer construção tendente ao estabelecimento de uma eficaz política ambiental⁶².

5. Conclusão

À falta de uma integral consciência sobre os efeitos danosos e permanentes que a degradação ambiental provoca, apenas uma saída se entremostra para a preservação do futuro da humanidade: a **responsabilização** séria e eficaz dos agentes degradadores, diretos ou indiretos.

O grande desafio deste milênio que se inicia será, decerto, imprimir, sobretudo ao Estado, a seriedade necessária para que resista às tentações do desenvolvimento incondicional, que traz consigo a “mão invisível” da poluição e da destruição do ecossistema, em prol do interesse maior na preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Op. cit., p. 30, 1998.

⁶² LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.63.

Fala-se de Estado porquanto a experiência demonstra que o governo sempre agiu adstrito a critérios formais, mas muitas vezes sem estar munido dos recursos tecnológicos para avaliar, com precisão, as implicações de mutações no ecossistema perpetradas pelas mãos humanas. Nesse sentido, os riscos para a vida, em todas as suas formas, justificam todo e qualquer investimento público que possa otimizar a fiscalização e o controle dos métodos operacionais de empresas potencialmente degradadoras da natureza, sempre através da cooperação mútua e permanente entre os entes federativos, que não podem declinar de suas responsabilidades constitucional e legalmente impostas.

Os diplomas legais hodiernos, quer na área ambiental (Lei 9.605/98), quer em outras searas (Lei 8.429/92 e Lei Complementar 101/00), indicam claramente que o momento é de tomada da responsabilidade do administrador público no exercício de suas funções: a coisa pública já não pode mais ser vista como *res nullius* ou “coisa de ninguém”: Ela há que ser respeitada, sim, como coisa de todos e para todos, a ser tutelada e protegida com eficiência.

Aliás, esse o derradeiro princípio inserido na Magna Carta em seu art. 37, para demonstrar que ao agente público não é mais dado agir frouxamente, confiando na sua impunidade. A inadequação de sua conduta pode e deve, dentro da atual concepção estatal, ser objeto de responsabilização: Tanto o Estado quanto o próprio servidor hão de sofrer os efeitos de sua ineficiência, respondendo este último inclusive com seu patrimônio pessoal, sobretudo se restar configurado que se beneficiou com seu procedimento oficial.

Quanto à empresa privada, sua responsabilidade pelo dano ambiental foi igualmente dilatada, sobretudo com a possibilidade de despersonalização da pessoa jurídica e, assim, de serem atingidos diretamente os sócios do empreendimento, antes escondidos nas sombras da impunidade. Sendo os empresários os que captam, em última análise, os bônus financeiros de suas atividades, devem assumir integral e solidariamente os riscos.

É preciso que o empreendedor não mais identifique situação vantajosa na assunção do risco de percorrer o caminho mais fácil, poluindo em limites não razoáveis o meio ambiente com sua atividade econômica: os valores cobrados a título de indenização devem imprimir refreamento no seu ânimo, fazendo-o optar por

investimentos que otimizem os processos produtivos, no sentido de reduzir ao máximo os níveis de poluição gerados: essa a justa medida que urge ser encontrada.

Ainda que tais custos sejam repassados ao consumidor final, seu valor imprimirá ônus muito menor à coletividade do que eventual desgaste futuro à sua saúde, tranquilidade ou qualidade de vida, decorrentes do desequilíbrio ambiental.

Nessa empreitada, a sociedade civil organizada, na condição de vigilante e defensora do meio ambiente, exercerá papel fundamental, inclusive participando ativamente das decisões governamentais que possam interferir nas questões ambientais: para tanto, possui legitimidade constitucional. No que tange ao Ministério Público, como detentor de amplas atribuições para defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, constitui-se no elo principal de ligação da sociedade com o judiciário, no sentido de apreender e pugnar pela concretização dos seus maiores anseios, sobretudo em face das ilicitudes diuturnamente perpetradas pelo Executivo nas três esferas de poder.

Nesse diapasão, sejam quais as formas de tutela do meio ambiente, desde a prevenção, até a reparação propriamente dita, é o caso concreto que irá apontar para a melhor e mais eficaz alternativa a ser adotada: Não se pode olvidar, outrossim, que o princípio da razoabilidade funcionará como mola mestra para permitir um sopesamento dos interesses em jogo, indicando em que nível caberá o sacrifício do bem ambiental, considerando-se eventual necessidade indeclinável de implementação do progresso no seio da comunidade.

Não se quer, assim, um retorno bucólico às reservas florestais e à qualidade do ar e da água que se tinha na época de domínio silvícola: Intenta-se, isto sim, compatibilizar a edificação da selva de pedra e suas mutantes demandas com o uso racional e responsável dos recursos naturais disponíveis, posto que finitos e impassíveis de reprodução artificial.

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE: A POSSE COMO ELEMENTO CONCRETIZADOR DOS VALORES E OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Marina Gurgel da Costa

Especialista em Direito Privado e Assessora Técnica do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

SUMÁRIO

1.Introdução 2. A vertente Teórica Tradicional da Posse em Lhering : Interferência Teórica no Código Civil Brasileiro 3. A Função Social da Propriedade e a Função Social da Posse: O Papel da Posse como Elemento de Transformação Social 4. A Valorização da Posse como Instrumento de Realização da Dignidade da Pessoa Humana: Direito à Moradia e à Alimentação pela Valorização do Trabalho Humano 5.Conclusão.

1. Introdução

A Constituição Brasileira de 1988, perfilhando o desenho do Estado Democrático de Direito, que deita as suas bases sobre os valores sociais em superação ao individualismo que sempre campeou as Cartas de orientação liberal- burguesa, vem imprimindo mudanças profundas nos institutos que alicerçam o Estado.

Em meio aos valores verticalizados na Carta Magna, ao fazer uma clara opção pela prevalência dos direitos e garantias fundamentais, sintetizado no princípio da dignidade da pessoa humana¹, é conclusão silogística que os institutos previstos em normas infraconstitucionais não se furtam ao seu campo de influência,

¹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I-a soberania;

II-a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político.

vinculando os legisladores e operadores ao dever de não contradizê-los e, no plano material, promovê-los efetivamente.

Diante da tônica dos direitos fundamentais como o *sentido da vida estatal contida na Constituição*², o Estado assume nova feição, no momento em que passa a abraçar políticas volvidas à realização material de justiça social, tão reclamada pela sociedade pós-industrial.

Daí porque o Estado, nos moldes democráticos, condiciona-se a prestações positivas condizentes com a justiça social, manifestada, principalmente, por complexas teorias de direitos fundamentais, indissociáveis de uma teoria da Constituição, que compreendem não apenas direitos individuais, mas também encampam direitos coletivos, sociais e culturais, e suas correspondentes garantias processuais, encarados hoje como um todo harmônico refratário a uma visão compartimentada.³

Outrossim, a previsão de uma ordem econômica constitucionalizada na Carta Política de 1988 não perde de vista os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, no momento em que alinha, como um de seus escopos primordiais, a existência digna e, como princípios norteadores, a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais⁴, aliás, um sinal

² SMEND, Rudolf. **Constitucion Y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p.232.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p.183-184.

⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos **existência digna, conforme os ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios:

I- soberania nacional;

II-propriedade privada;

III-função social da propriedade;

IV-livre concorrência;

V- defesa do consumidor;

VI- defesa do meio ambiente;

VII- redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII-busca do pleno emprego;

IX-tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no país.

reativo ao próprio fracasso dos moldes do sistema liberal burguês, vetor das gritantes disparidades econômicas e do custo social até então legado durante aquele momento histórico.⁵

A mudança de paradigma sedimentada exige, portanto, a atuação de uma nova ótica hermenêutica sobre os institutos do sistema jurídico, pela qual se impõe um esforço hercúleo em dissipar o ranço individualista presente nos institutos que tradicionalmente representavam os anseios da sociedade burguesa, hodiernamente substituída por uma sociedade plural, complexa e tocada pela herança nefasta da igualdade formal.

Neste enfoque, a problemática deste trabalho concentra-se na discussão da posse sob o viés da Constituição Brasileira, propondo um redimensionamento dos institutos da propriedade através do descortinamento do conteúdo do princípio da função social da posse enquanto mecanismo de promoção da dignidade da pessoa humana, que não se confunde com a função social da propriedade.

O resgate da funcionalidade da posse desgarrada do conteúdo da propriedade clarifica a idéia de que a percepção do instituto da propriedade, à luz da nova sistemática constitucional, não mais se compadece com sua visão tradicional, ainda tributária do perfil do Estado minimalista liberal, atitude que revela mecanismo de relevantíssimo papel na concretização da dignidade da pessoa humana..

2. A vertente teórica tradicional da posse em Lhering: interferência teórica no Código Civil brasileiro

Historicamente, a posse como estado de fato, é apontada na doutrina como anterior à definição de propriedade, só vindo a merecer proteção jurídica em Roma, como iniciativa do pretor em estabelecer ação protetora em favor dos possuidores beneficiados pela *Ager publicus*⁶, uma espécie de concessão de uso primitiva atribuída pela

⁵ BORGES, Alexandre Walmott. **A Ordem Econômica e Financeira da Constituição e os Monopólios**. Curitiba: Ed. Juruá, 2002, p.95.

⁶ Explica Paulo Rodrigues Teixeira (**A Posse e os Interdictos Possessórios**, p.11) que o território da República romana dividia-se em *ager publicus* e *ager privatus*, onde o primeiro pertencia exclusivamente a Roma, podendo os particulares dele gozar, embora permanecesse o direito dela reave-lo,

República Romana aos cidadãos, correspondente ao território que cercava Roma, até a distância de seis milhas. Daí se infere que a teorização da posse, em Roma, partiu da posse de terras públicas⁷.

Neste sentido, acena Astolpho Rezende⁸, arrematando que :

Essas ocupações que, de resto, não eram permitidas senão aos membros do *populus romanus*, não conferiam direito de propriedade, mas somente uma posse que o Estado podia revogar ao seu arbítrio, mas que entretanto protegia enquanto durava (...). E portanto o amor dos Romanos pela legalidade não nos permite duvidar que esta posse não tenha sido reconhecida em direito, e especialmente que o possuidor não tenha sido protegido contra os actos arbitrários capazes de lhes perturbarem a posse

Durante muito tempo a posse passou a ser considerada como mera relação fática entre o homem e a coisa, enquanto o instituto da propriedade tornou-se dependente da entrega real da coisa.

Posteriormente, com o processo de expansão do império romano, em face do enfrentamento de dificuldades de efetivação da entrega real para a constituição da propriedade, o impulso criador, premido pela necessidade de fixação de domínios, ensejou a criação de mecanismos de proteção da posse independentes da entrega real, fomentando esforços ingentes à uma espiritualização da teoria da posse em Roma, levada a efeito como uma situação jurídica⁹, congregando em seu conteúdo elementos do realismo e abstracionismo da proteção jurídica, vale dizer, poder de fato

sempre que conveniente, enquanto que o *ager privatus* era suscetível de apropriação pelo particular. Registra também que, inicialmente, o segundo somente era protegido pela ação de reivindicação, vindo, mais tarde, a merecer a proteção pelos interditos, como abstração do direito de propriedade.

⁷ PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. **A Disputa da Posse**. São Paulo: Ed. LTR, p.29.

⁸ REZENDE, Astolpho. **A Posse e sua Protecção**. São Paulo: Saraiva, 1937, p.28-29.

⁹ PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. *Op. cit.*, p.30.

(elemento fático) protegido juridicamente (elemento imaterial) que se exerce sobre a coisa.

Nisso se diferenciava da propriedade, considerada não como poder de fato, mas como poder de direito, embora no período pós-clássico tenha-se chegado a elaborar a posse como direito, timbrada nas expressões usuais *jus possessionis* (referindo-se à posse) e *jus domini* (referindo-se à propriedade), acenando para a antiga preocupação em se proteger a mera posse como estado fático, já que a proteção possessória, desde suas origens mais remotas, sempre teve por fito salvaguardar a ordem pública, seja através da interdição da violência (teorias relativas da posse) seja mediante a satisfação das necessidades humanas (teorias absolutas)¹⁰.

Sob o panorama da posse no direito romano, Savigny construiu sua teoria subjetiva, tomando por ponto de partida a detenção aliada à vontade¹¹, a mercê da qual para ser possuidor, há de se conjugar um elemento intencional (*animus possidendi*) ao império natural (material) do homem sobre a coisa, compreensão fiel da percepção romana.

Desta forma, a vontade de ser proprietário da coisa (*animus*) diferenciava a detenção da posse, posto que na primeira havia o elemento fático (*corpus*) sem o elemento psíquico (*animus*), de modo que, para a teoria subjetiva, tanto poderiam ser considerados possuidores o próprio proprietário como o ladrão ou salteador, desde que todos eles detivessem a coisa com intenção de dono¹².

Tais vicissitudes, embora não desejadas, eram tidas como um mal necessário, na medida em que a proteção possessória, nestes moldes, tinha por desiderato a paz social, e inclinava-se a assegurar a situação do proprietário no exercício da posse, que de fato se figurava na maioria das vezes, é dizer, salvaguardava a propriedade em seu estado normal, quando o possuidor pressupunha-se como o *proprietário presuntivo*¹³.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76.

¹¹ TEIXEIRA, Paulo Rodrigues. **A Posse e os Interdictos Possessórios**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Leite Ribeiro, 1923, p.14;

¹² *Idem Ibidem*, p.15.

¹³ LHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. São Paulo: EDIPRO, 1998, p. 34.

Lhering, no entanto, em sua Teoria Objetiva, estabeleceu como norte a existência do elemento material (*corpus*), sem necessidade de perquirir sobre o elemento psicológico, por entendê-lo já incorporado na própria relação possessória material, de maneira que a qualificação da vontade do possuidor, no momento em que estabelece uma relação possessória com a coisa, torna-se irrelevante na identificação da posse.

O que distingue a teoria de Lhering da Teoria de Savigny, portanto, não é a exclusão do elemento subjetivo, mas a forma como é valorizado em face da existência da posse, haja visto que, para Savigny, encarece a maneira pela qual possui (se como dono ou em nome do dono), enquanto que para Lhering, a vontade de possuir mostra-se implícita na simples existência externa da relação possessória.

Neste embate teórico, Lhering reputava o elemento subjetivo da posse como um dado relativo e limitado, já que o elemento material realizava com vantagem e margem de segurança a identificação da existência da posse, onde a posse reduzia-se à exteriorização do direito de propriedade, entendida como *o estado normal externo pelo qual a coisa realiza a sua destinação econômica de servir aos homens*¹⁴

Criticando a subjetividade inerente à Teoria de Savigny e homenageando a iniciativa do Código Civil brasileiro em filiar-se à visão Lheringuiana da posse, Pontes de Miranda¹⁵ alude à definição de posse remetendo-se, para tanto, à distinção entre poder e exercício de poder no mundo fático.

Segundo o jurista, encarece entender a posse como *pot-sedere*, ou seja, possibilidade concreta de exercer algum poder inerente ao domínio ou à propriedade. Neste cotejo, necessário se faz diferenciá-la do próprio domínio ou direito de propriedade, como também não basta confundi-la como um direito inerente ao conteúdo da propriedade.

Nisto insufla a idéia de que *“a posse é mero estado de fato de quem se acha na possibilidade de exercer poder como o que exerceria quem fosse proprietário ou tivesse, sem ser proprietário,*

¹⁴ Idem, Ibidem, p. 18.

¹⁵ **Tratado de Direito Privado.** Tomo X. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p.6-7.

poder de sói ser incluso no direito de propriedade (usus, fructus, abusus)"¹⁶, vale dizer, a posse, essa, é poder fático sobre coisa, sem que se possa pensar em posse de direito, ou de situação jurídica correspondente a direito"¹⁷, como seria o caso do comodatário e do locatário, que exercem, na realidade, um poder inerente ao domínio, haja visto que a posse, no caso, tem a ver com o desdobramento (posse direta e indireta) de um poder inerente ao domínio sobre a coisa.

Parece indisfarçável que a teoria subjetiva e a objetiva caem numa vala comum, que reside na compreensão da posse como apêndice do direito de propriedade, não granjeando, até então, espaço e conteúdo próprios, desde que, *ab initio*, a proteção possessória poderia ser reduzida na proteção do rastro de domínio presente no estado fático de possuidor. Basta lembrar o objetivo da proteção do *Ager publicus* romano, como mecanismo de acomodação da expansão romana sobre os territórios conquistados.

Justifica-se, portanto, segundo clarifica Orlando Gomes¹⁸, fiel à concepção da teoria Objetiva, na valorização da aparência como técnica de facilitar a prova em proveito do proprietário, possibilitando-se só a ele contrariar tal presunção, na medida em que lhe contrarie o interesse, como verdadeiro titular do domínio sobre a coisa, em lugar do possuidor.

Tanto é assim que, na esteira da teoria de Lhering, que lançou raios poderosos sobre Código Civil brasileiro de 1916 e ainda no Código Civil de 2002 (arts. 485 e 1.196, respectivamente), o próprio mentor mencionava os interditos possessórios como um mal necessário, revelando o átrio da defesa possessória, baseada na aparência de propriedade a que conduz a posse da coisa.

Assim, nesta ordem de idéias, Lhering observa tão somente duas hipóteses possíveis em que a posse e a propriedade não estejam reunidas na figura do proprietário: uma, quando ele mesmo a transfere, reservando para si o seu direito de propriedade, o que significa uma utilização econômica mediata ou jurídica; outra, quando o proprietário perde a sua posse contra a sua vontade, configurando a

¹⁶ Idem, Ibidem, p.7;

¹⁷ Idem, Ibidem, p. 55;

¹⁸ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Op. cit., p.77.

posse injusta (*possessio injusta*), e dando margem ao direito de reivindicá-la em pleito judiciário, quando finalmente a posse é reconhecida como autêntico direito monopolizado pelo proprietário: o *jus possidendi* como relação jurídica¹⁹.

No momento em que a Teoria de Lhering confessadamente protege a posse por concebê-la como aparência do *verdadeiro direito*, qual seja, rastro ou fumaça do direito de propriedade, resta claro a excelência do direito de propriedade, tomando-se o estado fático da posse como mero sinalizador da titularidade do domínio pelo possuidor (teoria da defesa complementar da propriedade).

Neste tocante, realça que somente ao possuidor- proprietário era dado valer-se da chamada “justiça privada” ou de mão própria, enquanto que a defesa possessória relativa às demais situações, havidas entre meros possuidores, fundava-se na máxima de que a violência poderia ser repelida pela violência (*vim vi repellere licet*). Nisto se respaldava a divisão romana entre o possuidor de fato, abrangendo as situações onde a violência combatia a violência, e o possuidor de direito, agraciado pela faculdade de fazer justiça com as suas próprias mãos, para recuperar a posse perdida de fato²⁰.

O empenho teórico em fundamentar a proteção possessória, portanto, nunca arvorou-se na autonomia da posse, uma vez que a posse era a condição de aproveitamento econômico da propriedade, o que significa afirmar que a proteção da posse é tributária do interesse da época, é dizer, a conservação do direito de propriedade nas mãos de uns poucos em detrimento de tantos e a garantia da utilização econômica dos bens de raiz; a posse se resume em puro meio (condição) para alcançar um fim único (a não paralisação econômica da propriedade em proveito dos únicos que poderiam ostentar a qualidade de proprietários à época)²¹, concebida como *utilização econômica da propriedade*²², muito bem ilustrada na figuração que comparava a propriedade a *um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem meios necessários para a colheita dos frutos*²³.

¹⁹ LHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. Op. cit., p.13.

²⁰ Idem, Ibidem, p. 27.

²¹ Idem, Ibidem, p. 14.

²² Idem, Ibidem, p.13.

²³ Idem, Ibidem, p. 13.

Na trilha da Teoria objetiva de Lhering, ganha ênfase a destinação econômica da coisa na caracterização da posse, em substituição ao poder fático referenciado por Savigny, pela teoria subjetiva.

Lhering demonstra que a diversidade da natureza e utilização econômica dos objetos, muitas vezes, impede a apreensão fática representada pelo *corpus*, sendo certo que o critério da destinação econômica da coisa cumpre com margem de vantagem tal verificação.

O escopo patrimonialista, portanto, exsurge como fundamento da defesa possessória e como próprio conteúdo da posse, sempre presa à noção de direito de propriedade, no que revela uma finalidade ostensivamente conservadora, enquanto baseada na pura especulação imobiliária aliada à manutenção da propriedade em moldes absolutos, desarticulada de qualquer vetor social, quando se tem presente que o direito de ser proprietário e, portanto, possuir justamente um bem, contemplava a poucos.

Atrélava-se ao fato de que, para Lhering, cujo paradigma teórico mereceu ampla aceitação pela sociedade oitocentista, a posse e a propriedade andavam de mãos dadas, de modo que, onde não poderia haver direito de propriedade (a par dos escravos e filhos de famílias, em Roma), não poderia haver posse, uma vez que a posse só poderia ser vista sob duas perspectivas: como origem do direito de propriedade, quando traduzida como *ponto de transição momentânea para a propriedade*²⁴, e, sob outra perspectiva, como direito ao interdito, quando, reunidas todas as condições necessárias, o querelante conseguia obter novamente posse do bem, uma vez provando que sua posse era *juridicamente protegida*, vale dizer, baseada em direito anterior, em superioridade jurídica em relação à posse natural ou posse-detenção, esta desprovida de proteção jurídica.²⁵

No entanto, tal vertente não sobrevive ao arcabouço axiológico inaugurado pelo Estado Democrático de Direito, trazendo a baila verdadeira revolução axiológica, quando se sustenta no valor social da dignidade da pessoa humana, em superação às vertentes

²⁴ LHERING, Rudolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*. Op. cit., p. 20.

²⁵ Idem, *Ibidem*, p. 25.

patrimonialistas e individualistas que serviram de nascedouro às teorias da época.

É que o discurso levado a efeito pela teoria romanista da propriedade não contempla os objetivos fundamentais da sociedade pós industrial, matizada pela pluralidade e complexidade de seus elementos e alcançada pela inversão de valores protagonizada pelo modelo do Estado de Bem Estar Social, em superação ao Estado absenteísta burguês.

3. A Função Social da Propriedade e a Função Social da Posse: O papel da posse como elemento de transformação social

A Transmutação do Estado Liberal em Estado Social de Direito operou mudanças profundas no âmbito da Dogmática Jurídica, que passou a retomar o elo de ligação entre os conceitos e definições jurídicas e a realidade social.

Ainda na segunda metade do século XIX o Estado de Direito sentiu o impacto das questões sociais gritantes, decorrentes da revolução industrial, fenômeno que terminou por minar a concepção orgânica do Estado e da sociedade até então edificada, mostrando a insuficiência dos postulados daquele modelo político no enfrentamento das sobreditas questões.

Reflexo da crise do Estado de Direito reside na bem lançada crítica de Canotilho, expondo categoricamente a inversão sistemática daquele modelo, pelo acurado respeito à legalidade formal e descampado menosprezo na promoção efetiva dos enunciados dos direitos e garantias veiculados na Constituição. Assim, vejamos:

A supremacia da constituição foi neutralizada pela primazia da lei. Daí um célebre jurista francês se tenha referido ao 'Estado de Direito francês' como um Estado legal ou Estado de Legalidade relativamente eficaz no cumprimento do princípio da legalidade por parte da administração mas incapaz de compreender o sentido da supremacia da constituição (...). Dir-se-ia que a bondade do constitucionalismo francês quanto à idéia de sujeição do poder ao direito radica mais na substância de suas idéias (constituição, direito) do que na capacidade de

engendrar procedimentos e processos para lhes dar operatividade prática..²⁶

A crise do Estado de Direito instalou-se, sumamente, em face do formalismo e neutralidade das Constituições liberais, tratante aos direitos nela enunciados, que não atingiam, efetivamente, sua realização no plano material, agravado pela atitude comportamental do Estado burguês, condicionado à não intervenção e a inoperância no tocante às reformas sociais candentes, culminando sequencialmente com o advento do Estado interventivo, em contraposição ao Estado absentéista liberal, denominado *Welfare State*, Estado Social de Direito ou Estado de Bem Estar Social, matizado pelo reconhecimento de direitos sociais, pela limitação ao direito de propriedade e demais direitos individuais (relativização).

O império da lei, no Estado democrático de direito, persiste, portanto, sob novos trajes, pois que se funda na alentadora igualdade material, relegando a mera generalidade da lei como essência da justiça, como incorria no Estado de Direito, donde se busca a instrumentalidade da lei como ferramenta de transformações políticas, sociais e econômicas, superando, qualitativamente, o conteúdo puramente normativo da lei, que deitava suas bases na força conformadora absoluta das normas abstratas e gerais.

Em sintonia com o Estado democrático de direito concretizador, Canotilho destaca que a distinção entre o Estado liberal burguês e o Estado social de direito não reside apenas na enunciação formal de direitos fundamentais, mas num *revigoroamento da idéia de Estado de direito material*, pondo-se evidência, para este efeito, a existência de um Estado que busque, de forma efetiva, a criação e manutenção de uma situação jurídica materialmente justa, quando tocante ao alcance de tal finalidade poderá ser aplicada uma ordem de valores e princípios fundamentais, embora muito se discuta a respeito de tais critérios como medidas materiais de aferição, posto que alguns infirmam tal postura como uma forma de esconder a impotência estatal em atingir as metas programáticas.²⁷

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 96.

²⁷ Idem, p. 390-391.

Daí porque o Estado, nos moldes democráticos, condiciona-se a prestações positivas condizentes com a justiça social, manifestada, principalmente, por uma complexa teoria de direitos fundamentais, fomentada no segundo pós guerra, indissociável de uma teoria da Constituição, que compreende não apenas direitos individuais, mas também encampando os direitos coletivos, sociais e culturais, e suas correspectivas garantias processuais, posto que hoje são encarados como um todo harmônico que não permite uma visão compartimentada dos direitos fundamentais.²⁸

Nesta seara, verifica-se o fenômeno da objetivação dos direitos fundamentais, em superação a dimensão puramente subjetivista levada a efeito em etapa primordial, engendrando, por assim dizer, uma ótica de solidariedade social, coletivista, em contra posição a noção privatística e patrimonialista que gravitava em torno do conceito de direitos subjetivos.

Ilustra Ana Rita Vieira de Albuquerque, que o diferencial situa-se, justamente, *na força irradiante dos direitos fundamentais na esfera privada, denominada pelos doutrinadores alemães como eficácia horizontal, ou Drittwirkung, vale dizer, o resultado da face objetiva dos direitos fundamentais que relativizou aquela face outrora eminentemente subjetiva, caracterizada por um direito subjetivo individual destinado à relação indivíduo-Estado, sem se incorporar às forças sociais e exigências ditadas pelo interesse da sociedade.*²⁹

A redefinição do conteúdo do direito de propriedade figura como importante mecanismo de realização dos direitos sociais que, segundo a nova conjuntura constitucional, integram o rol de objetivos fundamentais do próprio Estado, instando à concretização de políticas volvidas à realização material de justiça social, tão reclamada pela sociedade pós- industrial, o que equivale a dizer que a vertente ideológica do Estado Social traz desdobramentos importantes no plano da dogmática jurídica, através de princípios e posturas hermenêuticas.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Op. cit., p.183-184.

²⁹ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da Função Social da Posse e sua Eficácia Frente à Situação Proprietária**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002, p. 26.

Profetizando o futuro do movimento da internacionalização dos direitos humanos, Canotilho³⁰ tece pesadas críticas sobre a ótica jurídico dogmática dos direitos fundamentais, e, sob tal contexto de discussão, dispara:

Um dos indícios mais visíveis da saturação jurídico-dogmática dos direitos fundamentais é o da sua relativa estraneidade, em relação aos processos políticos sociais paradigmaticamente transformadores que se verificaram nas décadas de oitenta e noventa deste século.

A tendência à tutela de situações existenciais acompanha o espírito solidarista que vem imbuindo as Constituições Sociais, deslocando o eixo essencialmente conservador e corporativistas de determinadas categorias econômicas para contemplar um limiar de bem estar da coletividade.

Sob tal inspiração, a Constituição Federal Brasileira de 1988 destaca os princípios da dignidade da pessoa humana e a função social, sendo o primeiro tomado como vértice de todo o sistema constitucional.

De fato, desde o preâmbulo a Constituição de 1988, declarando sua inclinação em assumir a postura de um Estado democrático de direito, comprometido em assegurar o exercício dos direitos fundamentais e engendrar uma sociedade fraterna, pluralista e despojada de preconceitos, filia-se às Constituições que buscam, numa só palavra, a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio que lastreia o ideal maior do Estado democrático de Direito, consignado explicitamente no art. 1º, inciso III, como um de seus cânones³¹.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais. **Revista Consulex**, ano IV, nº 45, p.36, 30 de setembro de 2000.

³¹ Na dicção, temos:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I-a soberania;

II- a cidadania;

Paulo Bonavides³² situa tal princípio como o cerne da problemática da legitimidade dos Estados, rumo ao Estado social, reconhecendo nele um princípio que sintetiza todos os demais direitos fundamentais. Senão, vejamos:

Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

No mesmo sentido, recrudescer Flávia Piovesan, caracterizando a dignidade humana como valor social que confere unidade e sentido a ordem constitucional pátria³³.

No que pertine a função social como princípio basilar do sistema jurídico, Ana Rita Vieira Albuquerque³⁴ ressalta o seu papel hermenêutico, traduzido na fórmula de compatibilização e harmonização entre os institutos de direito privado e os fundamentos que dão esteio ao estado democrático de direito.

Sem embargo, a função social, embora deite raízes profundas sobre o conteúdo do direito de propriedade, projeta-se sob variadas formas, como se deduz da função social dos contratos, da função social das entidades familiares e das empresas comerciais e, porquê não dizer, da função social da posse.

No mesmo sentido, aquilatando a natureza principiológica da função social e apontando a função social da posse como princípio

III- a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político

³² BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. Por Um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma Hermenêutica, por uma Repolitização da Legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 233.

³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 59.

³⁴ **Da Função Social da Posse e sua Consequência frente à Situação Proprietária**. Op. cit., p. 7.

que melhor realiza o *telos* da função social da propriedade, sem com ela se confundir, reverbera Ricardo Aronne³⁵:

Toca na matéria possessória, com tanta expressividade quanto no âmbito da propriedade, contrato e empresa, o princípio da função social erigido à condição de direito fundamental, indiscutivelmente dotado de eficácia direta e horizontal, bem como norteador vinculante da ordem econômica do Brasil. O princípio da função social da propriedade é densificado pelo princípio da função social da posse, sem descuido da devida autonomia, mas sem desleixo da notável e classicamente reconhecida inter-relação.

Ressalte-se que, na seara do direito de propriedade, a função social reflete uma limitação sobre o exercício do daquele direito, originariamente referido na Constituição de Weimar³⁶ (1919), para a qual a propriedade obriga e o seu uso deve servir ao bem da coletividade³⁷, desta forma criando um mecanismo de legitimação do domínio, pela atenuação do conceito estático do direito de propriedade, que passa a assumir um comportamento dinâmico³⁸.

Em diversos países, segundo noticia Fachin, a mera titularidade decai em importância em favor do trabalho e realização humanos³⁹, na medida em que a posse aliada ao trabalho como matrizes do aproveitamento racional da natureza traduzem expressões

³⁵ ARONNE, Ricardo. **Titularidades e Apropriação no Novo Código Civil Brasileiro**- Breve Ensaio Sobre a Posse e sua Natureza *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 239.

³⁶ Art. 153. A propriedade obriga, e o seu uso e exercício devem representar uma função, no interesse social.

³⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. Porto Alegre : Fabris, 1988, p. 17.

³⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. Op. cit., p. 18-19.

³⁹ Fachin rememora a Conferência proferida pelo professor Roman J. Duque Corredor, sobre "La posesión civil e la posesión agrária", no 1º Encontro Internacional de Jus – Agraristas, realizado em maio de 1981, em Belém.

naturais da necessidade humana, como mecanismos de satisfação individual e catalizador de vantagens ao bem comum⁴⁰.

Neste enfoque, os defensores da função social da posse costumam situar o usucapião como instituto que encampa a valorização da posse e a sua supremacia em relação à titularidade do domínio, em resgate das origens da propriedade, considerando-se a opinião segundo a qual teve origem histórica na posse.⁴¹

Ensaçando uma radiografia da posse, Ricardo Aronne⁴² constata que a teoria da posse contemporânea abarca uma visão tripartida, querendo referir à existência da posse como direito real, ou *jus possessionis*, da posse como direito pessoal, sendo esta decorrente de um direito à posse em face da existência de convenção contratual e, por fim, da posse *ad usucapionem*, cujas bases escapam tanto ao substrato da teoria subjetiva de Savigny quanto da teoria objetiva de Lhering.

Com efeito, a última faceta da posse acaba por conceder a tutela do Estado à mera situação fática da posse, quando institui a proteção possessória do possuidor *ad usucapionem* esbulhado por um terceiro, tornando, destarte, necessário perquirir a cerca do móvel de tal contemplação pelo ordenamento jurídico.

Fachin reúne a fundamentação jurídica do instituto do Usucapião em duas correntes, sendo elas a subjetivista, que parte da suposição de existência de *animus* de renúncia do bem, por parte do proprietário, e a corrente objetivista, jungida às teorias de funcionalização e utilidade social⁴³.

Não surpreende o fato da corrente objetivista ter maior coalizão, na atualidade, no aporte das informações cuidadosamente colhidas por Caio Mário⁴⁴.

⁴⁰ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da Função Social da Posse e sua Consequência frente à Situação Proprietária**. Op. cit., p. 14.

⁴¹ PROUDHON. **O que é a propriedade?** Lisboa: Estampa, 1975, p. 87.

⁴² ARONNE, Ricardo. **Titularidades e Apropriação no Novo Código Civil Brasileiro**. Op. cit., p. 238.

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. **Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. Op. cit., p. 37.

⁴⁴ SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Institutos de Direito Civil**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.120.

O Usucapião é cogitado na doutrina, portanto, como o prenúncio da valorização da posse como função social, quando finalmente nota-se uma certa autonomia em relação ao direito de propriedade, confirmando as matizes teóricas da visão tripartida propugnada por Ricardo Aronne⁴⁵.

Corroborando a mesma inteligência, sob idênticos argumentos, Laércio Becker⁴⁶ vai mais além, quando condena a tendência em vislumbrar a realização da função social unicamente pela expropriação de bens e defende a inclusão de mais um requisito à defesa possessória e reivindicatória: a demonstração do uso e exercício em compasso com a função social da posse e da propriedade.

Não é despidendo atentar que a tese defendida vem sendo ventilada no parlamento através dos Projetos de Lei nº 1.958/1999 e 2267/1999, ambos merecendo parecer da Câmara de Constituição e Justiça pela sua rejeição, com apoio na concepção tradicional da posse, como tal, apartada de qualquer conteúdo de função social.

Assim posicionou-se o relator da CCJ (Dep. Roberto Magalhães):

Tanto o PL n.º 1.958/1999, quanto o PL n.º 2.267/1999, não encontram óbice na matéria de admissibilidade no tocante às normas constitucionais, inclusive quanto à iniciativa das proposições (Art. 61, da CF).

Todavia, parece-me haver injuridicidade formal quanto ao PL n.º 1.958, de 1999, por pretender alterar lei já revogada, o Código Civil de 1916.

Quanto ao mérito, há objeções que se fazem oportunas a ambos os Projetos de Lei. A posse de coisa material, móvel ou imóvel, tem como consectário lógico e imediato a sua proteção, os interditos ou ações possessórias, desde a sua concepção advinda dos romanos, 'Possessio ad interdicta'.

Esta é a lição, também, de Lafayette Rodrigues Pereira em sua obra clássica **Direito das Coisas**, ao considerar

⁴⁵ ARONNE, Ricardo. **Titularidades e Apropriação no Novo Código Civil Brasileiro**. Op. cit., p. 244.

⁴⁶ BECKER, Laércio. **A Função Social da Propriedade Urbana e sua Repercussão no Processo Civil**. Extraído do endereço eletrônico: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_funcao_social.html

como efeitos da posse:

- a) Dá direito aos interditos (ações possessórias);
- b) Conduz à prescrição aquisitiva (usucapião);
- c) Induz à presunção da propriedade.

E conclui o mesmo autor:

‘Assim é que toda a posse dá direito aos interditos. A proteção dos interditos, é pois, caráter geral da posse no sentido jurídico.’ (ob, cit., Freitas Bastos, p. 30-31).

Donde se deduz que a posse - que não é um direito, mas um fato de conseqüências jurídicas relevantes - sem os interditos, na forma hoje disciplinados, teria sua eficácia seriamente comprometida.

JHERING, na sua teoria objetiva da posse, sustenta que a posse é um interesse legalmente protegido: ‘Ela é a condição da utilização econômica da coisa e o direito lhe concede proteção’. Entende ele, que a posse é, portanto, uma relação jurídica tendo por causa determinante um fato; e o conjunto de princípios, que a ela se referem, é uma instituição jurídica. (Apud Clovis Bevilacqua, ‘Direito das Coisas’, Forense, vol I, p. 38).

Orlando Gomes, com a clareza que lhe é peculiar, doutrina: ‘A proteção que o Direito dispensa à posse, na atualidade é uma derivação do sistema de defesa possessória do Direito Romano. Mas no curso dos séculos, a ordenação romana foi enxertada com elementos novos, provenientes, principalmente, do direito germânico, e do direito canônico. No seu arcabouço, perdura a construção romana. A proteção possessória ainda se efetiva através de duas ordens de interditos instituídos pelos romanos, para manter a posse no caso de turbacão, ou para recuperá-la, no caso de esbulho. Contudo, as alterações introduzidas representam importante contribuição, sobretudo porque simplificam a defesa da posse.’ (in DIREITOS REAIS, Forense, 1991, p. 71-74).

O novo Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, não inovou nesta matéria dos interditos possessórios. Assim dispõe o art. 1.210 e seus parágrafos:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbacão, restituído no de esbulho, e

segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.'

O Código de Processo Civil em vigor guarda inteira pertinência com a disciplina de proteção da posse pelo Código Civil, como se pode verificar dos art. 926 e 928, da Lei Processual:

'Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.

Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, no caso contrario, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.'

Ovídio A. Baptista da Silva, em seus 'Comentários ao Código de Processo Civil', ao analisar os arts. 926 e 928, esclarece:

Quanto ao Art. 926:

'A primeira idéia que nos assalta quando verificamos que o direito consagra a faculdade de legítima defesa ao mero detentor é a de supor – seguindo a corrente da grande maioria dos doutrinadores que escrevem sobre pretensões e ações – que, ficando o titular da tença privado da coisa e tendo, por outro lado, perdido a ocasião de exercer a autotutela que o art. 502 lhe confere, não poderia a ordem jurídica negar-lhe a tutela jurisdicional, cuja função é precisamente a de oferecer sucedâneo ao impedimento imposto pelo Estado ao exercício da ação privada do titular do direito. Se alguém tivesse ação para restaurar privadamente seu direito, a vedação de tal exercício privado de autotutela implicaria,

necessariamente, o oferecimento de auxílio judicial para que a mesma ação estatalmente se exercesse, pois jamais poderia haver vedação para o exercício privado do direito, por meio da ação (de direito material) e, ao mesmo tempo, supressão da tutela jurisdicional correspondente, de modo que o direito – na ausência de qualquer forma de realização no ambiente social – se tornasse despotencializado e inerte.’ (ob. citada, vol. XIII, p. 255-256, ‘Revista dos Tribunais’).

Quanto ao Art. 929:

‘A especialidade das ações possessórias tratadas pelo Código decorre das disposições constantes dos arts. 928 e 929. As ações possessórias, ditas interditais, tornam-se especiais por ensejarem a emissão de sentenças liminares, antecipatórias de certos efeitos da correspondente sentença final de procedência. A especialidade, aqui, é mais profunda e radical do que seria se apenas se invertessem fases do ‘processo de conhecimento’. A antecipação de eficácias das respectivas sentenças de procedência importa, no caso das ações possessórias, na antecipação daquilo que, nas condenatórias, seria a futura ação executória. Se a ação for de reintegração de posse, a medida liminar será executiva; se de manutenção de posse, o que se antecipa é o efeito mandamental da futura sentença de procedência.’ (ob. citada, vol. XIII, p. 269, edição ‘Revista dos Tribunais’).

Convém lembrar que a Carta Magna já instituiu a desapropriação-sanção do imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social, retirando-lhe o caráter absoluto de que se revestia a propriedade em épocas passadas, conforme o artigo 186, que dispõe:

‘A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos

proprietários e dos trabalhadores’.

Por fim, o artigo 191, da mesma Carta, pune o proprietário desidioso com a perda da terra via usucapião pro labore.

Mesmo que se pretendesse, mediante substitutivo, adequar os projetos de lei ao nosso Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, haveria de se reconhecer, data venia, a impropriedade da matéria de mérito, que a toda evidência descaracteriza o caráter cautelar e urgente das medidas judiciais de manutenção e reintegração de posse.

Os prazos dilatados e o edital de citação exigidos, somente iriam obstar a garantia da posse, sobretudo nas ocupações massivas de imóveis rurais.

Por estas razões, voto pela inadmissibilidade, por injuridicidade formal, do Projeto de Lei n.º 1.958, de 1999, e, no mérito, pela desaprovação dele e do Projeto de Lei n.º 2.267, de 1999, apensado.

Sala da Comissão, em 4 de dezembro de 2004.

A interpretação ainda bastante conservadora da função social pelo aplicadores do direito pátrio mereceu severas críticas de Frederico Marés⁴⁷ que, reconhecendo as limitações engendradas ocasionadas pela tímida e recalcada exposição do assunto na Constituição brasileira de 1988, que pouco se referiu à efetivação material do princípio da função social da propriedade.

Assim é que o autor vê na desapropriação um autêntico “contrato público de compra e venda”, quando explana o seu ponto de vista:

A desapropriação utilizada nos casos de descumprimento da função social, porém, alimenta dois enormes defeitos e injustiças: primeiro, remunera a mal usada propriedade, isto é, premia o descumprimento da lei, porque considera causador do dano e obrigado a indenizar, não o violador da norma, mas o Poder Público que resolve pôr fim à violação; segundo, deixa a

⁴⁷ MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p.109.

iniciativa de coibir o mau uso ao Poder Público, garantindo a integridade do direito ao violador da lei.

Com efeito, diferentemente da Constituição Mexicana, Colombiana e Boliviana, consideradas das mais avançadas no terreno da efetivação da função social e políticas públicas fundiárias, o silêncio da Constituição Brasileira de 1988, aliado à postura de interpretações conservadoras e corporativistas sobre antigos institutos secularizados, congregam as forças do retrocesso, inibindo as transformações sociais tão reclamadas em nossa triste realidade social.

No entanto, confirmando a tendência de valorização da posse como fator de realização dos objetivos fundamentais da Constituição brasileira de 1988 percebe-se um crescente recrudescimento posturas hermenêuticas coerentes com o reconhecimento de uma função social da posse, calcada na jurisprudência e em novos institutos na legislação constitucional e infraconstitucional nacionais.

4. A Valorização da Posse como Instrumento de Realização da Dignidade da Pessoa Humana: Direito à Moradia e à Alimentação pela Valorização do Trabalho Humano

O Brasil está entre os países de maior concentração de renda da América Latina e a má distribuição de terras é apontada como o fator de maior participação neste resultado⁴⁸, ocasionando o crescimento desordenado das grandes cidades através deslocamento das famílias em busca de melhores oportunidades de vida.

A par disso, dados estatísticos do Conselho Econômico para a América Latina das Nações Unidas⁴⁹ indicam que a desigualdade da distribuição de renda, nos últimos vinte anos, recuou somente na Bolívia, Honduras e Uruguai, num cenário onde o número de pobres cresceu de 40 para 180 milhões, correspondendo a 36% da população mundial, sendo de se notar que destes, 78 milhões vivem abaixo da linha da pobreza.

⁴⁸ OSÓRIO, Letícia Marques. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto das Cidades**. ALFONSÍN, Betânia/FERNANDES, Edésio (orgs.). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 18.

⁴⁹ **Global Report of Human Settlements, 2001**. London: United Nation Center for Human Settlements (Habitat), 2001, p.17.

O relatório sob enfoque foi o primeiro produzido pela ONU, sendo até agora a mais completa coletânea de informações, a nível internacional, a cerca das condições sociais dos povos da cidade.

O primeiro organismo internacional responsável pela coordenação das atividades, no domínio dos povoamentos humanos, é o Centro das Nações Unidas para os Povoamentos Humanos (Habitat), criado em 1978, com sede em Nairóbi (Quênia), cumprindo por objetivos o estímulo a uma “habitação adequada para todos” e um “desenvolvimento sustentável dos povoamentos humanos”, no compromisso de promover a igualdade de acesso à terra e ao crédito, a garantia de ocupação e o acesso aos serviços básicos.

A mobilização da comunidade internacional tem apoio em fundada preocupação, quando pesquisas advertem, com opulenta riqueza estatística, um quadro de horror derivado do problema da moradia no mundo⁵⁰, cujos efeitos são transfronteiriços, dado que a extrema pobreza irradia consequências irreparáveis.

No Brasil, estima-se que o crescimento das favelas, como reflexo da industrialização e urbanização do país, atraindo para os grandes centros urbanos famílias em busca de melhores oportunidades, cresceu de 882.482 para 1.092.476 (23%), entre os anos 1991 e 2000, enquanto que o número de domicílios em favelas, por sua vez, passou de 226.141 para 308.581 no mesmo período⁵¹.

⁵⁰ Segundo informações do Centro de Informação da ONU em Portugal: “Uma criança nascida numa cidade de um dos países menos avançados tem 22 vezes mais possibilidades de morrer antes dos cinco anos de idade do que uma criança nascida de um país desenvolvido. Nos países mais ricos, menos de 16% do total de famílias das zonas urbanas vivem na pobreza. Mas, nas zonas urbanas dos países em desenvolvimento, 36% das famílias e 41% dos agregados familiares cujo chefe é uma mulher vivem com rendimentos que se situam abaixo do limiar de pobreza definido a nível local. A urbanização e feminização da pobreza fizeram com que mais de 100 milhões de pobres vivam em zonas urbanas sem habitação adequada nem acesso aos serviços básicos.

⁵¹ Segundo informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), publicadas no site <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=83922>

Com base no relatório do Programa de Assentamentos Humanos da ONU (Habitat), o jornal O Globo⁵² ensaia uma projeção das consequências oriundas do crescimento desordenado das cidades e do avanço da pobreza no mundo, cunhado como “urbanização da pobreza”. Traduz um prognóstico escabroso e estarrecedor:

O número de pessoas vivendo em favelas vai dobrar até 2030, chegando a dois bilhões de pessoas (...) até 2050 estimamos que a população mundial seja de nove bilhões de pessoas, seis bilhões das quais viverão nas cidades. Destas, 3,5 bilhões (38%) estarão vivendo em favelas se não fizermos alguma coisa radical para resolver esse problema (...). É uma bomba-relógio.

A temática, que ganhou foro mundial, foi abordada em setembro de 2004, no 2º Fórum Urbano Mundial, em Barcelona, cuja reedição deverá ter lugar na cidade de Porto Alegre, nos dias 24 e 25 de janeiro de 2005, com a participação de cerca de 180 prefeitos e representantes de cidades da Europa, América Latina e África.

Outrossim, e agora abordando a temática do direito de autodeterminação dos povos, de estreita conexão com a questão em foco, os Comentários Gerais da ONU nº 12 do Comitê dos Direitos do Homem⁵³ asseguram o direito de todos de não serem privados de meios de prover a própria subsistência, implicando no dever dos

⁵² Publicado pelo Jornal O Globo, em 07.10.2003, no site <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=83922>

⁵³ 5. Paragraph 2 affirms a particular aspect of the economic content of the right of self-determination, namely the right of peoples, for their own ends, freely to "dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic cooperation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence". This right entails corresponding duties for all States and the international community. States should indicate any factors or difficulties which prevent the free disposal of their natural wealth and resources contrary to the provisions of this paragraph and to what extent that affects the enjoyment of other rights set forth in the Covenant. *In* Comentários Gerais da ONU nº 12 do Comitê dos Direitos do Homem (<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/PAGINA3-1-dir-homem.html>)

Estados em criar, mediante seus mecanismos institucionais, o ambiente propício à observância deste direito e de informar à comunidade internacional dos obstáculos à sua realização.

No mesmo sentido, pontua a Resolução 2200 A (XXI) da Assembléia Geral, de 16 de dezembro de 1966, em seu art. 11, quando dispõe:

1. Os Estados- partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados- partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

A Constituição Brasileira, mediante a previsão de novos institutos, vem criando a ambiência favorável ao redimensionamento da posse como fator de transformação social, através da valorização conjugada do direito ao trabalho e à moradia, garantias de existência de vida digna a que tem direito todo ser humano.

Neste tocante, Ana Rita Vieira Albuquerque⁵⁴ registra a preocupação sobre a normatização de situações fáticas configuradoras de simples posse ainda durante o Governo Imperial brasileiro, mediante a edição da lei nº 601 de 18 de setembro de 1850, com vistas a legitimar as posses que detinham por característica a existência de *cultura efetiva e moradia habitual*.

Revigorando a preocupação com a moradia e a valorização do trabalho, como fatores dignificantes da existência humana, o Código civil em vigor estipula, no Parágrafo Único do art. 1.238, a redução do prazo para a aquisição da propriedade via usucapião, na medida em que se evidenciam os aspectos da moradia habitual ou a realização de obras e serviços de caráter produtivo, acenando, com isso, para a opção axiológica que hoje impregna o Documento Constitucional brasileiro.

⁵⁴ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da Função Social da Posse e sua Consequência frente à Situação Proprietária**. Op. Cit., 2002, p. 158.

Reforçando a nova postura, deparamo-nos com as disposições dos artigos 1.239 e 1.240, respectivamente o usucapião especial rural e urbano, que traçam como pressupostos de aquisição da propriedade, dentre outros requisitos, os elementos moradia e trabalho, sendo, no caso do usucapião rural, exigidos conjuntamente, enquanto que no usucapião urbano a moradia exsurge como exigência isolada, tangenciando um dos maiores desafios das cidades, é dizer, proporcionar adequadas condições de moradia aos cidadãos dos meios urbanos.

Convém mencionar, ainda, o usucapião especial coletivo fomentado pela lei nº 10.257/2001, que não esconde a preocupação em beneficiar a população enquadrada em baixo nível sócio-econômico, pondo em relevo a questão da moradia como elemento primacial. Assim, proclama, em seu art. 10, *caput*:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Dentre as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, encontramos uma curiosa iniciativa do legislador ordinário, quando prevê uma nova espécie de desapropriação, cujas nuances ainda não foram devidamente explicitadas a fim de obter funcionalidade no plano material. Diz respeito ao que a doutrina convencionou denominar de “desapropriação judicial” ou “posse-trabalho”, querendo-se referir as disposições concernentes ao §4º do art. 1.228⁵⁵ daquele diploma civil.

⁵⁵ Assim, proclama: § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

O instituto em foco termina por fundir o instituto da desapropriação, de índole pública, com o instituto do usucapião, de origem privada, redundando na possibilidade de aquisição da propriedade, quando reunidos os seguintes requisitos:

- a) posse ininterrupta e de boa fé por mais de 5 anos sobre extensa área;
- b) posse exercitada por considerável número de pessoas;
- c) realização, através da posse, de modo conjunto ou separadamente de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevantes.

A redação do sobredito dispositivo, como se percebe, é pródiga em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, engendrando, com isso, dificuldades na uniformização de sua aplicação por total falta de parâmetros.

Outrossim, a falta de encorajamento dos operadores do direito aliada à recente vigência do dispositivo ainda não geraram orientações jurisprudenciais indicativas da margem de interpretação do dispositivo e o limite dos poderes outorgados aos juízes, tornando-o campo fértil para inúmeras ilações doutrinárias.

A pretensão do legislador ordinário em concretizar os direitos fundamentais à moradia e ao trabalho, não obstante a vagueza dos termos empregados, parece irrefutável, autorizando mesmo uma interpretação bastante favorável ao tema enfocado, na medida em que, enfatizando a prevalência da posse sobre a propriedade nominal na realização da dignidade da pessoa humana, representada aqui por uma coletividade de pessoas, corrobora a tendência constitucional percorrida, quando, por via oblíqua, encerra o primado da função social da posse em relação a propriedade (socialmente) ociosa.

A visão é otimista, quando se ignora que a iniciativa ainda é bastante tímida, frente às comportas constitucionais antes delineadas. Todavia, a jurisprudência pátria vem refletindo, em manifestações ainda insulares, a assunção de posturas hermenêuticas mais convergentes com os objetivos constitucionais.

Neste aspecto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul oferece inúmeras amostras neste sentido, referindo em copiosas decisões o princípio da função social da posse⁵⁶.

É de se notar também que o descompasso do uso da propriedade com o princípio da função social serviu, em diversos Arestos, como argumento do qual se apoiaram os julgadores para negar tutela liminar em reintegração de posse aos titulares do direito de propriedade, posição que vem a corroborar a tendência haurida da Constituição Federal em se dar proeminência a função social da posse em relação a mera titularidade do domínio, destacando a relevância da concretização dos direitos e garantias fundamentais em detrimento dos requisitos formais à concessão liminar prevista no art. 927 do Código de Processo Civil pátrio. Senão, vejamos:

Agravo de instrumento. Decisão atacada: liminar que concedeu a reintegração de posse da empresa arrendatário em detrimento dos "sem terra". Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho

⁵⁶ Como exemplo disto, atentem-se para as decisões paradigmáticas a seguir colacionadas:

AÇÃO POSSESSÓRIA. MUTIRÃO. POSSE. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. A TUTELA POSSESSÓRIA SUPÕE A DEMONSTRAÇÃO DO EXERCÍCIO ANTERIOR E EFETIVO DA POSSE POR QUEM A RECLAMA E A PRÁTICA DO ATO ESBULHATIVO POR PARTE DAQUELA CONTRA O QUAL ELA É PEDIDA (TA/RS. 5º Câmara Cível. AP. Cível nº 195179171. Rel. Rui Portanova. J. 28.3.96).

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROVA DA POSSE. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE. PARA A PROCEDÊNCIA DA REINTEGRAÇÃO DE POSSE É NECESSÁRIA A PROVA DE POSSE ANTERIOR. POSSE E FATO. O ENTE DE DIREITO PÚBLICO NÃO COMPROVA A SUA POSSE PELO CADASTRAMENTO DO IMÓVEL OU TÍTULO DOMINIAL, MAS SIM POR ATOS EFETIVOS DE POSSE. NEGARAM PROVIMENTO. POR MAIORIA. VOTO VENCIDO (12 FLS.) (TJRS. 14º Câmara Cível. AP. Cível nº 198080509. Rel. Rui Portanova. J. em 28/10/1999).

proferido nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão. Competência da justiça estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no art-526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque demanda versa direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais com mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refugio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstancia esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a união. Imóvel penhorado ao inss. Considerações sobre os conflitos sociais e o judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido, por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, a unanimidade; proveram o agravo por maioria (TJRS. 19º Câmara Cível. Ag. de Instrumento nº 598360402. Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos. J.em 06/10/1998).

Ação possessória. Descaracterização do esbulho. Posse anterior não comprovada. Atos de mera detenção praticados sobre terreno baldio do qual não há proprietário. Ocupação com destinação social de moradia. Se os atos praticados pelos autores que se pretendem reintegrar na posse eram atos de mera detenção, porquanto praticados sobre terreno baldio, não titulado, utilizando-o de modo esporádico para plantação de mandioca, não ha que se falar em posse. O conceito de posse, a partir do inciso XXIII, do art-5, da Constituição Federal esta intimamente ligado a função social da propriedade. A época em que os réus tomaram posse da área não era por ninguém utilizada e tampouco nela havia alguma plantação. Destinação social da área onde foram construídas casas de moradia para dezenas de famílias com fornecimento de água, luz e iluminação pública. Reconhecimento da posse exercida pelos réus. Apelo improvido. (TJRS. 17º Câmara Cível. Ap. Cível nº 70002028017. Relator: Ney Wiedemann Neto. J. em 11/09/2001).

Ação reivindicatória. Improcedência. Área de terra na posse de centenas de famílias, há mais de 22 anos.

Formação de verdadeiro bairro, com inúmeros equipamentos urbanos. Função social da propriedade como elemento constitutivo do seu conceito jurídico. Interpretação conforme a Constituição. Inteligência atual do art. 524 do CC. Ponderação dos valores em conflito. Transformação da gleba rural, com perda das qualidades essenciais. Aplicação dos arts. 77, 78, e 589 do CC. Consequências fáticas do desalojamento de centenas, senão milhares, de pessoas, a que não pode ser insensível o juiz. Nulidade da sentença rejeitada por unanimidade. Apelação desprovida por maioria. (TJRS. 6º Câmara Cível. Apelação Cível nº 597163518. Redator para Acórdão: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. J. em 27/12/2000).

Conclusão

Vislumbrar a posse como elemento de transformação social, portanto, implica em reconhecê-la como um direito à parte, dotado de autonomia em relação ao direito de propriedade, buscando sobre ela a proteção jurídica na medida em que viabilize a realização da dignidade da pessoa humana, pelo fomento ao direito à moradia e à alimentação.

D'outro modo, super proteger o título de proprietário em detrimento da posse funcionalizada, não significa garantir a estabilidade e segurança jurídica das relações, quando a dignidade da pessoa humana é aviltada pela falta de moradia e carência de meios de subsistências em favor da ociosidade (social) da terra, em nome da especulação econômica.

O direito de propriedade, pelo modo como foi estruturado pela Constituição Federal de 1988, não dá ensanchas a postura hermenêutica individualista insistentemente revigorada por alguns “aplicadores” do direito.

O ordenamento jurídico brasileiro já pode se valer de institutos que, dando primazia à realização dos direitos fundamentais sob enfoque, reforçam a idéia de que o exercício da posse acorde com uma função social merece proeminência sobre o mero título de propriedade, donde nos autoriza reconhecer a existência de uma função social da posse como princípio implícito ao sistema constitucional, de caráter autônomo e inconfundível com a função

social da propriedade expressamente consignada na Constituição Federal de 1988. É, portanto, papel dos tribunais e daqueles que lidam com o direito, perquirir a cerca da função social da posse, independentemente da forma de sua manifestação no caso concreto, é dizer, à mingua da discussão sobre se corresponde a uma situação fática ou a manifestação inerente ao direito de propriedade.

Importante perceber que, ainda que não se reconheça a existência de uma função social da posse e se lhe recuse a autonomia e importância ora defendida, vem ganhando coro o entendimento que incorpora a função social ao próprio conteúdo do direito de propriedade, trazendo uma solução alternativa à postura ora defendida, muito embora deflagre uma visão ainda bastante conservadora e pouco eficaz, tendo em vista a desuniformidade com que é tratada a temática da função social da propriedade⁵⁷.

⁵⁷ Tal postura pode ser constatada nas decisões a seguir transcritas:

Ação possessória. Conjunto habitacional. Interdito proibitório. Alegação de fundado receio de invasão em face de cumprimento de mandado judicial de reintegração em área próxima ao local. A proteção possessória com imposição de preceito cominatório não pode ser conferida erga omnes, pois extremando o argumento, resultaria em um preceito judicial erguido em face de toda sociedade. Se a propriedade da autora não cumpre o fim social a que se destina, torna-se alvo fácil de invasões. Impossibilidade jurídica do pedido quando a pretensão não aponta contra quem ergue sua pretensão, mesmo que fosse contra segmento organizado, através da identificação de suas lideranças. Carência de ação por ausência de interesse jurídico a ser tutelado judicialmente. Apelo improvido.

(TARS. 20ª Câmara Cível. Ap. Cível nº 197287865. Rel. José Aquino Flores de Camargo. J. em 18.08.98).

Ação de reintegração de posse. Comodato de área rural para cultivo agrícola. Plantações de trigo, aveia e soja. Liminar initio litis. Aplicabilidade dos requisitos da tutela antecipada. Perigo de irreversibilidade da medida. CC, art. 1.250. Má-fé dos agravantes. Inocorrência. Com a função social atribuída a propriedade pela Constituição federal e com a introdução da tutela antecipada no nosso direito, são aplicáveis os requisitos deste instituto as medidas liminares, em especial as possessórias. Mecanismos que o legislador conferiu ao juiz para efetivação do direito e da justiça no caso concreto, não alcançáveis com o regime do código civil instituído no início do século passado, em que predominou o direito de propriedade como base de nosso direito civil. Ha concreto perigo de irreversibilidade na reintegração de posse initio

A atitude hermenêutica defendida sinaliza para o resgate de uma *norma-viva*, é dizer, a superação de uma visão estática do direito, através de sua reconciliação com os fatores sociais determinantes, em reconhecimento da existência de tensões sociais pungentes a serem efetivamente contempladas e harmonizadas, brilhantemente resumida por Gustavo Tepedino:

Se é verdade que a certeza do direito não se obtém desconsiderando o dado normativo, este por sua vez não há de ser tomado pelo intérprete como elemento estático, devendo ser reconstituído continuamente, na dinâmica própria da tensão dialética fato-norma. Ambos os elementos são indispensáveis ao processo interpretativo e o predomínio de um em detrimento do outro representaria a perda de contacto com a chamada norma –viva.”

litis em área rural objeto de cultivo agrícola em época de colheita ou de acompanhamento de plantação, máxime quando os comodatários tomaram empréstimos na rede bancária para financiá-la. Predominância de circunstâncias peculiaríssimas no caso concreto. Art. 1.250 do CC. Ausência de requisitos. Inocorrência da demonstração de necessidade imprevista e urgente. Inexistência de má-fé dos agravantes porque além de o acolhimento do mérito do recurso afastar a alegação de indução em erro do relator, os recorrentes informaram na petição recursal a efetivação da medida liminar e ainda anexaram cópia do respectivo auto. A unanimidade conheceu do recurso e, por maioria, deram provimento (TJRS. 18ª Câmara Cível. Ag. de Instrumento nº 70001937853. Rel. André Luiz Planella Villarinho. J. em 22/03/2001).

Agravo de instrumento. Reintegração liminar na posse. Alegado esbulho praticado na construção do gasoduto bolívia-brasil. Interesse público. Função social da propriedade. Não prospera a pretensão de reintegração liminar na posse de proprietário individual em nesga de seus campos que estaria a ser utilizada para construção do gasoduto bolívia-brasil. Demanda que promete prova demorada para esclarecimento do efetivo domínio a não justificar a prevalência do privado sobre o público. Obra que beneficiaria toda a região sul do país a demandar a incidência do princípio da função social da propriedade. Agravo desprovido (TJRS. 17ª Câmara Cível. Ag. de Instrumento nº 70000329185. Rel. Fernando Braf Henning Júnior. J. em 21/12/1999).

A ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO HOMOSSEXUAL EM UM CASO CONCRETO, ATRAVÉS DE PROVIMENTO JUDICIAL

Wlademir Paes de Lira

Juiz de Direito

SUMÁRIO

Introdução. I. PREÂMBULO DA SENTENÇA. II. RELATÓRIO. III. ANÁLISE DA PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO. IV. ANÁLISE DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. V. ANÁLISE DA QUESTÃO INCIDENTAL – NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO HOMOSSEXUAL. Conclusão.

Introdução

A doutrina vem discutindo, após o advento da Constituição de 1988, os novos contornos do Direito de Família, já que a nova ordem constitucional trouxe mudanças significativas na conceituação, interpretação e aplicação dos institutos ligados a esse ramo do Direito brasileiro.

A mudança de paradigmas trazida pela atual Constituição, passou a impor uma nova conceituação da família, já que foi abolida a idéia de família vinculada exclusivamente ao casamento¹, assim como, passou-se a inserir nas discussões da matéria, outras entidades familiares.

A pedra fundamental do Direito de Família atual passou a ser, ao meu ver, a caracterização da entidade familiar e as consequências jurídicas dessa caracterização, quer durante a convivência afetiva, quer quando da dissolução da sociedade.

Como o texto que segue diz respeito a análise de um caso concreto e real, através de um provimento judicial, vale neste momento traçar algumas considerações acerca da conceituação de alguns institutos citados e enfrentados na decisão.

¹ Como lembra: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 20.

Primeiramente, vale ressaltar que família e entidade familiar, embora guardem semelhanças, não são termos sinônimos, como defendem alguns, assim como, não estão vinculados à forma como se constitui a entidade familiar, como argumentam outros, quando sustentam que o termo família está vinculado à sociedade constituída pelo matrimônio, enquanto que entidades familiares estão vinculadas às demais formas de sociedade afetiva. Tal assertiva me parece ir de encontro à Constituição Federal, na sua análise sistemática, já que não há espaço, sob a ótica da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, para se entender haver a Constituição dado tratamentos diferenciados à família formada pelo matrimônio e outras entidades familiares, já que tal afirmação não consta expressamente do texto constitucional, não podendo ser resultado de uma interpretação que contraria princípios como da igualdade, liberdade, entre outros.

A conceituação de família e entidade familiar está vinculada, no meu entender, à natureza *lata* e *stricta* da família, a que se refere Eduardo Gomes², em Portugal e Maria Helena Diniz³, no Brasil.

A terminologia família passa a dizer respeito a família no sentido *lato*, abrangente, envolvendo assim todas as pessoas ligadas por parentesco de consangüinidade e afinidade, enquanto que entidade familiar é a família no sentido *stricto*, ou no sentido nuclear, abrangendo, na maioria das vezes, a família originária – cônjuges (no sentido genérico) e prole, podendo abrigar outros parentes que tenham estreita ligação de convivência, geralmente dentro da mesma casa. Em outras palavras, a entidade familiar é a parte nuclear da família.

Sob esse entendimento, ao se constituir uma nova sociedade afetiva, se constitui uma nova entidade familiar, ligada às famílias dos consortes, independentemente se a nova união se deu ou não através do matrimônio.

O caso que chegou à minha apreciação, se discutia a devolução de um imóvel e uma possível indenização por lucros cessantes, em função de uma convivência entre duas mulheres, que

² SANTOS, Eduardo dos. **Direito da Família**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 13.

³ DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. 5º V., Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9 e 10.

fora rompida, causando conseqüências de ordem patrimonial e financeira.

A ação fora ajuizada primeiramente em um Juizado Especial Cível e Criminal, tendo sido remetida para a Vara de Família em que atuou, em função da Juíza entender se tratar de uma relação que envolve aspectos ligados ao Direito de Família.

Embora seja ponto de discussão comum na doutrina, atualmente, a natureza jurídica da união entre pessoas do mesmo sexo, tem-se, em regra, a procura da tutela jurisdicional a fim de se reconhecer como entidade familiar, a união entre homossexuais.

O caso em análise se diferencia, e por isso chama mais atenção, pelo fato de se reconhecer a natureza jurídica da união homossexual, como entidade familiar, de forma incidental, contrariando os interesses da parte autora, prestigiando o entendimento de que, enquanto a entidade familiar formada pelo matrimônio se consolida no ato da celebração do casamento, as demais entidades familiares se consolidam pelo preenchimento de requisitos - analisados no texto da sentença -, que se presentes, caracterizam a existência da sociedade familiar, com conseqüências jurídicas a depender da espécie de entidade familiar que se constituiu, independentemente se após a ruptura, uma das partes não confirme a intenção de ter mantido entidade familiar com a outra.

Além da matéria em si, se fez importante registrar e tornar público, que além dos Juízos e Tribunais do sul do país, conhecidamente os mais avançados no tocante a evolução na interpretação do Direito de Família, tais discussões já chegaram às instâncias judiciais do nordeste, especificamente, no nosso Estado de Alagoas, e já se começa a construir uma aplicação prática da nova doutrina das relações familiares.

Embora se pudesse aproveitar o conteúdo material da sentença, transformando-a em um artigo formal, optei por manter a íntegra da provimento dentro do artigo, com alterações apenas nas notas de rodapé, que comumente não uso nas decisões, optando por citações no corpo do texto, para que se possa apreciar exatamente como as questões foram enfrentadas na decisão, trazendo os exatos contornos do caso concreto.

I. PREÂMBULO DA SENTENÇA

Processo nº: XXX.XX.XXXXXX-X

Ação de Reparação de Dano Material, Lucros Cessantes c/c
Restituição de Domínio

Requerente: M. R. M. L.

Requerida: J. T. C.

SENTENÇA

Vistos etc.

II. RELATÓRIO

M. R. M. L., qualificada na inicial, através de advogado legalmente constituído, propôs **AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO MATERIAL, LUCRO CESSANTE C/C RESTITUIÇÃO DE DOMÍNIO**, em face de J. T. C., também qualificada, alegando que cedeu a requerida, por solidariedade, uma de suas casas para que a mesma pudesse morar enquanto se preparava para um concurso, tendo a requerida, apesar de aprovada no referido concurso, se apoderado do imóvel, não mais o devolvendo, o que vem acontecendo desde agosto de 2001, pedindo a condenação da requerida nos valores de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), referentes aos 20 (vinte) meses que a requerida vem usufruindo do imóvel, e R\$ 6.000,00 (seis mil reais) referentes aos aluguéis das casas de nº 02, 04 e 06, do mesmo endereço, que foram recebidos pela requerida sem repassar à requerente, assim como, que seja determinada a desocupação imediata do imóvel indevidamente ocupado pela requerida.

A ação foi proposta no 8º Juizado Especial Cível e Criminal da Capital, em Fernão Velho, hoje 9º Juizado, tendo a audiência de conciliação ocorrido no dia 25 de julho de 2002, não tendo as partes chegado a acordo.

No dia 20 de agosto de 2002, ainda no Juizado Especial, foi realizada audiência de instrução, onde foi apresentada contestação, tendo sobre a mesma se manifestado a parte autora. Foram ouvidos os depoimentos pessoais das partes e duas testemunhas.

Na contestação, a requerida levantou preliminar de inépcia da inicial e no mérito, que conviveu com a requerente em uma união de fato, tendo contribuído diretamente para a construção dos imóveis.

Através da decisão de fls. 49 a 52, a MM. Juíza do Juizado Especial entendeu tratar-se de matéria afeta ao Direito de Família, conseqüentemente de competência da Vara de Família, determinando a remessa dos autos a este Juízo, contra a qual não houve interposição de recurso.

Em 27 de maio do corrente, foi realizada audiência, onde foi tentada mais uma vez a conciliação, sem sucesso, e as partes informaram não ter outras provas a produzir além das que já constam nos autos, e, em razões orais, o advogado da parte autora ratificou os termos da inicial e o da parte ré acrescentou que deve ser caracterizada a litigância de má-fé por parte da autora.

A Ilustre Representante do Ministério Público, Dra. Viviane Sandes de Albuquerque, em cuidadoso e bem preparado Parecer às fls. 69 *usque* 72, entendendo tratar-se de uma união homoafetiva e, como tal, uma entidade familiar, opinou pela improcedência da ação.

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

III. ANÁLISE DA PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO

Além da preliminar expressa na contestação, existe preliminar implícita, que é a de competência do Juízo de Família para processar e julgar o feito, que por se tratar de questão de ordem pública, incompetência absoluta respeitante à matéria que se discute, deve ser apreciada de ofício pelo Juiz, independentemente de provocação, assim como, deve ser apreciada em primeiro lugar, por uma questão de lógica processual, já que a incompetência absoluta precede todas as outras preliminares, inclusive, a de nulidade de citação, como ensina J. J. Calmon de Passos, ao criticar a ordem das preliminares do artigo 301, pois *só o juiz competente pode se pronunciar sobre a validade ou invalidade da relação processual ou*

de qualquer ato do processo⁴, e, no caso presente, os requisitos da petição inicial.

Independentemente da natureza jurídica da união homossexual, matéria que será analisada adiante, as lides decorrentes de tais sociedades não podem ser tratadas na vala comum do direito obrigacional, em função da assistência mútua e do afeto que indiscutivelmente as envolve.

Mesmo para os que defendem que a união homossexual não se enquadra entre as entidades familiares constitucionalmente protegidas, as questões a ela pertinentes devem ser discutidas no âmbito do Direito de Família e, conseqüentemente, na esfera de competência dos Juízes de Família, como se pode observar na decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa abaixo se transcreva, *in partem*:

(...) Para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são as relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 2. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do artigo 861, do CPC. Recurso Conhecido e provido.⁵

Como se pode observar no julgado acima, mesmo os que defendem não ser a união homossexual uma entidade familiar,

⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 315.

⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apelação cível nº 70002355204, Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves

reconhecem que as questões relativas a tais uniões devem ser tratadas nos Juízos de Família.

Vale salientar, que mesmo uma das partes negando a existência da união homossexual, tal caracterização é questão a ser apreciada no âmbito do Juízo de Família, como prejudicial à questão de fundo.

Portanto, este Juízo é competente para processar e julgar o feito.

IV. ANÁLISE DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL

Foi levantada na contestação preliminar de inépcia da inicial, rejeitada corretamente quando da audiência de instrução no Juizado Especial.

A inicial preenche os requisitos legais, já que os pedidos são compatíveis com *causa pretendi*, ou, em outras palavras, com a fundamentação de fato e de direito que lhes deram causa. A forma como o suposto débito será corrigido, não desqualifica a peça vestibular, até porque, é matéria que deve ser discutida numa possível execução, se for o caso, não havendo como se acatar a preliminar suscitada.

Ademais, se no Juizado Especial não cabia recurso quando da rejeição da preliminar levantada, neste juízo a questão foi reapreciada, no despacho que recebeu a demanda, não tendo sido interposto qualquer recurso contra o mesmo, se encontrando preclusa a matéria, razão pela qual, rejeito, também, esta preliminar.

V. ANÁLISE DA QUESTÃO INCIDENTAL – NATUREZA JURÍDICA DA UNIÃO HOMOSSEXUAL

Para que se possa apreciar a devolução do imóvel e a indenização na forma como pedido na inicial, necessário se faz a apreciação da existência ou não de união homossexual entre a autora e a ré; em caso positivo, a natureza jurídica da união homossexual e, por fim, as conseqüências patrimoniais de tal relação.

A autora informa que a ré era uma amiga com quem mantinha uma relação de confiança e em função dessa amizade cedeu

um imóvel de propriedade dela, autora, para que a ré pudesse residir enquanto se preparava para um concurso público.

A ré, por sua vez, sustenta que a relação entre ambas era bem mais que uma amizade, uma verdadeira união afetiva, que perdurou durante 09 (nove anos), durante os quais, foi adquirido um imóvel com o esforço comum, onde foram construídas as casas informadas na inicial, tendo a ré participação efetiva na construção do patrimônio.

A relação que existiu entre a autora e a ré não pode ser considerada, como pretende a autora, uma simples amizade, o que se verifica no próprio depoimento da autora prestado junto ao Juizado Especial, fls. 27 e 28, quando afirma:

(...) Que conviveu com a demandada; que, a demandada jamais trabalhou, durante o tempo que conviveu com a demandante; que, após se separar da demandada, a mesma passou a morar numa das casas pertencentes à demandante, objeto do litígio; (...) que a demandante tinha a demandada como sua dependente no cartão de compras do Hiper Card e a demandada tinha a demandante dependente de seu cartão visa; (...) que, todas as despesas no cartão eram pagas pela demandante; que, o cartão visa da demandada, foi feito numa promoção, por telefone que a revista Cláudia ou Isto é para os assinantes; que, inclusive, este cartão era pago pela demandante; Que conviveu durante nove anos na mesma casa com a demandada: (...) Que, no período em que morou com a demandante, a demandada não trabalhava, era dona de casa; que, as compras eram pagas pela demandante, inclusive a maioria dos móveis que tem na casa da demandada, foram dados pela demandante; (...)

Além do depoimento da autora, onde afirma que conviveu com a ré durante 09 (nove anos), que era a provedora da casa e que tinha a mesma como dependente em cartão de crédito, nas cartas enviadas para a ré, não impugnadas como prova, a autora confessa o relacionamento afetivo, como se demonstra nos trechos abaixo transcritos:

Amor da minha vida, tão longe estás de mim

Logo que li teu jornalzinho matutino, que para mim foi muito agradável. Adorei, sorri e chorei. Você não imagina como me traz felicidade e paz.

(...) Te amo. Você faz parte da minha vida. (fl. 44)

(...) Olhe amor, você foi a única pessoa que cheguei a pedir desculpas por ter me excedido em bebidas e por fazer tantas bobearias. (...) Fls.45.

(...) em uma das últimas cartinhas que você me escreveu, perguntou-me quais eram as minhas intenções para com você? Se valia a pena tantos investimentos? Como: fotografias, poesias, músicas, cartas, etc. Realmente os investimentos estão sendo demais. Será que eu também não estou no mesmo barco?

1. das intenções: são as mais sinceras e que pretendo, realmente, leva-la ao altar do meu coração;
2. quanto aos investimentos: da minha parte vale a pena sim;
3. é necessário você saber que te amo e que te quero até demais, e se você topa é só dar um alô que eu estou disposta para qualquer coisa. Sabes muito bem que não tenho medo de nada. Sou brasileira, solteira, maior de idade. E aí gatinha? Concordas comigo? Se você não concordar o que posso fazer? (....) fls. 46.

Olá paixão! Minha maior alegria é saber que os dias estão correndo a cada instante que passa se aproxima a hora de estarmos juntas, novamente, para podermos trocar idéias, sorrir, cantar, fazer amor, enfim tudo de bom que a vida nos proporciona (...) Fls. 48.

Some-se ao depoimento da autora e às provas documentais acima mencionadas, o fato da autora ter colocado o nome da ré na primeira escritura do imóvel objeto do litígio, como se observa às fls. 34.

Pode-se afirmar, diante do que se encontra robustamente comprovado, que o relacionamento entre a autora e a ré ultrapassou o limite da simples amizade, caracterizando-se, indubitavelmente, como uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, também denominada parceria homossexual.

Acerca da natureza jurídica da união homossexual, alguns entendem tratar-se simplesmente de uma união civil de fato, com conseqüências exclusivamente patrimoniais, como defende Débora Vanessa Caús Brandão⁶, na medida em que o direito ao patrimônio é diretamente proporcional à comprovação da contribuição para a construção do mesmo, aplicando-se a súmula 380, do STF. Outros entendem caracterizar-se uma união afetiva, assemelhada à família, porém sem a proteção do Estado, por falta de previsão constitucional. Alguns entendem tratar-se de uma entidade familiar a cujo disciplinamento aplicam-se as regras da união estável. E uma última corrente entende caracterizar-se entidade familiar específica, constitucionalmente protegida.

Encontro-me entre os que vêem na união homossexual entidade familiar específica, abrigada constitucionalmente, cujo regramento infraconstitucional ainda não existe, havendo necessidade de buscar instrumentos de aplicação do Direito para efetivar as conseqüências jurídicas de tais relações, dentre os quais a analogia, haja vista a necessidade de aplicação imediata dos direitos relacionados com tais relações, por estarem alicerçados na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.

Quando da introdução no sistema jurídico do texto constitucional vigente, a primeira conclusão a que se chegou acerca do novo contorno do Direito de Família é que além da família formada pelo matrimônio, passavam a ser reconhecidas duas outras novas espécies de família, quais sejam, a união estável e a família monoparental.

⁶ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais – Aspectos Jurídicos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.125.

Seguindo a interpretação muito adequadamente formulada pelo Ilustre Professor alagoano Paulo Luiz Netto Lobo⁷, utilizado, inclusive, como razão de decidir na decisão interlocutória proferida pela Juíza do Juizado Especial, quando corretamente determinou a remessa do processo para a Vara de Família, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 226, estabelece que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*.

Com tal previsão, o texto constitucional afastou o termo *formada pelo matrimônio*, das famílias que merecem proteção do Estado, não especificando, no *caput* do artigo, quais as outras modalidades de agrupamentos que poderiam ser caracterizados entidades familiares sob o prisma constitucional.

No parágrafo 3º, do mesmo dispositivo, fica reconhecida a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, e mais adiante, no parágrafo 4º, se estabelece que *se entende, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*, a denominada família monoparental.

Observe-se que a expressão “*também*”, prevista no parágrafo 4º, é uma expressão inclusiva, ou seja, gera uma interpretação de que outras poderão ser incluídas, já que não impõe a idéia de taxatividade. Para entendimento contrário, o legislador deveria ter usado outra técnica, como estabelecer no próprio *caput* do artigo quais as entidades familiares que merecem a proteção do Estado, como antes aconteceu com a família matrimonial, prevendo, por exemplo, que *a família formada pelo matrimônio, pela união estável entre o homem e a mulher e a formada por qualquer dos pais e seus filhos, base da sociedade, etc.*, ou estabelecer através de incisos taxativos as entidades familiares passíveis de proteção, como por exemplo, estabelecer no parágrafo 3º, que além da família matrimonial, são reconhecidas como entidades familiares: *A união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*, o que efetivamente não ocorreu.

⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares** – Para Além do Numerus clausus. **Revista de Direito de família**, nº 12, jan-fev-mar 2002, Porto Alegre: Síntese, *passim*.

Acrescente-se o fato de que o parágrafo 8º, do mesmo artigo 226, prevê que *o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*. Tal previsão se deve ao fato de que a Constituição está alicerçada na dignidade da pessoa humana, que se apresenta como um dos fundamentos da constituição, na forma do artigo 1º.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), tendo esta, como um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), e é consubstanciada nos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e proibição de discriminação em função da orientação sexual, se moldando pois, a dignidade da pessoa humana, de Direitos Fundamentais e sociais, cuja efetivação deixa de ser uma possibilidade e passa a ser uma inafastável necessidade, dentro da visão constitucional moderna.

A dignidade da pessoa humana, embora já extremamente fluida, pelo exagero em sua utilização, como lembra Humberto Ávila⁸, mas de fundamento extremamente relevante para o caso em análise, está intimamente ligada aos direitos fundamentais, como ensina Ingo Sarlet:

A vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, já constitui um dos postulados nos quais se assenta o Direito Constitucional contemporâneo, já que os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto e imediato na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, e os direitos fundamentais podem ser reconduzidos à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como lembra Vieira de Andrade⁹.

⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 16

⁹ SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25,26 e 78.

Cláudio Ary Melo¹⁰ acrescenta que: *a dignidade da pessoa humana é, assim, equiparada à fruição do mais amplo sistema de liberdades iguais para todos.*

Ao se referir, no parágrafo 8º, do artigo 226, que o *Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram*, o legislador constituinte, atendendo ao comando da dignidade da pessoa humana, promoveu uma nova ordem de valoração no Direito de Família, no momento em que estabeleceu a proteção à família como um interesse mediato do Estado, colocando a proteção da pessoa humana que a compõe, como interesse a ser cumprido de forma imediata ou prioritária.

Dentro dessa proteção imediata à pessoa, se encontra, entre outras, a proteção no que diz respeito à orientação sexual e à sexualidade, já que não basta dizer que não se pode discriminar a pessoa em função da orientação sexual, se a liberdade de se estabelecer afetiva e sexualmente com outra teria proteção estatal limitada a depender da igualdade ou não de sexos.

Sobre o assunto, comenta Rodrigo da Cunha Pereira:

A livre expressão do amor e do afeto só se tornou possível porque está sustentada por um novo discurso sobre a sexualidade. E isso traz uma mudança paradigmática na ordenação jurídica sobre a família, e, conseqüentemente, nos julgamentos, que na maioria das vezes, como se demonstrará aqui, giram em torno de uma questão sexual. Esse novo discurso está associado também ao grande grito da contemporaneidade, a igualdade de direitos entre homens e mulheres, raças, classes sociais etc., que por sua vez está ligado à outra palavra de ordem da contemporaneidade: *cidadania*. (destaque do autor).¹¹

Ainda sobre direito à sexualidade, comenta Maria Berenice Dias:

¹⁰ MELO, Cláudio Ary. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 141

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade Vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29.

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração. Esta compreende os direitos decorrentes da natureza humana, mas não tomados individualmente, porém, genericamente, solidariamente, a fim de realizar toda a humanidade, integralmente, abrangendo todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana. Entre eles não se pode deixar de incluir e enxergar a presença do direito de todo ser humano de exigir o respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e cada um, que deve ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos, solidariamente. É um direito de solidariedade, sem cuja implementação a condição humana não se realiza, não se integraliza.

A sexualidade é, assim, um elemento integrante da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem o direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o indivíduo humano – e, mais amplamente, o próprio gênero humano – não se realiza, do mesmo modo quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais¹².

A família brasileira, como toda família ocidental, sofreu influência da estrutura familiar encabeçada pelo *pater familias*, do Direito Romano, onde o patriarca detinha o poder de vida e morte sobre os integrantes da família e as mulheres e as crianças eram tratadas como objeto e não como sujeitos de direito.

Por muitos séculos a família era vista muito mais sobre o prisma social, político e econômico, do que pelo prisma afetivo, ou seja, a família era muito mais uma construção patrimonial do que um espaço de felicidade pessoal.

Essa visão fez com que se construíssem conceitos, presunções e paradigmas dentro do Direito de Família, que culminaram com a exacerbada limitação do instituto, aliada a uma

¹² DIAS, Maria Berenice. Liberdade Sexual e Direitos Humanos. **Anais do III Congresso de Direito de Família**, coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFam – Del Rey, 2002. p. 86.

dificuldade exagerada nas dissoluções e recomposições de sociedades afetivas ou, em outras palavras, o Estado passou a interferir demasiadamente na conceituação, caracterização e dissolução das sociedades familiares, de modo a primar pela exclusividade da família matrimonial – influência da Igreja Católica – pelos aspectos patrimoniais da família e pelo sancionamento exacerbado para os que, em busca de uma recomposição afetiva, ousavam contrariar o suposto “interesse do Estado”, desconstituindo a própria sociedade conjugal.

Acerca do assunto, comenta José Sebastião de Oliveira:

Em princípio dever-se-ia partir da idéia de afetividade e felicidade no seio familiar. Só num segundo momento é que se deveria caminhar para a regulamentação dos aspectos patrimoniais – e, ainda assim, sem exageros.

Contudo, os Códigos Civis – entre os quais o pátrio – editados no início deste século e sob inspiração liberal “alçaram a propriedade e os interesses patrimoniais a pressuposto nuclear de todos os direitos privados, inclusive do Direito de Família”.

Ele provoca verdadeira inversão de valores a tal ponto que aquilo que se poderia conceituar de acessório – ou seja, o eventual patrimônio existente na relação familiar – supera em importância o principal, vale dizer, o elemento pessoal-afetivo que deve existir na manutenção da textura familiar¹³.

Paulo Lobo complementa:

O elemento patrimonializante marcou a contribuição histórica do liberalismo e do individualismo no âmbito das relações de família, suplantou o elemento religioso, ético e costumeiro.

Nosso Código Civil está sedimentado sob intenso conteúdo patrimonializante, no que se refere às relações familiares¹⁴.

¹³ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 245.

¹⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da afetividade no Direito de Família. Direito de Família e a Constituição de 1988**, coordenado por Carlos Alberto Bittar, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63 e 64.

Com a construção moderna acerca dos Direitos Fundamentais, a pessoa humana passou a ter mais importância do que a própria família da qual faz parte, impondo a conclusão de que a família é um espaço de felicidade pessoal, onde o ser humano necessita estar inserido por laços de afetividade, sem os quais a família perde importância, no plano da obrigatoriedade de sua manutenção, permitindo à pessoa a liberdade, não só de desconstituição, como de formação da própria família, sem a necessidade de exacerbada carga de regras estatais. **A FAMÍLIA É O QUE É E NÃO O QUE O ESTADO QUER QUE SEJA.**

Acerca do princípio da afetividade, Paulo Lobo ensina que:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico.

(...) Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas¹⁵.

Sob a égide da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que a compõe, temos estabelecido no artigo 5º, a liberdade, a igualdade e a proibição de qualquer forma de discriminação, inclusive acerca da orientação sexual da pessoa.

Tal assertiva impõe concluir que se duas pessoas do mesmo sexo resolvem estabelecer uma sociedade afetiva, não podem ser discriminadas, assim como, não pode o Estado negar guarida jurídica a tal relação, quando a Constituição, expressamente, não faz tal restrição. A Carta Magna não é apenas uma Lei, mas um direito, como ensina Paulo Bonavides:

Compreendê-la como direito, e não apenas como lei, ao revés, portanto, do que fazia o positivismo legalista, significa, enfim, desata-la dos laços silogísticos e dedutivistas, que lhe embargavam a normatividade e a confinavam, pelo seu teor *principal*, ao espaço da

¹⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., 2002, p.45.

programaticidade destituída de juridicidade. (destaque do autor)¹⁶.

E mais adiante, acerca dos direitos fundamentais, assevera:

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do homem, no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder¹⁷.

Saliente-se que não se está diante de uma possibilidade do legislador infraconstitucional vir a reconhecer as uniões “homoafetivas” – expressão defendida pela eminente Desembargadora do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias¹⁸, que embora eu, particularmente, entenda de cabimento questionável, merece ressalva pela importância que tem a Berenice Dias na luta por esses e outros direitos sociais – se trata de um direito consagrado no texto constitucional de tal reconhecimento. O Direito de Família já não se interpreta só pelo que estabelece o Código Civil e sim pelo que é contemplado pela Constituição, através do Direito Constitucional da Família, como ensina Luiz Edson Fachin:

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 535.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 1997, p. 539 e 540.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O preconceito & a Justiça**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, *passim*.

Sob o pálio da CF 88, diversos aspectos fundamentais redirecionaram a jurisprudência, a doutrina e a legislação. Por isso, a reavivitação do Direito Civil da Família compreende o Direito Constitucional da Família. Por exemplo, a igualdade como imperativo ético e humano, nela traduzida na forma de princípio jurídico, integram conquistas que não operam no Código Civil de 1916, decorre da principiologia axiológica constitucional e se assenta na “repersonalização” das relações jurídicas, isto é [...] centralização do regime em torno do homem e dos imediatos interesses que faz do Direito Civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples”. (destaques do autor).¹⁹

Valorizando-se, como se deve, a dignidade da pessoa humana, a liberdade da pessoa poder se relacionar com o que melhor lhe convier, a igualdade, a proibição de qualquer tipo de discriminação, inclusive em função da orientação sexual da pessoa e, considerando que tais fatores devem ser utilizados na interpretação da norma Constitucional, haja vista, a necessidade de uma hemenêutica que aponte para a concretude dos direitos fundamentais, como é defendido pela grande maioria dos constitucionalistas contemporâneos e, somando-se a tudo isso o fato de que o *Caput* do artigo 226, da CF, não especifica quais os tipos de entidades familiares que merecem a proteção do Estado; de que a expressão *também*, do parágrafo 4º, do mesmo artigo, é inclusiva, não impondo uma taxatividade, ou seja, não estabelecendo que as entidades expressamente mencionadas no texto constitucional constitui *numerus clausus*; que o parágrafo 8º protege prioritariamente a pessoa e não a família, não havendo nem uma proibição expressa na Constituição, acerca do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, há de se concluir que a natureza jurídica de tais uniões é verdadeiramente de entidade familiar.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**. V. XVIII, Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4.

*A interpretação constitucional deve garantir uma visão unitária e coerente do Estatuto Supremo e de a ordem jurídica, como ressalta Glauco Barreira Magalhães Filho*²⁰.

Embora utilizando a analogia com a união estável, que não me parece ser absoluta, José Carlos Teixeira Gomes afirma:

Na ausência da proibição expressou de previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da “unidade da constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada do texto exige a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois sob o ponto do Direito de Família a norma do § 3º, do artigo 226, da CF/88, não exclui a união estável entre os homossexuais.²¹

Tal entendimento se reforça pelo fato de que diversos outros arranjos, reconhecidamente familiares, não constam expressamente no texto constitucional. Não podemos admitir, por exemplo, que os avós que vivam com seus netos, ou o tio que vive com seus sobrinhos, ou os irmãos que vivem juntos sem a companhia do pai e da mãe, não sejam considerados entidades familiares que mereçam a proteção do Estado, porque não estão expressamente contidas no texto da Constituição.

Portanto, a caracterização da entidade familiar não está mais vinculada a uma especificidade legislativa, e sim, à ocorrência de requisitos de fato que se presentes, identificam tratar-se de família.

Tais requisitos, como ensina Paulo Luiz Netto Lobo²², são: a **AFETIVIDADE**, se caracterizando esta não pelo afeto comumente denominado, mas pelo afeto familiar, *sentimento entre duas ou mais pessoas, que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma*

²⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 79.

²¹ GOMES, José Carlos Teixeira. *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*, **Anais do III Congresso de Direito de Família**. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAm/Síntese, 2001. p.127

²² LOBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., 2002, p.46.

origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuge quanto aos meios e aos fins de sua afeição, o affectus maritalis, como lembra Gustavo Tepedino²³; a **ESTABILIDADE**, ou seja, uma união duradoura, afastando com isso as uniões eventuais ou passageiras; e a **OSTENSIBILIDADE OU PUBLICIDADE**, esta como sendo a demonstração pública de que uma pessoa apresenta-se como integrante do núcleo familiar da outra, afastando as relações clandestinas.

Estando presentes os requisitos acima, o agrupamento se caracteriza como entidade familiar, independentemente da orientação sexual das pessoas envolvidas, e aquilo que a Constituição não discrimina ou limita, não cabe a ninguém fazê-lo, inclusive ao Estado.

Até bem pouco tempo atrás, a influência de supostos “valores morais e religiosos”, interferiam exacerbadamente na norma jurídica, ao ponto de uns se confundirem com os outros, como lembra o Eminentíssimo Professor da Universidade Federal de Pernambuco, Doutor João Maurício Aldeodato:

Para tomar um exemplo no Egito antigo, um ilícito jurídico é ao mesmo tempo uma grande imoralidade e mesmo um pecado contra a estrutura social. Não há essa separação entre o ilícito religioso, o ilícito moral, o ilícito jurídico, o ilícito dos usos sociais, que seriam, para seguir a doutrina tradicional, as grandes ordens normativas mais assemelhadas.²⁴

Precisamos aprender a sermos mais tolerantes com o que não se enquadra na regra geral, ou o que não está próximo do cotidiano, já que possuímos a tendência de repugnarmos o que julgamos diferente, como lembra Eduardo Ramalho Rabenhorst, Professor Doutor da Universidade Federal da Paraíba, quando trata da igualdade tolerância e racismo:

²³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 342.

²⁴ ALDEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 206.

Somos intolerantes com aqueles que falam uma língua diferente, com aqueles que se vestem diferentemente, com aqueles que se alimentam de coisas que julgamos repugnantes, etc. Por isso, a tolerância e o respeito pelo diferente exigem um aprendizado. Não nascemos tolerantes, mas aprendemos a ser.²⁵

Não devemos respeitar as famílias como respeitamos a nossa, devemos é respeitar a nossa família e respeitar a dos outros, da forma com que estas resolvam se estabelecer.

Ao reconhecermos nas uniões homossexuais natureza jurídica de entidades familiares, não estamos fomentando a imoralidade, ao contrário, estamos diminuindo a distância entre a justiça judicial ou processual e a justiça social, sendo esta o objetivo que devemos almejar sempre.

Como afirma Maria Berenice Dias:

Está na hora de o Estado – que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana – deixar de sonegar o timbre jurídico – a juridicidade – a tantos cidadãos que têm direito individual à liberdade, direito social a uma proteção positiva do Estado e, sobretudo, direito humano à felicidade.²⁶

No caso em análise, a autora e a ré mantiveram uma relação de parceria homossexual, com todas características de entidade familiar, possuindo, portanto, esta natureza.

Vale frisar que a caracterização da entidade familiar ocorre pela presença dos requisitos, e não pela manifestação posterior das partes ou de uma delas, ou seja, se presentes os requisitos, houve ou há uma entidade familiar, não sendo aceito que, posteriormente, uma das partes, para fugir as consequência jurídicas da relação, apenas diga que não mantinha uma sociedade afetiva com a outra parte, como pretende a autora.

²⁵ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 93

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Liberdade Sexual e Direitos Humanos**. **Anais do III Congresso de Direito de Família**, coordenador Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte: IBDFam – Del Rey, 2002. p. 88.

Sendo uma entidade familiar, surge uma outra questão acerca da união homossexual, no que concerne a que espécie de entidade familiar se enquadraria.

Há quem defenda tratar-se de uma união estável, já que a definição de união estável como sendo entre homem e mulher se trataria de um ferimento da Constituição pela própria Constituição, utilizando-se, de forma, ao meu ver, equivocada, a tese de Otto Bachof – já que a tese de Bachof não se refere a normas constitucionais inconstitucionais em função de regras da própria Constituição, e sim, de normas inconstitucionais frente a uma constituição natural, jusnaturalista, que estaria acima de quaisquer Constituições, como ensina Luiz Roberto Barroso²⁷. Uma das defensoras desta tese é a Desembargadora Maria Berenice Dias, que em artigo publicado no Site do IBDFAM (www.ibdfam.com.br), sustenta:

A Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência. Mostrando-se uma norma Constitucional contrária a um princípio Constitucional, tal fato configura um conflito, e, assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, como sustenta Otto Bachof, já em 1951. Assim, não se pode deixar de ter por discriminatória a distinção que o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea. Flagrado o confronto, possível é concluir-se igualmente inconstitucional a restrição do art. 1º, da Lei nº 9.278/96, que regulamenta a união estável, podendo e devendo ser aplicada às relações homossexuais.²⁸

Na jurisprudência, temos diversos julgados estabelecendo direitos às uniões homossexuais, como o STJ, que já possibilitou a partilha de bens entre parceiros de uma união homossexual; o TRF da

²⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 37.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, Aspectos Sociais e Jurídicos**, <http://www.ibdfam.com.br>

4ª Região, que determinou a inscrição como dependente em plano de saúde de parceiro homossexual; o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que determinou o pagamento de pensão por morte a parceiro, o que é, inclusive, orientação atual do INSS, através de Instrução Normativa; e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que além de reconhecer ser da competência dos Juízos de Família os julgamentos das questões envolvendo uniões homossexuais, entendeu que as mesmas se caracterizam como união estável, para efeito de disciplinamento das consequências jurídicas.

Particularmente, mantenho entendimento de que a união homossexual é uma entidade familiar específica, não podendo e nem devendo ser enquadrada nesta ou naquela entidade, carecendo de uma regulamentação própria. Porém, como tal regulamentação ainda não existe, há de se utilizar, por analogia, regramentos de outras entidades, inclusive da união estável, já que muitas das consequências jurídicas da relação homossexual envolvem direitos que são auto-aplicáveis e não podem aguardar a legislação específica sob pena de perecimento, havendo de se utilizar outras regras de aplicação, inclusive a analogia.

Portanto, a relação jurídica que existiu entre a autora e a ré, foi comprovadamente uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, que possui, como visto, natureza jurídica de entidade familiar, com consequências, inclusive, no plano patrimonial.

VI. ANÁLISE DO OBJETO DO PEDIDO

Não posso, por consequência do que se encontra nos autos e do que foi aqui analisado, aceitar os argumentos da autora, que busca negar a existência da relação de parceria homossexual que manteve durante 09 (nove) anos com a ré, para esquivar-se das consequências jurídicas da relação com possível prejuízo patrimonial desta.

Embora não comumgue com o entendimento de que a união homossexual é instituto idêntico à união estável, no caso do patrimônio constituído durante a convivência, há de aplicar, por analogia, a regra aplicável à união estável, onde se prevê que inexistindo contrato prévio, há de se aplicar as regras da comunhão parcial, em função do esforço comum presumido, já que não há regramento próprio para as uniões homossexuais e estas não podem mais ser encaradas como meras sociedades civis, aplicando-se a

súmula 380 do STF, por possuir, como concluiu-se, natureza jurídica de entidade familiar.

Por outro lado, também não posso transformar a presente ação numa demanda que visa disciplinar as consequências jurídicas da relação entre a autora e a ré, já que na presente se pleiteia à restituição do imóvel que a autora diz ser dela, cumulando o pedido de indenização, não se podendo mudar o objeto do pedido na sentença, concedendo-se o que não foi requerido, sob pena de nulidade, devendo ser seguido o princípio da congruência, a que se refere Misael Montenegro Filho:

A sentença judicial se encontra atrelada à observância do *princípio da congruência*, também denominado pela doutrina *princípio da correlação*, da *simetria* etc. Significa dizer que o juiz, no momento em que profere a sentença judicial, apenas pode conferir à parte a totalidade ou a parcialidade (no caso de procedência parcial) do bem da vida disputado em juízo.²⁹

Portanto, a ação merece improcedência já que a autora busca a restituição de um imóvel que também pertence a ré, já que foi construído durante uma relação de parceria homossexual, com contribuição de ambas, quer de forma direta ou presumida, através do companheirismo e da assistência mútua.

VI. DISPOSITIVO DA SENTENÇA

Por tudo quanto foi exposto e devidamente comprovado, **JULGO IMPROCEDENTE A AÇÃO**, com fundamento nos artigos 3º, IV, 5º e 226, da Constituição Federal, combinado com o artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Embora tenha sido ajuizada originariamente no Juizado Especial, onde não existe a cobrança de custas e honorários, como a ação passou para a Justiça comum, condeno a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios do advogado da parte ré, que, considerando o trabalho dispendido, arbitro em 10%

²⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2005, p. 580.

(dez por cento) do valor atribuído à causa, devidamente corrigido do ajuizamento até o efetivo pagamento.

P.R.I.

Maceió-AL, XXXXXXXXXXXXX

CONCLUSÃO

Como se pôde observar, a sentença tratou de uma situação concreta extremamente relevante nas novas discussões que têm surgido no Direito de Família, a partir da Constituição de 1988.

Com a previsão de outras formas de entidades familiares que não a formada pelo matrimônio, surgiu a perspectiva constitucional de se abrigar dentro da proteção do Estado, prevista no texto da Lei Maior, diversas outras entidades, até então à margem do Direito, dentre as quais, as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Costumava-se, até bem pouco tempo, estabelecer a questão das uniões homossexuais como uma discussão de antagonismos “moral” e religioso, vendo-se, de um lado, os homossexuais buscando seus espaços, e do outro, uma forte resistência da igreja e de uma significativa parcela conservadora da sociedade, sustentando a contrariedade de tais relações aos preceitos tidos como morais e religiosos.

A discussão moral e religiosa acerca do assunto, ainda existe, até porque, inafastável dentro de uma sociedade extremamente complexa como a nossa. Porém, a controvérsia ultrapassou esses aspectos, ganhando contornos jurídicos e sociais.

Já não se pode mais tratar uniões alicerçadas em amor, afeto, companheirismo e assistência mútua, no plano meramente moral, já que a nossa constituição ao não proibir expressamente o reconhecimento e a proteção de diversas outras entidades familiares que não as expressamente previstas no texto constitucional, e como está alicerçada na dignidade da pessoa humana, esta vinculada à igualdade, a liberdade e a proibição de qualquer forma de discriminação, inclusive acerca da orientação sexual da pessoa, deu contornos sociais (proteção do Estado) e jurídicos (reconhecimento

judicial e disciplinamento de consequências jurídicas) às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo.

Não se pode, por outro lado, se limitar a reconhecer a natureza jurídica de entidade familiar, das uniões homossexuais, sem enfrentar as consequências jurídicas dessa caracterização.

Tenho convicção de que o que retarda o reconhecimento legal das uniões homossexuais, não é o reconhecimento por si só, e sim, o disciplinamento que se dará para tais relações.

Se as uniões estáveis sofreram na clandestinidade jurídica, durante muitos e muitos anos, em função da perspectiva que se temia de que elas se equiparassem ao casamento, imaginem a pressão que não sofrerá as uniões homossexuais para que não se sejam equiparadas às uniões entre heterossexuais.

Porém, tratando-se, como visto na sentença, de direitos fundamentais e da necessidade de se garantir a dignidade das pessoas envolvidas, através do respeito à liberdade e à igualdade, não pode o judiciário aguardar passivo a construção de uma legislação infraconstitucional, que regule tais uniões.

A norma, já não vista como mero texto jurídico, como lembra Humberto Ávila³⁰, mas como o produto da aplicação do direito (com base em texto existente ou não) no caso concreto, deve ser criada pelo próprio julgador para garantir a efetivação dos direitos acima referidos, utilizando-se para tanto, os conhecidos mecanismos para a aplicação do Direito.

Em outras palavras, enquanto o Congresso Nacional não toma a iniciativa de discutir, debater e enfrentar as questões jurídicas e sociais que envolvem as uniões homossexuais, com o necessário disciplinamento que a matéria requer, caberá ao Judiciário, como coube em tantos outros assuntos, promover tais regramentos nas hipóteses que lhe chegam para apreciação.

A situação é um pouco mais complexa do que se pensa, já que, reconhecer a união homossexual como entidade familiar e entender que não gera efeitos por falta de regulamentação, não resolve a questão e talvez seja mais decepcionante do que o não

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 88.

reconhecimento. Aplicar imediata e absolutamente o regramento de uma entidade familiar já prevista na legislação infraconstitucional, apesar de parecer razoável, cria precedentes complicados com outras entidades, já que, o concubinato, por exemplo, é também reconhecido como entidade familiar e dar ao mesmo tratamento idêntico ao dado a união estável, estaria quebrando o princípio da monogamia, base do Direito de Família brasileiro, como Lembra Rodrigo da Cunha Pereira³¹.

Surge a dificuldade, como se verifica na sentença prolatada, de enfrentar o caso concreto sem um regramento prévio a se apegar, o que exige do aplicador, além de não se deixar contaminar com padrões supostamente morais, enraizados na sociedade, utilizar-se comedidamente da analogia, de modo a ficar bem claro que a necessidade do regramento legal pelo órgão competente, o Congresso Nacional, ainda se torna imperioso, sendo as decisões aplicações inadiáveis de direitos auto aplicáveis, em função da desídia do legislador.

Não se pretende tornar cristalina e indiscutível a controvertida matéria enfrentada. Muito pelo contrário. Pretende-se que o presente texto seja mais um elemento despertador da necessária discussão acerca do tema, para que se possa avançar no aprimoramento do entendimento, com a plena consciência de que a solução urge, e que a realidade social não espera.

O caso julgado é apenas uma entre as diversas controvérsias existentes entre os parceiros homossexuais, que ainda se amedrontam em discutir suas questões no judiciário, muitas vezes arcando com sérios problemas patrimoniais e sociais, em função da discriminação que temem sofrer, principalmente no nordeste brasileiro, onde a visão machista e a intolerância contra os diferentes ainda predominam com bastante evidência.

Por tais motivos, se faz necessário e urgente que os aplicadores do direito mostrem seu entendimento, promova suas discussões, gere as controvérsias necessárias, para que se possa, definitivamente, disciplinar questão já tão relevante na nossa sociedade.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato & União Estável**, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 79.

