



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Volume 19 - Número 2

2º semestre - 2021



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2,
p. 1-260, 2º sem. 2021

A REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é um periódico científico publicado pelo Departamento de Publicações e Pesquisas da EMERJ que visa construir uma relação do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça.

A REVISTA acompanha o cenário do Direito no Brasil e no mundo, a partir de uma interface com disciplinas afins, com o propósito de intensificar um novo paradigma: de que o Direito só cumprirá seu desiderato na medida em que seus aplicadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

Editora Chefe:

Dra. Cristina Tereza Gaulia

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora da Assessoria Acadêmica de Pesquisa e Publicação: Ma. Ana Cristina
Willemann Flores

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodre da Silva

Produção Gráfico-Editorial:

Diretor da Divisão de Design Gráfico: Ébano Machel do Rosário Assis

Projeto Gráfico - Capa: Jaqueline Diniz

Diagramação: Rafaelle Neves

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei e Clara Bastos

Direito em Movimento. – v. 1, 2003. Rio de Janeiro : EMERJ, 2003-.

Semestral

ISSN 2179-8176 (versão impressa)
ISSN 2236-711X (versão em CD-ROM)
ISSN 2238-7110 (versão online)

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura.

CDD 340.05
CDU 34(05)



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - PJRJ

Presidente

Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

1º Vice-Presidente

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

2º Vice-Presidente

Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio

3º Vice-Presidente

Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Diretora-Geral

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

Conselho Consultivo

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo
(Vice-Presidente)

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira
(Diretor Adjunto Administrativo)

Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira

Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto

Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO:

EDITORA CHEFE

Dra. Cristina Tereza Gaulia, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, EMERJ, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Msc. Antonio Saldanha Palheiro, Brasília, Brasil.

Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Dra. Maria Thereza Assis Moura, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

Dra. Amélia Soares da Rocha, Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Brasil.

Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil.

Dr. Carlos Aurélio Esplugues Mota, Universitat de València, Espanha.

Dr. Cléssio Moura de Souza, Friedrich Alexander Universität Erlangen - Nürnberg, FAU, Alemanha.

Dr. Diógenes Faria de Carvalho, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil.

Dr. Edoardo Fittipaldi, Università degli Studi di Milano, Lombardia, Itália.

Dr. Eduardo Ribeiro Moreira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil.

Dr. Erick Cavalcanti Linhares Lima, Universidade Estadual de Roraima, UERR, Brasil.

Dr. Francesco Bilancia, Università degli Studi G. D'Annunzio Chieti, Pescara, Itália.

Dra. Gizlene Neder, Universidade Federal Fluminense, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Dr. Jefferson de Almeida Pinto, Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, IFSEMG, Brasil.

Dr. José Carlos Kraemer Bortoloti, Faculdade Meridional, IMED, Rio Grande do Sul, Brasil.

Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Brasil.

Dr. Ney de Barros Bello Filho, Universidade Federal do Maranhão UFMA, Brasil.

Dr. Ricardo Bormann, Universität Bremen, Alemanha.

PARECERISTAS QUE COLABORARAM NESTE VOLUME

Profa. Dra. Hadassah Laís de Sousa Santana, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasil.

Prof. Dr. Hector Luiz Martins Figueira, Centro Universitário de Valença, UNIFAA, Brasil.

Prof. Dr. Jéffson Menezes de Sousa, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

Prof. Dr. Jorge Luis da Silveira, Escola de Administração Judiciária, ESAJ, Brasil.

Prof. Dr. Luis Felipe Lopes, Universidade de Brasília, UnB, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima, Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil.

Prof. Dra. Maria Helena Barros de Oliveira, Fundação Oswaldo Cruz, FIOCRUZ, Brasil.

Prof. Dr. Ronaldo Alves Marinho da Silva, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

Prof. Dra. Tanise Zago Thomasi, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível

APRESENTAÇÃO	9
ARTIGOS	13
AS CONTRARIEDADES HISTÓRICAS E CONTEMPORÂNEAS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE <i>Adriano Fernandes Ferreira</i> <i>Roberto Junior Duarte Leal</i> <i>Eduardo Jorge Passos Saraiva Leão</i>	15
O HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS: VÍCIO OU VIRTUDE? <i>Arthur Maximus Monteiro</i>	42
A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS ESTABELECIDA PELO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA PERSPECTIVA COMPARADA <i>Cesar Felipe Cury</i> <i>Larissa Clare Pochmann da Silva</i> <i>Nilton Cesar da Silva Flores</i>	71
A TEORIA DO AGENTE PRINCIPAL E A RELAÇÃO ENTRE O JUIZ E SEUS ASSISTENTES NO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO <i>Fabio Nunes de Martino</i>	100

O MICROSSISTEMA DE JUSTIÇA DIGITAL INSTITUÍDO PELAS
RESOLUÇÕES CNJ N.º 335/2020, 345/2020, 354/2020,
372/2021, 385/2021 E 398/2021.

Fábio Ribeiro Porto.....130

A DIGNIDADE NA FINITUDE DA VIDA HUMANA:
ORTOTANÁSIA E OS CUIDADOS PALIATIVOS

Gilberto Fachetti Silvestre

Thayná Souza Duarte

Raquel Veggi Moreira

Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral.....153

O MEIO AMBIENTE COMO ELEMENTO PARA A
CONCEPÇÃO DE CIDADES SUSTENTÁVEIS

Gustavo Vieira Silva.....183

ANÁLISE DA TÉCNICA DAS QUEIMADAS CONTROLADAS
ENQUANTO FENÔMENO CULTURAL NOS CAMPOS DE
CIMA DA SERRA, COMO FORMA DE EVITAR OS DESASTRES
AMBIENTAIS NA REGIÃO

Mariângela Guerreiro Milhoranza

José Tadeu Neves Xavier.....211

CANAÃ - UMA REFLEXÃO SOBRE A OCUPAÇÃO DO
TERRITÓRIO CAPIXABA: POSSE E PROPRIEDADE

Leticia Zeferino de Oliveira

Milena Dalla Bernardina.....237

APRESENTAÇÃO

A Revista Direito em Movimento, no volume 2021.2, tem a honra de apresentar diversos artigos científicos escritos por doutores brasileiros, com importantes reflexões de matriz interdisciplinar.

Os anos de 2020 e 2021 serão lembrados como anos desafiadores e surpreendentes, pelas décadas que virão, em face de uma pandemia de proporções globais que realinhou as formas de ver o mundo, bem como de compreender e pensar o nosso entorno, a vida e o próprio Direito.

O Poder Judiciário foi sobremodo atingido, estando os magistrados hoje no centro das discussões jurídico-sócio-políticas. Qual o novo papel dos juízes? De que maneira a tecnologia da informação aproxima ou afasta os juízes da realidade social? Como a academia pode (ou deve!) auxiliar na construção de uma nova dinâmica jurisprudencial que permita maior interação do Direito com as Ciências Sociais? Todas essas são questões que somente um Direito em movimento pode ajudar a elaborar criticamente, ao buscar soluções progressistas a partir de modelos transformadores para os novos desafios e para as questões que lhe são apresentadas.

Nesse caminhar, “todos os homens têm direito à satisfação de suas necessidades e ao usufruto de todos os bens da natureza, e a sociedade deve consolidar esta igualdade”. (ARANHA & PIRES 2003, p. 260). A frase, dita pelo jornalista francês François Noël Babeuf, traduz a essência da pesquisa científica e da atuação do Poder Judiciário, na complexa contemporaneidade social em que estamos imersos. A Revista traz nove artigos inéditos e de temas tão distintos como a realidade do século XXI, e que ilustram um cenário de estudo e reflexões sobre as angustiantes questões sóciojurídicas do mundo globalizado e pandemizado.

Inaugurando essa edição, apresentamos um trabalho que realiza um percurso analítico-histórico imprescindível para os dias de hoje: “*As contradições históricas e contemporâneas da participação popular na defesa do meio*”

ambiente". O artigo é fruto da análise conjunta feita pelo Dr. Adriano Ferreira e por seus orientandos, Roberto Júnior Duarte Leal e Eduardo Jorge Passos Saraiva Leão, dos instrumentos normativos criados, no plano interno e internacional, que possibilitam, concretamente, a participação popular em defesa do meio ambiente, sensibilizando os leitores para a importância de sairmos do imobilismo, no que toca a defesa intransigente da qualidade e proteção ambiental do mundo em que vivemos.

Sobre a essencial temática dos remédios constitucionais, o Dr. Arthur Maximus Monteiro, refere no artigo "*O habeas corpus como instrumento de controle de constitucionalidade das leis penais: vício ou virtude?*", que o STF tem dado interpretação por demais elástica a um *writ* destinado especificamente às hipóteses de obstacularização ao direito fundamental de locomoção, perquirindo se os modelos alienígenas que lhe servem de padrão seriam os próprios e adequados. Crítica acadêmica de profunda cientificidade.

No *paper* "*A vinculação aos precedentes judiciais estabelecida pelo artigo 927 do código de processo civil: uma perspectiva comparada*", o magistrado e mestre em Direito, Cesar Felipe Cury, em conjunto com os doutores Larissa Clare Pochmann da Silva e Nilton Cesar da Silva Flores, analisam o caráter vinculante dos precedentes judiciais no Brasil e no cenário estrangeiro, ressaltando a eficácia inaugurada pelo art. 927 do CPC/2015, ao aperfeiçoar o direito jurisprudencial, ensejando uma maior isonomia das decisões judiciais.

O Ms. Fabio Nunes de Martino apresenta, em seu artigo intitulado "*A teoria do agente principal e a relação entre o juiz e seus assistentes no sistema judicial brasileiro*", uma abordagem instigante sobre as vicissitudes da relação que envolve o excesso de demandas judiciais no Poder Judiciário brasileiro e a contratação de assistentes judiciais para atuarem em auxílio aos juízes em importantes funções do processo de tomada de decisões, uma das modernas estratégias do Judiciário para dar vazão à carga de trabalho.

Por outro lado, a tecnologia da informação invadiu inexoravelmente o Judiciário, sepultando de vez a era analógica e rompendo definitivamente o paradigma artesanal no mundo do serviço judiciário, o que foi acirrado

pela pandemia, passando tal Poder da República a viver uma exponencial e significativa revolução do ciberespaço. Por tais razões, no campo do direito digital, o juiz de direito, auxiliar da Presidência do CNJ, Fábio Ribeiro Porto, nos traz, em seu texto, reflexões sobre o microsistema de justiça digital instituído por várias resoluções do Conselho Nacional de Justiça, apontando modificações que revolucionam a sociedade e o Poder Judiciário, e concretizam a “quarta revolução industrial”.

Já o artigo denominado “*A dignidade na finitude da vida humana: ortotanásia e os cuidados paliativos*”, escrito pelo Dr. Gilberto Fachetti Silvestre, com a colaboração das Dras. Raquel Veggi Moreira e Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral e da bacharela em Direito Thayná Souza Duarte, explora uma perspectiva importante do direito brasileiro denominada Bioética, conceituando e contextualizando novos parâmetros da biomedicina, no que tange os pacientes com enfermidades terminais para os quais a medicina curativa é inútil.

A proteção ambiental volta a ser contemplada no artigo do professor e mestre Gustavo Vieira Silva, denominado “*O meio ambiente como elemento para a concepção de cidades sustentáveis*”, em que o articulista explora a ideia do saneamento ambiental como necessidade principal para a garantia do direito a cidades sustentáveis, sublinhando a natureza do direito fundamental de toda a coletividade ao meio ambiente sadio.

Neste sentido também, a Dra. Mariângela Guerreiro Milhoranza, em conjunto com o Doutor José Tadeu Neves Xavier, refletem sobre a “*Análise da técnica das queimadas controladas, enquanto fenômeno cultural nos Campos de Cima da Serra, como forma de evitar os desastres ambientais na região*”, um trabalho inédito e seminal sobre o tema da tradição das queimadas controladas, apontando em conclusão, que a técnica proporciona benefícios ao ecossistema da região e evita desastres ambientais.

Por último, mas não menos importante, as autoras Ms. Letícia Zeferino de Oliveira e Dra. Milena Dalla Bernardina, estabelecem refinada análise sobre os institutos do direito civil, posse e propriedade, no artigo denominado “*CANAÃ – uma reflexão sobre a ocupação do território capixaba:*

posse e propriedade”. A articulação com a obra literária, escrita por Graça Aranha no início do século XX, de cunho realista e naturalista, busca relacionar questões culturais próprias da imigração europeia na região e da ocupação territorial capixaba com as dificuldades de acesso ao direito de propriedade. Texto de caráter inovador.

Agradecemos aos autores que colaboraram com essa edição, pela qualidade e pela confiança na publicação em nosso periódico, bem como a todos os avaliadores que contribuíram com a leitura e aprovação dos artigos, e continuamos lutando para que o Direito do século XXI não mais seja estático, mas sim esteja em constante movimento.

Referência

ARANHA & PIRES, Maria Lucia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires. “*Filosofando: introdução à filosofia*” - 3ª ed. revista. São Paulo: Moderna, 2003.

Dra. Cristina Tereza Gaulia

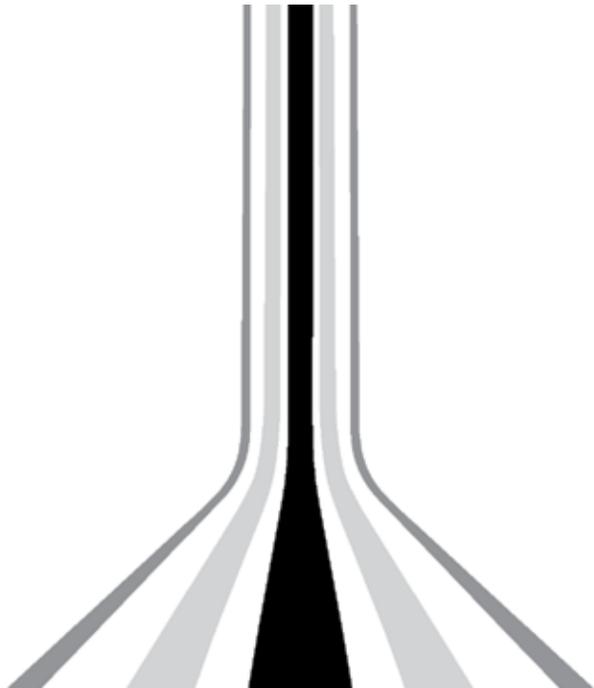
Coordenadora Editorial da Revista Direito em Movimento

Dr. Hector Luiz Martins Figueira

Assessor acadêmico da Revista Direito em Movimento



ARTIGOS



AS CONTRARIEDADES HISTÓRICAS E CONTEMPORÂNEAS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Adriano Fernandes Ferreira

Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla - La Mancha, na Espanha; Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha; Professor Adjunto IV da Universidade Federal do Amazonas - UFAM; Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFAM; Coordenador da Pós-Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM.

Roberto Junior Duarte Leal

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

Eduardo Jorge Passos Saraiva Leão

Graduado em Administração pela Universidade do Estado do Amazonas. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

Submetido em: 30/07/2021

Aprovado em: 26/08/2020 e 03/09/2021

RESUMO: O presente trabalho se propõe a analisar os instrumentos normativos criados no plano internacional e interno que possibilitam a participação popular na defesa do meio ambiente. O estudo foi desenvolvido com metodologia dedutiva e técnica de pesquisa bibliográfica e documental, baseada em livros, doutrina, trabalhos acadêmicos e sítios da rede de computadores relacionados ao tema. No presente artigo, na sua concepção, foi trabalhada a retrospectiva histórica e social do problema estudado, possibilitando um entendimento progressivo e global. Após o mapeamento, foi detectado

que as possibilidades concretas para uma maior participação popular na gestão ambiental em qualquer nível dependem de um arranjo social, econômico, jurídico e político entre todas as classes e grupos componentes de uma sociedade. Diante dessa questão, o artigo tem como foco ressaltar os mecanismos legais que possibilitem a interação popular com o meio ambiente, divulgando e conscientizando o leitor sobre a sua seriedade. Por fim, buscou-se propor soluções que melhorem a dinâmica entre os agentes sociais na formação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

PALAVRA-CHAVE: Analisar, retrospectiva, participação, arranjo, meio ambiente.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the normative instruments created at the international and internal levels that enable popular participation in defense of the environment. The study was developed with deductive methodology and technique of bibliographic and documentary research, based on books, doctrine, academic works and websites on the subject. In the present article, in its conception, it worked with historical and social retrospective of the studied problem, enabling a progressive and global understanding. After the mapping, it was detected that the concrete possibilities for greater popular participation in environmental management at any level depend on a social, economic, legal and political arrangement between all classes and component groups of a society. Considering this issue, the article focuses on highlighting the legal mechanisms that can enable popular interaction with the environment, disseminating and raising awareness of the reader about its seriousness. Finally, it was sought to propose solutions that improve the dynamics among social agents in the formation of an ecologically balanced environment.

KEYWORDS: Analyze, retrospective, participation, arrangement, environment.

INTRODUÇÃO

A democracia, sintetizada na célebre fórmula atribuída a Abraham Lincoln, do “governo do povo, pelo povo e para o povo”, tem entre os seus elementos essenciais a participação, amparada pelo princípio da supremacia da vontade popular. O princípio do Estado Democrático de Direito é acolhido pela Constituição Federal no seu artigo 1º, que, em seu parágrafo único, dispõe emanar do povo todo poder exercido diretamente ou por meio de representantes eleitos.

Dentro desse contexto, a Carta Magna de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a utilizar o termo “meio ambiente”, sendo considerada uma inovação na matéria ambiental, visto que incluiu um capítulo sobre o tema. Interessante verificar que a participação popular e a proteção do meio ambiente são, na atualidade, temas indissociáveis. As decisões que interferem na qualidade de vida e no meio ambiente dizem respeito ao patrimônio comum, e a esse título não é concebível excluir o público das escolhas suscetíveis de afetá-lo. Por essa razão, não se pode pensar na preservação, conservação e gestão da qualidade ambiental fora de um regime de democracia participativa, em que se garanta às pessoas em geral – individualmente, reunidas em grupos ou representadas por entes habilitados – a possibilidade de tomar parte nas instâncias de decisão relacionadas à matéria e de exercer o controle sobre as atividades e omissões públicas e privadas potencial ou efetivamente lesivas.

A participação popular em matéria ambiental significa a integração da comunidade nos processos de definição, implantação e execução de políticas públicas ambientais, bem como nos demais processos decisórios públicos relacionados ao tema e no controle das ações e omissões públicas e privadas que repercutem sobre a qualidade do meio ambiente. Tais elementos servem de motivo suficiente para a busca de uma reflexão mais detida sobre o assunto, o que, na verdade, busca-se fazer, ainda que de forma bastante breve, nos capítulos da presente pesquisa.

A análise é feita com base em normas internacionais e nacionais que servem de fundamento para inclusão da sociedade na participação dos pro-

cessos de criação do Direito Ambiental, nos órgãos colegiados dotados de poderes normativos, pela formulação e execução de políticas ambientais, em audiências públicas e por intermédio do Judiciário, por meio de proposição de ações adequadas. O estudo sobre a participação popular e a defesa do meio ambiente se deu inicialmente por meio da coleta de bibliografia referente ao tema, complementada por artigos e dados encontrados na internet, além de pesquisa jurisprudencial.

Estudado o tema frente ao que já foi escrito pela doutrina, houve a delimitação do que se destacou sobre o princípio da participação popular em diferentes instrumentos. No caso, houve a necessidade de contextualizar o paradigma da participação popular, partindo inicialmente para a Grécia Antiga, período em que surgiram as primeiras estruturas do que viria a ser a democracia moderna, ressaltando a necessidade básica da participação popular, no histórico do direito ao meio ambiente, isso se tornou um princípio fundamental. Mostrou-se necessário demonstrar a situação do Direito Ambiental por meio de seu histórico no plano internacional e interno, assim como a influência de tratados e convenções internacionais, dando principal ênfase inicial ao princípio da democracia participativa. Destacam-se entre dispositivos internacionais a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, e a Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo, de 1972. Destaca-se então, a relação entre Direito Ambiental, direitos humanos, direitos fundamentais constitucionais e o princípio do Estado Democrático de Direito.

A análise no plano interno se fundamenta num encadeamento histórico das iniciativas tanto da sociedade civil quanto do Estado em demonstrar a evolução da legislação e das normas infraconstitucionais, a partir da década de 1980, com a criação de diferentes meios que preveem a participação popular em matéria ambiental, como a criação de órgãos, instituições, estatutos e leis que democratizaram o acesso à luta por uma gestão mais inteligente do meio ambiente diante do progresso econômico e social, objetivando deixar evidentes os mecanismos concretos e reais que a população tem ao seu dispor para ter uma posição mais ativa na gestão ambiental.

1. RETROCESSO HISTÓRICO DA DEMOCRACIA

A democracia, como regime de governo, é derivada de uma produção cultural, jurídica, econômica e social de um povo. O seu desenvolvimento não é provocado por apenas um indivíduo, mas por toda uma coletividade no decorrer da história daquela sociedade. Naturalmente, a definição de democracia possui elementos próprios de uma determinada cultura, assumindo, pois, características locais, que a vinculam ao povo atuante nessa construção, fazendo ser única em cada país (SAITER, 2005). Na Grécia Antiga, conhecida por ter desenvolvido as bases da democracia moderna, ao longo de sua história, a sociedade ateniense sofreu uma série de transformações, ocorrendo em concurso com a economia, política e cultura da época. Nos seus primórdios, até meados do século VII a.C., Atenas era controlada pelos eupátridas, senhores que detinham a maioria das terras férteis.

O processo de transformação social foi ocorrendo gradativamente em Atenas, com contribuições importantes de governantes como Sólon, Clístenes, Efialtes e Péricles. Com ações desses governantes, a democracia ateniense sofreu uma série de reformas político-administrativas que, futuramente, seriam usadas como base para os Estados nacionais europeus.

Evidentemente, toda mudança social sempre sofrerá resistência daqueles que detêm poder e privilégios, no entanto, havia naquela época uma classe mercantil conhecida como os demiurgos. Na medida em que enriqueciam, em virtude da grande expansão comercial vivida por Atenas no século VII, os demiurgos desenvolveram uma consciência de classe, analisando que já existia naquela altura uma equiparação de poder econômico com o que detinham os eupátridas, o que em teoria permitiria a participação política ao mesmo nível que estes, tradicionalmente poderosos. Naturalmente, a cobrança por maior participação nos processos decisórios da vida política ateniense haveria de ocorrer. Junto com os demiurgos, os pequenos proprietários de terras, artesãos e comerciantes também exigiam a distribuição do poder político. Portanto, as lutas entre as classes sociais, a instabilidade, o crescimento das cidades-estados gregas e o desenvolvimento do comércio

fizeram com que os eupátridas se vissem coagidos a reformular as velhas instituições políticas de Atenas (FRIZZERA; LEMOS, 2014).

Um importante passo, considerado um dos primeiros, ocorreu no século VII a.C, com Drácon, um nobre ateniense de origem aristocrática, que elaborou as primeiras leis escritas pelo governo – inovador, pois substituiu as tradicionais leis orais, que eram usadas como uma ferramenta de poder dos eupátridas. As suas leis sofreram duras críticas por sua crueldade e por manter velhos privilégios dos eupátridas.

Com o tempo, já a partir de 594 a.C, com Sólon, foram instituídas grandes reformas em Atenas, como a divisão da população por meio do poderio econômico de cada indivíduo, eliminação da escravidão por dívida e institutos mais notórios, como a criação de um Conselho privativo para os cidadãos encarregados de deliberar sobre os assuntos da cidade e de uma assembleia para aprovar as medidas desse Conselho, além de um Tribunal aberto a todos os atenienses. Evidente que essas reformas sociojurídicas que ampliaram a participação popular levariam a uma usurpação do poder por parte da elite local.

A maturação da democracia grega começou a ocorrer, em um primeiro momento, com Clístenes, o “Pai da Democracia”, no século VI a.C, depois de uma revolta popular. No seu governo, foi dada maior participação para a população por meio de uma divisão tribal, com cada tribo tendo um líder no governo central. Também houve o aumento de membros no Conselho deliberativo, conhecido como Bulé. Em um segundo momento, a democracia grega chegava no seu auge com Péricles. Nessa época, Atenas vivia o seu auge no âmbito econômico, militar e cultural. Esse ambiente cosmopolita naturalmente ajudou a permitir a entrada na participação política de parcelas antes excluídas, ampliando a democracia através da instituição da chamada mistoforia, que inovou com a remuneração para cargos políticos e possibilitou que sujeitos que antes não podiam se dedicar à política, por se dedicarem inteiramente ao trabalho para o sustento, pudessem dividir seu tempo entre aspectos políticos e privados (FRIZZERA; LEMOS, 2014).

Diante do exposto, podemos compreender como Atenas teve papel crucial para a formação da democracia, visualizando que esse regime, realisticamente, foi construído ao longo dos tempos como um produto da formação cultural, política, jurídica e econômica daquela civilização e que se expandiu para o mundo.

2. DEMOCRACIA MODERNA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR

De maneira ampla, podemos classificar a forma pela qual o povo participa do poder em dois tipos clássicos: a direta e a indireta ou representativa. Conceitua Maria Helena Diniz (1998, p. 53) que democracia direta é “aquela em que os membros da coletividade deliberam diretamente sobre todos os assuntos politicamente importantes, sem qualquer intermediação de representantes, como ocorre em alguns cantões da Suíça e ocorria na Grécia.” Diante do atual contexto social, político, econômico e jurídico, não há como exercer na plenitude a democracia direta, pois os problemas dos Estados são muitos complexos e, na maioria dos casos, envolvem conhecimentos de toda sorte, que não estão ao alcance do cidadão comum. Sem mencionar outros empecilhos, já que as grandes massas não têm condições de reunir-se fisicamente e, caso isso ocorresse, haveria uma enorme dificuldade de ponderar todas as discussões acerca de determinada decisão. No caso do Brasil, ainda tem as questões da colonização ibérica, que deixou algumas heranças na formação da psicologia social nacional, como a figura do homem cordial, expondo o problema nacional de resguardar a coisa pública, para o povo, em detrimento da satisfação particular ou de um setor econômico específico¹.

Por isso, foram criados outros meios para a participação popular na condução da vida social. Conceitua Diniz (1998, p. 53) que a democracia indireta, também denominada representativa, é “aquela em que o povo delega o poder de governar a seus representantes, eleitos por voto direto e universal. Trata-se da democracia participativa”.

¹ Sobre O homem cordial, ver também em Holanda (2014, p.167-182).

Na democracia representativa, há um conjunto de instituições que, reconhecendo os direitos políticos que qualificam a cidadania, disciplinam a participação popular no processo político: as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos e outros. Assim, a participação popular ocorre de maneira indireta, periodicamente e disciplinada por técnicas de escolha dos representantes do povo.

Outra concepção interessante repousa na ideia de que a democracia, além de um processo de convivência e de historicidade, não é um mero conceito político abstrato e imutável, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

Tudo se cristaliza pelo conceito dado pelo notório José Afonso da Silva (2020, p.128): “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”, mostrando como característica principal a participação da sociedade civil na vida pública, mesmo que indiretamente.

O ideal democrático, porém, não se resume à questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Realmente, nas democracias de partidos e sufrágio universal, as eleições tendem a ultrapassar a função designatória, para se transformarem em instrumentos por meio do qual o povo aprova a política governamental e confere seu consentimento e legitimidade às autoridades governamentais.

A eleição concede ao eleito um mandato político representativo no qual se consubstanciam os princípios da representação e da autoridade. Com esse mandato, alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa.

A efetiva participação do cidadão faz com que certas formas da democracia direta estejam experimentando um ressurgir nos tempos modernos. O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo, ou seja, aquela que não se opera por meio de mandatários.

As primeiras manifestações de democracia participativa consistem no aparecimento da democracia semidireta, na qual se combinam instituições de participação direta com outras indiretas, como ocorre, por exemplo, com a iniciativa popular, referendo e plebiscito.

A participação do cidadão no universo político e administrativo exige como pressuposto a existência de um Estado de Direito e o respeito aos seus direitos fundamentais, entre eles igualdade e liberdade. Igualdade de condições de participação que deve ser assegurada a cada cidadão, assim como a liberdade de associação, comunicação e manifestação do pensamento, sem os quais a participação popular não será verdadeira.

A democracia participativa consiste em nova forma de entender o sistema democrático, no qual a participação na gestão da Administração Pública e nos espaços públicos institucionais é vital. Assim, impõe-se a abertura de canais à participação popular, com adoção de instrumentos de acesso do povo ao poder, como forma de legitimar as decisões públicas².

Um grande avanço na questão da participação popular direta está ligado à Constituição Federal de 1988, com o surgimento da Ação Civil Pública e Ação Popular Ambiental, que, nas palavras de Romeu Thomé (2016, p.118), são “[...] duas ações constitucionais imprescindíveis para a efetivação do meio ambiente como interesse transindividual.”

3. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO ENFRENTAMENTO DOS PROBLEMAS AMBIENTAIS NO PLANO INTERNACIONAL.

Com o passar do tempo, as preocupações ambientais vêm crescendo expressivamente, devido, por exemplo, aos agravos do aquecimento global. Diante desse cenário, os direitos ambientais e sociais são conquistas rela-

² Os direitos de “primeira geração” são aqueles que garantem a liberdade e as franquias democráticas básicas, ambas entendidas em termos liberais; os de “segunda geração” são os que garantem a igualdade, são os chamados “direitos sociais”, que surgem com o advento do “estado social”; os de “terceira geração” são aqueles centrados na fraternidade e na solidariedade, são os “direitos difusos” de toda comunidade, como é o caso especial do meio ambiente. Paulo Bonavides (1997, p. 517) vislumbra também uma “quarta geração”, decorrente do advento contemporâneo da “democracia participativa”. A “quarta geração” de direitos fundamentais seria aquela que concebe a democracia não só a partir do direito de eleger representantes, mas também do direito de participar diretamente do processo de tomada de decisões públicas.

tivamente recentes, com uma resposta a esse cenário mundial, e têm como característica serem difusos, coletivos e de natureza que ultrapassa a de qualquer indivíduo, alcançando a coletividade e o necessário interesse público. Esse interesse pode ser visto numa iniciativa do Governo do Equador com alguns movimentos sociais. Conhecida como a Iniciativa Yasuní, ela é explicada com maestria pelos doutores Bruno Milanez e Rodrigo Salles Pereira dos Santos:

A Iniciativa Yasuní-ITT corresponde a um projeto apresentado pelo governo do Equador à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2007, que consistia na opção de não explorar as reservas de petróleo correspondentes aos campos Ishpingo-Tiuputini-Tambococha (ITT), no Parque Nacional de Yasuní (PNY), em troca de compensação econômica justificada pela não emissão de Gases de Efeito Estufa (GEE), preservação da biodiversidade e proteção aos direitos de povos indígenas. Suas origens remontam à proposta de uma moratória local, apresentada por organizações como a *Nacionalidad Waorani del Ecuador* (NAWE) e a *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador* (CONAIE) como resposta à concessão de uma área de exploração à petroleira Maxus e à consequente instalação de infraestrutura de apoio na Reserva Étnica *Waorani* (REW) em 1992. (MILANEZ; SANTOS, 2015, p. 8)

Apesar da iniciativa do ex-presidente do Equador Rafael Correa, a falta de coordenação de múltiplos fatores internos e externos, como entraves jurídicos e oposição da iniciativa privada do setor petrolífero, acabou não logrando a empreitada. O fracasso da iniciativa mostra que existe um grande desafio em se chegar a um consenso entre os interesses da sociedade civil organizada e os interesses financeiros das grandes corporações que detêm grande poder econômico e político.

Em retrospectiva, no plano internacional, um grupo de cientistas, em 1968, trabalhando com metodologia de análise matemática, que viria a ser conhecido como o Clube de Roma, que posteriormente lançaria o famoso livro vanguardista sobre questões ambientais, *Os Limites do Crescimento*, alertou sobre os riscos de um crescimento econômico contínuo, baseado em

recursos naturais não renováveis. O livro, visto também como um relatório, foi elaborado pelo grupo e publicado em 1972. Foi um sinal de alerta que incluía projeções, em grande parte, não cumpridas, mas teve o mérito de conscientizar a sociedade para os limites da exploração do planeta (Nascimento, 2012).

Apesar de seus objetivos não terem logrado êxito, foi importantíssima para criar alicerces para a primeira grande Conferência das Nações Unidas, que cuidou especificamente da questão ambiental – em termos amplos, foi a Conferência sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo no período de 05 a 16 de junho de 1972.

Dez anos mais tarde, em 28 de outubro de 1982, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Carta Mundial da Natureza, instrumento dotado de um preâmbulo e de vinte e seis princípios, dentre os quais, o de que a humanidade é parte integrante da natureza e que toda forma de vida é única e merece ser respeitada, independentemente da sua utilidade para o homem.

Com efeito, merece destaque o Princípio nº 16 da Carta, o qual preconiza:

Todo o planejamento deve incluir, entre os seus elementos essenciais, o formulação de estratégias para a conservação da natureza, o estabelecimento de inventários de ecossistemas e avaliações dos efeitos sobre a natureza da proposta políticas e atividades; todos estes elementos devem ser divulgados ao público pelos meios adequados, em tempo para permitir a consulta eficaz e participação³.

Percebe-se, assim, que a Carta Mundial da Natureza previu, de um lado, em termos gerais, a participação ampla dos indivíduos e demais setores da sociedade na conservação da natureza, pelo caminho da cooperação, e, de outro, de maneira mais específica, a participação de toda pessoa nos processos decisórios referentes ao meio ambiente.

3 http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta_Mundial_para_Natureza.pdf. Acesso em 03.08.2016.

Ponto importante a ser destacado, em acréscimo, é o de que os anos 1980 viram emergir problemas ambientais de ordem global, antes não tão bem percebidos e compreendidos, como as poluições transfronteiriças, a diminuição da camada de ozônio estratosférico, o aquecimento global e a perda da biodiversidade, a demandar ações no plano mundial. Além disso, passou-se a discutir, também, com maior ênfase, a relação entre meio ambiente e desenvolvimento, em que a proteção daquele é vista como elemento deste, fato essencial à construção de um futuro mais próspero, justo e seguro para toda a humanidade.

Nesse diapasão, criou-se, no final de 1983, por meio da Resolução n.º 38/161 da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. De acordo com a análise da Comissão (1988, p. XI), “a estratégia do desenvolvimento sustentável visa a promover a harmonia entre os seres humanos e entre a humanidade e a natureza”. Para tanto, requer-se, entre outros mecanismos (1998, p. 393), “um sistema político que assegure a efetiva participação dos cidadãos no processo decisório”.

Enfático, no tema, o relatório da Comissão (1998, p. 69):

Alguns projetos de grande escala, contudo, demandam participação numa base diferente. Pesquisas e audiências públicas sobre os impactos do desenvolvimento e do meio ambiente podem contribuir em muito para chamar a atenção para pontos de vista diversos. O livre acesso a informações importantes e a disponibilidade de fontes alternativas de *know how* técnico podem constituir uma boa base para a discussão pública. Quando um projeto proposto tem grande impacto sobre o meio ambiente, o caso deve ser obrigatoriamente submetido ao escrutínio público e, sempre que possível, a decisão deveria ser submetida à aprovação pública, talvez por meio de referendo.

Nessa linha, merece destaque também a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992. Dela originaram-se uma declaração com princípios ge-

rais, uma declaração sobre as florestas, um programa de ação chamado de Agenda 21 e duas convenções de caráter universal: a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas e a Convenção sobre a Diversidade Biológica.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, expressa em vinte e sete princípios, considerados como diretivas a respeito do caminho a seguir em matéria de meio ambiente e desenvolvimento, sendo que, em seu Princípio n.º 10, estabelece:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos⁴.

Na esteira do caminho aberto pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em seu Princípio n.º 10, cabe mencionar, finalmente, a Convenção sobre o acesso à informação, a participação do público nos processos decisórios e o acesso à justiça em matéria ambiental, celebrada na cidade de Aarhus, na Dinamarca, em 25 de junho de 1998.

Embora se refira a um tratado de âmbito europeu, elaborado sob os auspícios da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, o certo é que sua importância ultrapassa a esfera de interesse das partes contratantes, devido ao fato de constituir o texto mais completo e atualizado sobre a participação pública na gestão do meio ambiente e de relacionar, expressamente, os temas informação, participação e acesso à justiça em matéria ambiental. Para Raul Valle

⁴ <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 03.08.2016

(2002, p.120), a referida Convenção assumiu caráter verdadeiramente paradigmático no que concerne ao tratamento da questão da participação popular na defesa do meio ambiente.

O fenômeno do esverdeamento (greening) do Direito Internacional se faz essencial, abrangendo mecanismos de proteção aos direitos civis, direitos humanos, políticos, econômicos, sociais e culturais já existentes, além de tratar principalmente do meio ambiente, ao buscar ampliar e intensificar a proteção da natureza por meio dos julgados de Cortes Internacionais. Infelizmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o famoso “Pacto de San José da Costa Rica”, não prevê garantias plenas sobre o meio ambiente.

No contorno desse problema, o Brasil promulgou em 1999, pelo Decreto n.º 3.321/1999, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, com previsões de direito de segunda e terceira geração, tratando sobre o direito difuso a um meio ambiente sadio e equilibrado, conforme o art. 11 sobre “*Direito ao Meio Ambiente Sadio*”, inciso I – “*Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos*” – e inciso II – “*Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente*”⁵.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vem tratando a questão do meio ambiente por meio da conservação dos povos tradicionais, *v. g.*, o caso “*Claude Reyes e outros vs Chile*”, em que foi dado o direito da população envolvida à informação da data, legalidade e abrangência dos investimentos estrangeiros que resultem em degradação ambiental⁶.

Não resta dúvida, portanto, a respeito do reconhecimento pela maioria dos países da indispensabilidade da participação popular na proteção do meio ambiente, e a consagração dessa orientação vem sendo reafir-

5 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em 10.07.2020

6 <https://www.emagis.com.br/area-gratuita/que-negocio-e-esse/o-greening-na-jurisprudencia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>. Acesso em 11.07.2020

mada, reiteradamente, ao longo dos anos, nos principais fóruns internacionais de discussão, debate e deliberação promovidos pela Organização das Nações Unidas, com aceitação por parte dos países-membros – entre os quais o Brasil – do compromisso de implementar tal modalidade de participação política.

4. DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE NO PLANO INTERNO

Para Aspásia Camargo (2003, p. 313), a área ambiental foi pioneira na incorporação da participação popular como elemento indissociável das estratégias a serem adotadas para a proteção do meio ambiente. Impulsionada pelo movimento ambientalista, a participação pública na defesa da qualidade ambiental tem se fortalecido ao longo dos anos, desde a emergência da problemática ambiental como questão política, no âmbito internacional, a partir do final dos anos 1960 e início dos anos 1970.

No Brasil, em que pese a ausência inicial de envolvimento da sociedade civil na construção da política ambiental do país, dado o distanciamento estabelecido entre as arenas de poder e os diversos movimentos populares nos anos 1960 e 1970, não há como negar a evolução operada na participação pública para a defesa do meio ambiente, em especial nos anos 1980, quando se conquistou a abertura de inúmeros canais para veiculação de reivindicações de cunho ambientalista e se verificou o crescimento de tais demandas.

Para Silva-Sánchez (2010, p. 78), a afirmação da matéria ambiental, nesse período, teve suporte, igualmente, na edição da Lei n° 6.938/81, da Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, sendo referência fundamental da política ambiental brasileira, por trazer, pela primeira vez, a proposta de gestão integrada do meio ambiente e dos recursos naturais.

A Lei n° 6.938/81 foi um marco no Direito Ambiental brasileiro, constituindo o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e instituindo o Cadastro de Defesa Ambiental, assim preparando o terreno para a efetiva tutela dos direitos ambientais que culminaram em sua especial

proteção reconhecida pela Constituição de 1988. Em seu Artigo 2º, precisamente no inciso X, a Política Nacional do Meio Ambiente prevê extraordinária importância à educação ambiental, em todos os níveis, sendo esta *conditio sine qua non* à efetiva capacitação popular para atuação direta na defesa de seus direitos.

A lei em comento criou o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, órgão colegiado com atribuições consultivas e deliberativas integrante da estrutura do Poder Executivo Federal, que, de forma pioneira, abriu espaço privilegiado de participação popular na formulação e na execução da política ambiental, ao prever a integração de representantes do movimento ambientalista e de outros entes representativos da sociedade civil na sua composição oficial.

Foi o CONAMA que regulamentou, por intermédio da Resolução n.º 001/86 e posteriormente pela Resolução n.º 237/97, a exigência da elaboração dos Estudos de Impacto Ambiental no Brasil, bem como a apresentação aos interessados do produto desses estudos no Relatório de Impacto Ambiental, estabelecendo a necessidade de ampla publicidade destes e a realização de audiências públicas para a discussão dos projetos a eles sujeitos.

Além disso, previu-se, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, a instituição de um sistema nacional de informações sobre o meio ambiente. Com a promulgação da Constituição de 1988, o cenário brasileiro conheceu verdadeiro apogeu no início dos anos 1990, época da realização, no Rio de Janeiro, da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. A Carta Magna brasileira não só assegura o direito ao meio ambiente equilibrado, como exorta a participação popular, impondo à sociedade o dever de fiscalizar e resguardar a defesa ecológica, compartilhando com o Poder Público a responsabilidade de fazer cumprir essa obrigação, conforme se verifica no artigo 225 da CRFB:

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.

Em fevereiro de 1998 foi sancionada a Lei n.º 9.605/98, dispondo sobre as sanções penais e administrativas sobre crimes ambientais. A referida lei tipificou as condutas que causam prejuízo ao meio ambiente, como os crimes contra a fauna, contra a flora e de poluição. Apesar de atribuir aos órgãos e entidades públicos que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) a responsabilidade direta pela proteção ao meio ambiente, a Lei de Crimes Ambientais dotou de legitimidade o cidadão, que constatando existência de infração ambiental, pode abrir representação aos órgãos competentes para que analisem e investiguem a atividade danosa ao meio ambiente e, se cabível, apliquem sanções ao agente causador do dano ecológico.

O § 2.º do art. 70 da Lei n.º 9.605/98 estabelece que qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.

De igual poder capacita o cidadão a Lei Complementar n.º 140/2011. Dispondo tal diploma da cooperação entre os entes federativos para proteção do meio ambiente, em seu artigo 17, § 1º, outorga a qualquer pessoa legalmente identificada a possibilidade de dirigir representação ao órgão de meio ambiente competente quando constatada infração ambiental.

A lei n.º 9.985/00, em vigor a partir do ano 2000, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Regulamentando o § 1º do art. 225 da Constituição Federal, a Lei SNUC definiu o conjunto de unidades de conservação do meio ambiente federais, estaduais e municipais. Essa lei dividiu as Unidades de Conservação em dois grupos: Unidades de Conservação de Proteção Integral e Unidades de Conservação de Uso Sustentável.

As Unidades de Proteção Integral têm por objetivo primário, a preservação da natureza, admitindo somente o uso indireto dos recursos naturais existentes nesses espaços territoriais e vedando sua exploração direta. Já nas Unidades de Conservação de Uso Sustentável, o legislador

buscou conciliar a preservação ambiental com o uso sustentável de parte de seus recursos naturais.

De forma geral para todas as UCs, mas principalmente nesse segundo modelo de Unidade de Conservação, atribui-se especial relevância à participação das populações locais, desde sua constituição, através da formação de Conselhos Deliberativos e audiências públicas, passando pela fiscalização e proteção dessas áreas, até o manejo sustentável das atividades exercidas nesses territórios legalmente instituídos, através dos Planos de Manejo.

É o caso da Reserva de Desenvolvimento Sustentável (RDS), uma das sete modalidades de UC de uso sustentável previstas na lei mencionada, que permite o uso dessas áreas para pesquisas científicas; lazer; turismo ecológico; e até atividade agropecuária de subsistência, por grupos sociais locais tradicionalmente residentes. No art. 5º, a Lei SNUC estipula as diretrizes que norteiam o Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Destacam-se abaixo as que legitimam e estimulam a participação popular:

O SNUC será regido por diretrizes que:

II - assegurem os mecanismos e procedimentos necessários ao envolvimento da sociedade no estabelecimento e na revisão da política nacional de unidades de conservação;

III - assegurem a participação efetiva das populações locais na criação, implantação e gestão das unidades de conservação;

IV - busquem o apoio e a cooperação de organizações não governamentais, de organizações privadas e pessoas físicas para o desenvolvimento de estudos, pesquisas científicas, práticas de educação ambiental, atividades de lazer e de turismo ecológico, monitoramento, manutenção e outras atividades de gestão das unidades de conservação;

V - incentivem as populações locais e as organizações privadas a estabelecerem e administrarem unidades de conservação dentro do sistema nacional;

Com o intenso crescimento das populações humanas e a inclusão cada vez maior de países na sociedade de consumo, frutos do processo de globalização experimentados nas últimas décadas, observamos também o incremento de desastres naturais e acidentes ambientais que chegaram ao nível de comprometimento dos ecossistemas e ameaça à subsistência da vida humana. São exemplos as mudanças no regime de chuvas, a elevação do nível dos oceanos e a poluição urbana, resultantes do aumento da atividade produtiva e comercial.

Nesse ínterim, as mudanças climáticas passaram a ser regularmente discutidas no dia a dia do cidadão, passando a ser preocupação constante das administrações públicas e da iniciativa privada.

No intuito de compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação do meio ambiente, o Brasil estabeleceu legislação especial para coordenação e gestão do tema, visando a controlar e mitigar os efeitos das mudanças climáticas.

Trata-se da Lei n.º 12.187/09, que instituiu a Política Nacional de Mudança do Clima, sancionada em 2009, e que é clara quanto à responsabilidade de todos, governo e sociedade, em atuar para a redução dos impactos e efeitos derivados da ação humana sobre a natureza, no art. 3º, *in verbis*:

A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte:

I - todos têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático;

V - o estímulo e o apoio à participação dos governos federal, estadual, distrital e municipal, assim como do setor produtivo, do meio acadêmico e da sociedade civil organizada, no desenvolvimento e

na execução de políticas, planos, programas e ações relacionados à mudança do clima;

A Lei n.º 7.802/89, que estabelece o regramento em todas as etapas e atividades relativas à produção, comércio e utilização de agrotóxicos, no art. 5º, confere legitimidade às entidades representantes da sociedade civil para requerer o cancelamento do registro de produto agrotóxico diante de pretensão de prejuízo ao meio ambiente, à saúde humana e à saúde dos animais:

Possuem legitimidade para requerer o cancelamento ou a impugnação, em nome próprio, do registro de agrotóxicos e afins, arguindo prejuízos ao meio ambiente, à saúde humana e dos animais:

III - entidades legalmente constituídas para defesa dos interesses difusos relacionados à proteção do consumidor, do meio ambiente e dos recursos naturais.

5. MEIOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA MATÉRIA AMBIENTAL

O texto constitucional possui valoração semântica que deve ser interpretada a partir dos vetores que indicam a solidariedade e a colaboração. A força normativa pressupõe caminho necessário para adentrar no trato dos problemas ambientais e abrir caminho para democratização da gestão do meio ambiente. Em apertada síntese, verifica-se que a sociedade pode participar em defesa da matéria ambiental, em linhas gerais, nas seguintes formas:

a) Pela participação nos processos de criação do Direito Ambiental, com a iniciativa popular nos procedimentos legislativos. A Constituição de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, criou um ambiente favorável e necessário à participação popular, inclusive por meio da iniciativa popular. Atualmente existe a possibilidade não apenas de iniciar o processo legislativo em matéria ambiental, como também de participar durante a tramitação por meio de audiências públicas. A participação cidadã nos procedimentos legislativos, previstos na Constituição Federal, se dá através

dos instrumentos: plebiscito (art. 14, inciso I, da CRFB); referendo (art. 14, inciso II, da CRFB) e iniciativa popular (art. 14, inciso III, da CRFB e art. 61, *caput* e § 2º da CRFB).

b) Pela atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados dotados de poderes deliberativos e normativos como o CONAMA (Conselho Nacional de Meio Ambiente) e CEPRAM (Conselho Estadual de Meio Ambiente). Os Conselhos são importantes mecanismos de gestão ambiental, pois permitem, através da participação popular direta, a atuação de representantes da sociedade civil em cooperação com o Poder Público, resultando em maior efetividade nas políticas públicas de meio ambiente. Dessa forma, as diretrizes formuladas por esses órgãos encontram maior assertividade com os anseios da sociedade em proteger o meio ambiente e possibilitar o desenvolvimento econômico-social sustentável. É preciso destacar que a atuação da sociedade civil nesses Conselhos também proporciona melhor controle social e fiscalização do Estado na execução de seus atos relativos a políticas públicas ambientais. Cumpre ressaltar também o papel das Organizações Não Governamentais (ONGs), importante meio de afirmação da participação democrática na defesa do equilíbrio ecológico. As ONGs possuem legitimidade para operar uma série de instrumentos legalmente constituídos por diversas leis, a exemplo da capacidade em requerer o cancelamento de registro de agrotóxicos conferido pela Lei n.º 7.802/89.

c) Pela formulação e execução de políticas ambientais, para acompanhar a execução de políticas públicas, com a participação nas discussões dos EIA (Estudos de Impactos Ambientais), em audiências públicas e nas hipóteses de realização de plebiscito. A audiência pública é uma forma de participação e de controle popular que propicia à sociedade o intercâmbio de informações e, também, o exercício da cidadania. Salientamos a obrigatoriedade das audiências públicas no processo de execução do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e na publicação do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), devendo essas audiências ser solicitadas pelo órgão ambiental competente, pelo Ministério Público, por entidade civil ou diretamente pelo conjunto de cinquenta ou mais cidadãos. Tais audiências

cumprem o objetivo de informar à sociedade, em detalhes, os efeitos do projeto no meio ambiente e sobre a vida da população local, mas, principalmente, consultar, receber informações e esclarecer dúvidas por parte dos cidadãos afetados de forma direta ou potencial pelo empreendimento que se busca licenciar, no resguardo de seus interesses específicos e da qualidade ambiental por eles preconizada. A inobservância da realização das audiências públicas no processo de EIA/RIMA invalida peremptoriamente a licença ambiental outorgada.

d) Por intermédio do Judiciário e do Ministério Público, por meio de propositura de ações civis públicas, ações populares e mandados de segurança individuais e coletivos. Segundo Silva (2016, p.77), tratam-se de medidas processuais à disposição do cidadão, asseguradas pela Constituição de 1988, a saber: ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, da CRFB/88); ação civil pública e inquérito civil (art. 129, inciso III, da CRFB/88); e mandado de segurança (art. 5º, incisos LXIX e LXX, da CRFB/88). Destacamos a regulamentação desses instrumentos compreendida em legislações infraconstitucionais específicas ao ramo ambiental do direito pátrio, como: ação civil pública ambiental (Lei n.º 7.347/85) e a ação popular ambiental (Lei n.º 4.717/65). No campo dos instrumentos processuais para busca da prestação jurisdicional na seara ambiental, importa mencionar ainda a legitimidade conferida a qualquer cidadão em provocar a Administração Pública, quando ciente de manifesta ou potencial agressão ao meio ambiente, requerendo que o Estado exerça seu poder de polícia, capacidade esta outorgada pela Lei Complementar n.º 140/11 (cooperação entre os entes federativos para proteção do meio ambiente) e Lei n.º 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais).

Por fim, conforme assevera Rodrigues (2016, p. 296), a participação popular se constitui na mais promissora e alvissareira arma de que dispõe as presentes e futuras gerações na luta pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado. A consciência ambiental é o fator basilar para que a sociedade se desenvolva economicamente sem deixar de lado o comprometimento com a preservação ambiental.

O ciclo tem início na adequada educação ambiental do cidadão, que ciente de seu papel no contexto de proteção ecológica, deixa de praticar atos ofensivos ao meio ambiente e exige que os demais, assim como o Poder Público, também façam sua parte. O permanente e irrestrito acesso à informação e meios judiciais, seja para assegurar a tutela da qualidade ambiental em si mesma, seja para viabilizar a própria participação, encerra o ciclo em que consiste a gestão ambiental democrática.

CONCLUSÃO

No que concerne à defesa do meio ambiente, a participação pública pode servir para inibir ou suprimir a ação do Poder Público, nas hipóteses em que este atua de forma ilegal ou inconstitucional. Pelos instrumentos normativos apresentados no corpo da pesquisa, percebe-se que a participação permite a integração e o reforço da ação estatal, pela colaboração prestada por indivíduos e entidades ambientalistas em consultas e audiências públicas ou em colegiados encarregados da gestão ambiental. A participação popular pode ensejar, ainda, a alteração da atuação estatal pela correção de rumos nas políticas ambientais e na forma de agir do Estado.

Semelhante orientação há de ser adotada em relação aos particulares, na medida em que a participação popular propicia a inibição ou a supressão de ações e omissões lesivas ao meio ambiente, a responsabilização de condutas e atividades degradadoras e a correção de atitudes e práticas contrárias aos preceitos da boa gestão ambiental.

É legítimo concluir que são várias as razões para a admissão ampla e rotineira da participação popular na proteção do meio ambiente, em consonância com as finalidades que orientam a sua implementação. Existem finalidades que podem ser alcançadas a partir da observância do conjunto normativo apresentado no corpo da pesquisa, tais como: suprir as insuficiências estruturais ou conjunturais da democracia representativa; melhorar a qualidade e aumentar a efetividade das decisões públicas; reforçar o espaço do exercício do direito à proteção do meio ambiente; e favorecer a tomada de consciência dos particulares a respeito das consequências

ambientais das decisões com as quais deixaram de colaborar ou que eles próprios tomam.

Por fim, cumpre frisar que a defesa intransigente da participação pública na defesa do meio ambiente não implica a exclusão da representação político-eleitoral e, muito menos, a desconsideração da importância do papel do Estado na administração da qualidade ambiental. O comprometimento e a participação de cada cidadão na defesa ecológica, mediante a conscientização de seus atos e, a propagação dessa postura a seus concidadãos, fazendo ecoar seus anseios na sociedade e nos atos do Estado, é que formarão o meio propício ao alcance de um meio ambiente equilibrado e preservado para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Decreto nº 3.321, de 30 de Dezembro de 1999. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1998, 293p.

BRASIL. Lei Ordinária nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências: Senado, 1981.

BRASIL. Lei Ordinária nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o

Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília. DF: Senado, 2000.

BRASIL. Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Brasília. DF: Conselho Nacional do Meio Ambiente, 1986.

CAMARGO, Aspásia; CAPOBIANCO, João Paulo R.; OLIVEIRA, José Antonio Puppim (Org.). *Meio ambiente Brasil: avanços e obstáculos pós -Rio-92*. São Paulo: Estação Liberdade; Instituto Socioambiental; Rio de Janeiro: FGV, 2002.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Ed. Da Fundação Getúlio Vargas, 1988. P. XI e 393

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRIZZERA, GABRIEL ABREU; LEMOS, Jordan Tomazelli. **A democracia Ateniese**: uma visão histórico-jurídica. Jusbrasil.2014. Disponível em :< <https://jordantomazelli.jusbrasil.com.br/artigos/155977282/a-democracia-ateniense-uma-visao-historico-juridica?ref=feed>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

HOLANDA, Sérgio Buarque. O Homem Cordial. In: Sérgio Buarque de Holanda. **Raízes do Brasil**. São Paulo. Schwarcz S.A. 2014.p.167-188.

JURIDICOS, Emagis Cursos. **O “Greening” na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Emagis. 2020. Disponível em: <<https://www.emagis.com.br/area-gratuita/que-negocio-e-esse/o-greening-na-jurisprudencia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

MILANEZ, Bruno ; SANTOS, Rodrigo Salles Pereira dos . **A Iniciativa Yasuní-ITT**: uma análise a partir do Modelo de Fluxos Múltiplos. Curitiba. Sociologia e Política. 2016. Disponível em:<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782016000300039&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

NASCIMENTO, Luís Felipe de. *Questões Ambientais e a sua Evolução. Gestão Ambiental e Sustentabilidade*. Florianópolis. Departamento de Ciências da Administração/UFSC. 2012. p.17-18.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> Acesso em: 03 de ago. 2016

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental Esquemático*. São Paulo. Saraiva. 2016

SAITER, Jaqueline Coutinho. **DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO: A evolução das dimensões da democracia nas Constituições brasileiras**. 2005.p.247. Mestrado- Direitos Constitucionais Fundamentais (Direito Constitucional). Faculdade de Direito de Vitória. 2005.

SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS DO ESTADO DO PARANÁ. Carta Mundial para a natureza. Disponível em: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta_Mundial_para_Natureza.pdf> Acesso em: 03 de ago. 2016

SILVA , José Afonso da. Do Princípio Democrático e Garantias dos Direitos Fundamentais. In: José Afonso da Silva . **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. São Paulo: Malheiros Editores. 2020.p.126-135.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA-SÁNCHEZ, Solange. *Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil*. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2000.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

THOMÉ, Romeu. O meio Ambiente na Constituição de 1988. In: Romeu Thomé. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador. Juspodivm.2016.p.111-160.

VALLE, Raul Silva Telles do. *Sociedade civil e gestão ambiental no Brasil: uma análise da implementação do direito à participação em nossa legislação*.

O HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS: VÍCIO OU VIRTUDE?

Arthur Maximus Monteiro

Mestrado em Direitos Fundamentais e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Submetido em: 20/02/2021

Aprovado em: 19/09/2021 e 20/09/2021

RESUMO: O *habeas corpus* é uma ação constitucional destinada a assegurar o livre exercício do direito fundamental de locomoção. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a Constituição Federal, seu cabimento é restrito aos casos de autoridades que dispõem de foro por prerrogativa de função ou quando presente ato coator de Tribunal Superior. Todavia, o STF tem interpretado de maneira demasiadamente elástica as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* na Corte, permitindo que praticamente qualquer pessoa alcance a Suprema Corte através do HC. Convém, portanto, analisar os problemas que decorrem dessa permissividade excessiva quanto ao cabimento do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. *Habeas Corpus*.

ABSTRACT: Habeas corpus is a constitutional action aimed at ensuring the free exercise of the fundamental right of locomotion. Within the scope of the Supreme Federal Court, according to the Federal Constitution, its jurisdiction is restricted to the cases of authorities that have jurisdiction by prerogative of function or when there is an act of coercion of a higher court. However, the STF has interpreted the hypotheses of habeas corpus in the Court too widely, allowing al-

most anyone to reach the Supreme Court through the HC. Therefore, it is important to analyze the problems that result from this excessive permissiveness regarding the suitability of habeas corpus in the Supreme Federal Court.

KEY WORDS: Constitutional Law. Judicial Review. Habeas corpus.

I. INTRODUÇÃO

I.1 Apresentação do problema

Desde há muito, o Supremo Tribunal Federal vê-se às voltas com uma imensa sobrecarga de processos, decorrente da generosa concepção garantista prevista na nossa Constituição Federal de 1988. Ao lado de uma infinidade de direitos fundamentais, que virtualmente permitem a discussão, em nível constitucional, de todo e qualquer direito, existe uma plêiade de instrumentos jurídicos destinados a assegurar a sua fiel observância. Instrumento por excelência para levar-se algum caso à Suprema Corte do país, o recurso extraordinário permite o conhecimento de questões constitucionais decididas por instâncias inferiores. É ele, sem dúvida, que concentra a grande maioria das hipóteses nas quais a compatibilidade de determinado texto legal é confrontada com o texto constitucional vigente.

Em que pese sua indiscutível primazia no que toca ao controle incidental de base difusa, o recurso extraordinário não tem sido a única via através da qual o Supremo Tribunal Federal pode sindicat inconstitucionalidades em casos concretos. Através da prática advocatícia e judicial, outro mecanismo tem sido largamente utilizado para desempenhar esse papel. Trata-se, aqui, do remédio constitucional do *habeas corpus*.

O objetivo do presente artigo, portanto, será entender como o *habeas corpus* transmutou-se de instrumento de garantia das liberdades individuais em verdadeiro mecanismo de controle incidental das normas penais de caráter infraconstitucional. Além disso, serão observados aspectos técnico-jurídicos que fundamentam (ou não) esse permissivo, para daí

tentar compreender o atual papel do *habeas corpus* no nosso sistema constitucional, bem como as incongruências daí resultantes, a fim de, então, se apresentar uma solução.

1.2 Metodologia

Para alcançar resultados cientificamente válidos, a escolha do método é talvez o mais importante para o estudioso do Direito.

Muitas análises doutrinárias produzidas no Brasil deixam-se seduzir pela tentação de arquitetar um esquema constitucional “ideal”, isto é, esquecer o texto da Constituição e imaginar qual modelo de ordenamento jurídico melhor atenderia aos interesses da nação.

O problema ganha contornos ainda mais graves quando se considera que boa parte das hipóteses sugeridas tem por base um modelo constitucional específico de determinado país (Áustria, Alemanha e EUA, apenas para enumerar os mais citados), do qual é difícil extrair pontos em comum com o ordenamento brasileiro (KELSEN, Hans 2011, p.306 e ss)¹. Além disso,

¹ Não faz sentido, por exemplo, falar-se em STF atuando como “legislador negativo” – modelo kelseniano, de jurisdição concentrada, baseado na constituição austríaca – quando vigora no Brasil o princípio da nulidade. No modelo austríaco, fundamento do pensamento de Kelsen, vigora o princípio da anulabilidade. Nele, a norma inconstitucional é válida até ser declarada como tal pela Corte Constitucional. Uma vez realizada a declaração de inconstitucionalidade, a norma inquinada é retirada do ordenamento jurídico, à semelhança do que ocorre no fenômeno da revogação de normas. Daí a metáfora com o “legislador negativo”, ou seja, uma nova norma para revogar a norma existente. Já no Brasil, onde vigora o princípio da nulidade – segundo admitido pela imensa maioria da doutrina –, a norma inconstitucional é nula *ab initio*. A declaração de inconstitucionalidade não “retira” a norma inquinada do ordenamento, à semelhança da revogação, mas, em verdade, reconhece que ela *jamais ingressou* no ordenamento. Analisando o ordenamento português – nesse aspecto, idêntico ao brasileiro –, o Prof. Marcelo Rebelo de Sousa bem anota que “o tribunal não constitui a invalidade, como acontece na anulação (mesmo nos casos de anulação com efeitos retroactivos). Ele limita-se a verificar e a declarar, expressa ou implicitamente, a nulidade do acto inconstitucional, que já existia desde a sua prática” (SOUSA, Marcelo Rebelo. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: BFDUL, 1988, p. 255). Nesse ponto específico, discorda-se da linha adotada por Elival da Silva Ramos, para quem a declaração de inconstitucionalidade da norma decorre de uma “ineficácia congênita”. É justamente por não ter ingressado a norma no ordenamento que esta não é apta a produzir seus efeitos. De fato, “não é o provimento jurisdicional que, reconhecendo a inconstitucionalidade do ato controlado, desconstitui os seus efeitos, retroativamente, desde a sua edição” (RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*, xx. p. 88). Mas o vício a inquinar a norma manifesta-se no plano da validade, não no plano da eficácia. Sobre isso, já dizia Marcelo Rebelo de Sousa que “do valor do acto inconstitucional se deve distinguir a sua ineficácia, tal como do valor do acto inconstitucional cumpre diferenciar a respectiva eficácia” (SOUSA, Marcelo Rebelo. Op. Cit., p. 148). Com efeito, “a inexistência é sempre um desvalor jurídico ou seja uma forma de o Direito se recusar a aceitar como minimamente identificável uma omissão que não é relevante ou uma certa realidade material que se aparenta com um acto do poder político do Estado” (SOUSA, Marcelo Rebelo. Op. Cit., p. 157). Aliás, o próprio Elival da

abandonam-se critérios exclusivamente *jurídicos* para optar-se por critérios *políticos*, formulados a partir de (pré) concepções íntimas do próprio doutrinador. Assim, as opções legislativas produzidas pelo constituinte deixam de ser firme limite hermenêutico e passam a ser somente um mero inconveniente retórico (KELSEN, Hans. p. 307)². (HESSE, Konrad, 2009, p. 162). Para além disso, corre-se o risco de dar o primeiro passo na lenta ladeira escorregadia a conduzir ao sincretismo metodológico, misturando premissas de uma hipótese com conclusões de outra, tornando as soluções propostas intelectualmente desonestas³ (RODRIGUES JR, v. 99, n. 891, p-65-106).

Se esse caminho mostra-se mais fácil, afasta o doutrinador, contudo, do *teste da realidade*. À medida que as hipóteses são formuladas dentro de um ordenamento “ideal”, que só existe na sua cabeça, não há como confrontá-las com os limites do texto constitucional existente. A construção doutrinária abandona o campo da *ciência* e reduz-se à pura *especulação*. Com isso, o leitor perde a capacidade *contra-argumentativa*, fazendo com que o modelo sugerido torne-se aparentemente isento de problemas (CRUZ, Guilherme Braga da, 1954, p.31).⁴ Talvez por isso mesmo, tantos doutrinadores deixam-se seduzir por esse canto de sereia.

Silva Ramos reconhece tal precedência quando comenta a natureza eminentemente declaratória das decisões da jurisdição constitucional brasileira, ao afirmar que “a melhor maneira de fazer a Constituição prevalecer sobre atos legislativos que a contrariem é, indubitavelmente, por meio do uso de uma sanção de invalidade, que possa impedir, *ab initio* ou a partir de determinado momento, passado ou futuro, os efeitos da lei contraventora, retomando-se, aqui, antiga classificação, proveniente do direito romano, segundo a qual as leis perfeitas (*leges perfectae*) são aquelas que “determinam a nulidade dos atos praticados contra as suas disposições” (RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit., p. 46).

2 Como adverte Hesse, “o texto contém, acima de uma maior ou menor necessidade de interpretação, elementos firmes a respeito dos quais, apesar de interesses e pré-concepções opostos, não cabe discussão” (HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 162). Por isso, “declarar vinculante a prática política e, com isso, de fato, a concepção que dispõe de força para impor-se, recusando submeter-se ao texto da Constituição, não significa senão sacrificar uma necessidade vital indiscutível do Estado constitucional – a função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que a Constituição assume” (Op. Cit., Loc. Cit.).

3 (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou Da vocação da doutrina em nosso tempo)*. Revista dos Tribunais, v. 99, n. 891, p-65-106, São Paulo: RT, janeiro/2010, p. 83). Há, no entanto, quem defenda o sincretismo metodológico como algo “inevitável e desejável” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXXI, p. 233-290. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 234 *infra*)

4 Como advertiu certa feita Guilherme Braga da Cruz, “as cousas chegaram a tal ponto, que menos se conhece e estuda nosso direito pelas leis, que o constituem, do que pelos praxistas que o invadiram” (CRUZ, Guilherme Braga da. *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*. Separata da Revista Scientia Iuridica, IV, São Paulo, 1954, p. 31).

Para escapar do encanto da saída fácil do sincretismo metodológico, o primeiro passo é seguir um método seguro e cientificamente atestado na doutrina jurídica. Nesse quesito, o método dogmático-jurídico não encontra rival à altura (BOBBIO, Norberto, p. 220-222)⁵. De fato, é a *dogmática jurídica* (BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 220) que garante, a um só tempo, o respeito do intérprete pela opção do constituinte e do legislador democraticamente legitimados e o limite à “fuga normativa” como meio de elaborar hipóteses respaldadas unicamente no imaginário do autor.

Dito isso, recorrer-se-á, precipuamente, aos textos da Constituição Federal de 1988 e das leis disciplinadoras das espécies processuais a serem analisadas. O recurso à jurisprudência apresenta-se incontornável, haja vista que o objeto deste trabalho relaciona-se aos instrumentos processuais constitucionais utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para sindicarem omissões legislativas inconstitucionais. Embora o paradigma normativo adotado seja o vigente à época de sua elaboração, não se furtará o presente trabalho à análise histórica para entender a evolução do modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e mesmo das posições adotadas pela Suprema Corte brasileira no que toca aos limites de sua atuação na fiscalização da inércia do legislador.

Pela própria delimitação da matéria, não se recorrerá ao Direito comparado, não tendo o presente trabalho qualquer pretensão de elaborar uma grelha comparativa dos instrumentos ora analisados com instrumentos alienígenas. Tal afirmação, contudo, não exclui o recurso à doutrina estrangeira, especialmente a lusitana, dado que a Constituição da República Portuguesa de 1976 apresenta-se como principal fonte de inspiração da Constituição Federal de 1988, de modo a entender-se alguns conceitos similares.

5 BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 220-222. Segundo Bobbio, é através do chamado “formalismo científico” que a “ciência jurídica” pode ser concebida como “uma ciência *constitutiva e dedutiva*” (BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 220).

II. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

II.1 Escorço histórico

Como se sabe, o *habeas corpus* foi previsto na *Magna Carta*, imposta ao Rei João Sem-Terra (FACHIN, 2015, p.316). Trata-se de “um dos mais clássicos de todos os remédios constitucionais” (AGRA, 2014, p. 243). Embora remontasse ao Direito Romano, somente a partir da experiência inglesa o instrumento efetivamente ganhou corpo. Com o advento da XIV Emenda e sua inscrição no texto da Constituição da então nascente potência norte-americana, o *habeas corpus* passou a ser verdadeiramente difundido pelo mundo (NUCCI, 2014, p. 18).

No caso brasileiro, a primeira constituição a prever o instrumento de maneira expressa, alçando-o à categoria de direito individual do cidadão, foi a de 1891⁶. A partir de então, ele foi reproduzido em todas as cartas, salvo a de 1937, na qual foi suspenso, e durante a vigência do AI-5⁷, para os casos de crime contra a segurança nacional (FACHIN, 2015, p.317). Na Constituição de 1988, o *habeas corpus* foi resgatado em sua plenitude, tornando-se um dos mais importantes instrumentos de defesa das liberdades do indivíduo.

Ação constitucional de natureza eminentemente penal⁸, destina-se o remédio a garantir a liberdade de locomoção do indivíduo ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder estatal. Quando foi introduzido em nosso ordenamento, Rui Barbosa advogou a tese de que o remédio serviria para coibir qualquer “constrangimento arbitrário aos *direitos individuais*” (FOPPEL e

6 Cf. art. 72 da Constituição de 1891.

7 O famigerado Ato Institucional nº. 5 vigorou por uma década, de 1968 a 1978. Sobre o tema, cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 4º. Ed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 441.

8 Em casos excepcionais, o *habeas corpus* também pode ser utilizado em matéria cível. Isso ocorre nos únicos dois casos em que a própria Constituição autoriza a prisão civil por dívidas: nos débitos de natureza alimentícia e na hipótese do depositário infiel (art. 5º, inc. LXVII, CF/88). Todavia, trata-se de hipótese numericamente residual, com acentuada tendência de eliminação, principalmente após a edição da Súmula Vinculante nº. 25, a qual impede “a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Sobre o tema, cf. CASTRO, Fábio Caprio Leite de. *Comentários sobre o habeas corpus na esfera cível*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9726/comentarios-sobre-o-habeas-corpus-na-esfera-civil>. Acesso em 27 dez. 2017.

SANTANA, 2008, p. 34). De outra banda, a doutrina tradicional renegava a ampliação do escopo do instrumento, circunscrevendo-o às hipóteses de verdadeira prisão ilegal (AGRA, 2014, p. 34). Prevaleceu, afinal, a posição intermediária, defendida por Pedro Lessa e Pontes de Miranda. O entendimento intermédio restringia o cabimento do *habeas corpus* aos casos de limitação indevida do direito de ir e vir, mas também entendia cabível seu manejo “para proteger direitos que tivessem na liberdade física condição necessária para seu gozo” (FOPPEL e SANTANA, 2008, p. 35).

O *habeas corpus*, portanto, expressa-se fundamentalmente na defesa de um mesmo direito (locomoção) em três dimensões: ir, vir e permanecer (FOPPEL e SANTANA 2008, p. 35). Por isso mesmo, admite-se o *habeas corpus* em casos de violência real, coação de liberdade e mesmo contra a mera ameaça de praticar um mal destinado a violar o direito de ir e vir alheio (NUCCI, 2014, p. 35 e ss). No primeiro caso, teremos o *habeas corpus* liberatório; no segundo, o *habeas corpus* preventivo (FACHIN, 2015, p.317).

Embora esteja previsto no Código de Processo Penal, no capítulo relativo aos recursos, não há maiores controvérsias quanto à sua natureza de ação (NUCCI, 2014, p. 22). Trata-se de remédio constitucional dotado de “autonomia própria e de cunho mandamental” (FERNANDES, 2011, p. 443). Ao contrário dos recursos em geral, que pressupõem a *litispêndência*, isto é, a existência de um processo-base no qual serão interpostos, o *habeas corpus* pode ser empregado mesmo quando não haja qualquer processo judicial, mas simplesmente a ameaça – real ou potencial – de que a liberdade de locomoção do sujeito possa ser cerceada (FOPPEL e SANTANA, 2008, p. 36).

O *habeas corpus* pode ser ajuizado por qualquer indivíduo, em defesa de interesse próprio ou alheio, ou pelo Ministério Público, independentemente de maiores formalidades (MARQUES 1997, p. 376). O impetrante pode inclusive ser pessoa analfabeta, desde que haja assinatura a rogo⁹. Não há sequer a necessidade de observância do *jus postulandi*, franqueando-se literalmente a qualquer pessoa o seu ajuizamento (AGRA, 2014, p. 243);

9 A benevolência com a qual se interpreta essa garantia permite que se possa cogitar *habeas corpus* protocolizados por “telegrama, radiograma ou telex, por telefone e reduzido a termo pela secretária” e até mesmo sua “impetração pela via eletrônica do e-mail” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 444).

basta que a petição não seja apócrifa (BARUFFINI, 2005, p. 140). Seu beneficiário será sempre pessoa física, visto que o mal que visa a coibir não pode precipitar-se sobre pessoa jurídica (FACHIN, ZULMAR, 2016, p. 318). Distingue-se das demais medidas cautelares penais na medida em que instaura um “procedimento célere, com pronta resposta em face da violação da liberdade de alguém” (NUCCI, 2014, p. 22). Por isso mesmo, a ação de *habeas corpus* é gratuita e não se sujeita ao pagamento de custas judiciais, muito menos ao de honorários de sucumbência (FACHIN, ZULMAR, 2016, p. 320). A garantia é de tal maneira ampla que apenas em uma única situação excepcionalíssima – a decretação de estado de sítio – pode-se suspender o recurso dos cidadãos a esse remédio (FACHIN, ZULMAR, 2016, p. 323).

II.2 Competência do STF em matéria de *habeas corpus*

II.2.1 Foro especial por prerrogativa de função

De acordo com a Constituição Federal de 1988, ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar originariamente *habeas corpus* em duas ocasiões: i) quando o paciente ou a autoridade coatora forem o Presidente ou o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros ou o Procurador-Geral da República; ii) quando o coator for Tribunal Superior¹⁰.

Em relação à primeira hipótese, não resta maiores controvérsias. Considerando que as autoridades em questão sujeitam-se à jurisdição penal do Supremo Tribunal Federal, é inevitável que também o Supremo seja responsável por fiscalizar os atos por elas praticados que venham a pôr em risco a liberdade individual alheia (NUCCI, 2014, p. 22). De resto, não há outro foro senão o STF para garantir o direito de ir e vir a essas mesmas autoridades, quando forem elas próprias os pacientes sujeitos a indevida

10 Cf. art. 102, inc. I, alíneas ‘d’ e ‘i’, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 567.

persecução estatal. É nisso, aliás, a que se reconduz o foro especial por prerrogativa de função, alcunhado de maneira imprópria por parte da população e da comunidade jurídica como “foro privilegiado”¹¹.

Considerando tratar-se de competência originária, disso resulta que somente dos processos criminais julgados originariamente por Tribunais Superiores poderiam derivar *habeas corpus* a serem julgados pelo STF. É o caso, v.g., de um Governador de Estado, cujo foro por prerrogativa de função impõe a competência originária do Superior Tribunal de Justiça (NUCCI, 2014, p. 74). Se ocorresse alguma ilegalidade flagrante em seu processo, ele poderia valer-se do *habeas corpus* e socorrer-se do STF para eliminá-la. Operando-se o raciocínio inverso, pode-se deduzir que um cidadão comum, sem prerrogativa de foro, jamais deveria ter a possibilidade de ter um *habeas corpus* julgado pela Suprema Corte do país.

E nem se venha alegar eventual negativa de jurisdição por parte da Suprema Corte. Sem embargo da interdição de acesso pela via do *habeas corpus*, o cidadão prejudicado poderia sempre valer-se do recurso extraordinário para suscitar o debate da questão constitucional alegadamente violada pelo STF (MEDINA, e WAMBIER, 2013, p. 227 e ss).

Observe-se um exemplo vulgar: o sujeito é denunciado por um crime qualquer. O juiz recebe a denúncia e transforma o acusado em réu. Em regra, deveria seguir-se a produção de provas, defesa e, ao final, uma sentença. Em caso de condenação, caberia apelação ao respectivo Tribunal de Justiça. Se houvesse alguma questão federal a ser discutida, poderia ser interposto o recurso especial, para levar o caso ao Superior Tribunal de Justiça. Se a violação debatida fosse de nível constitucional, o réu poderia interpor ainda recurso extraordinário para o STF. Logo, não há que se cogitar negativa de jurisdição ao réu comum.

11 A noção de foro por prerrogativa de função como “foro privilegiado” foi desmontada após o julgamento da Ação Penal n°. 470/DF, o famoso caso do “Mensalão”. Somente quando o caso foi julgado os réus deram-se de conta de que, ao contrário do cidadão comum, para quem militam em favor dezenas de recursos previstos no Código de Processo Penal, os cidadãos submetidos à jurisdição penal do STF não dispõem de qualquer outra instância para a qual recorrer. O julgamento do Supremo é definitivo. Logo, os réus ficam privados de uma das mais recorrentes táticas de defesa: protrair o trânsito em julgado até que a prescrição extinga a sua punibilidade.

II.2.2 O cabimento no caso de Tribunal Superior como autoridade coatora

Em relação à segunda hipótese, no entanto, as dúvidas são de grande relevo. Dado que a Constituição determina que o Supremo julgará os *habeas corpus* quando a autoridade coatora for Tribunal Superior¹², parece evidente que somente nos casos em que houver persecução penal originária por parte desses tribunais estaria o STF autorizado a investigar seus atos coatores. Todavia, não é bem isso o que ocorre na prática.

Valendo-se da sagacidade da classe advocatícia e de uma prática jurisprudencial permissiva, o Supremo tornou-se virtualmente o estuário de todo e qualquer *habeas corpus* impetrado no Brasil. Servindo-se do “garantismo” dos tribunais e de uma certa leniência dos julgadores em não contestar uma situação esdrúxula pelo simples fato de estar “consolidado o entendimento”, o processo penal deixou de obedecer a uma lógica simples de “decisão-recurso” para transformar-se em um festival de *habeas corpus* impetrados sucessivamente em “cascata” (NUCCI, 2014, p. 57). Não importa se o cidadão dispõe ou não de foro por prerrogativa de função. Seu *habeas corpus* terá um só destino: o Supremo Tribunal Federal.

Mas como isso ocorre?

Imagine-se, por exemplo, um sujeito submetido a inquérito pela Polícia Federal. Por identificar ilegalidades na investigação, o investigado impetra *habeas corpus* perante o Poder Judiciário federal local. Se a ordem for denegada, competiria à parte interpor recurso em sentido estrito perante o Tribunal Regional Federal correspondente¹³. Ao invés de proceder dessa forma, a parte apresenta novo *habeas corpus*, dessa feita perante o próprio TRF. A ideia, claro, é abreviar a apreciação do pedido e atalhar a tortuosa

12 Embora a Constituição não os mencione expressamente, somente dois Tribunais Superiores dispõem de competência em matéria penal: o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Militar. A distinção entre ambos, nesse particular, reside fundamentalmente na competência restrita deste último para julgar os crimes militares próprios (cf. art. 105, inc. I, 123 e 124 da Constituição Federal de 1988). Sobre o tema, cf. SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 589.

13 Cf. art. 581, inc. X, do Código de Processo Penal. Nesse sentido, cf. HETSPER, Rafael Vargas. *O remédio do momento: habeas corpus*. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=2272. Acesso em 24 abr. 2017.

via recursal, uma vez que o *habeas corpus* tem julgamento prioritário sobre qualquer outra causa.

Em princípio, seria o caso de denegação liminar da ordem. Visto que o cidadão investigado não dispõe de foro por prerrogativa de função para ser julgado por um Tribunal Regional Federal¹⁴, a Corte não teria sequer competência para processar o remédio. Na prática, contudo, o Tribunal conhece do pedido, ainda que seja para rejeitá-lo. Abre-se, assim, a via processual para alcançar-se o Superior Tribunal de Justiça, através da impetração de novo *habeas corpus*.

Novamente, ter-se-ia aqui hipótese de rejeição liminar da impetração. Afinal, somente poderia processar o *habeas corpus* se o cidadão estivesse sendo julgado originariamente pelo Tribunal Regional Federal. Todavia, ao invés de proceder dessa maneira, o STJ recebe o *habeas corpus* e julga-o. Mesmo que a decisão final seja pelo indeferimento da ordem, a deformação já se instalou. Um sujeito sem prerrogativa de foro terá seu HC julgado pela mais alta Corte do país em matéria de interpretação de lei federal. Daí para consolidar de vez a deformidade, resta apenas mais um passo.

Com a denegação da ordem pelo Superior Tribunal de Justiça, o sujeito impetra um novo *habeas corpus*. Dessa vez, atacando a decisão do STJ no Supremo Tribunal Federal. E assim, como um passe de mágica, de *habeas corpus* em *habeas corpus*, produz-se a bizarra situação que permite a um cidadão sem foro por prerrogativa de função ter um HC julgado pelo STF¹⁵.

E isso não é o pior. Supondo-se que a decisão do remédio constitucional seja desfavorável ao réu, nada impede que ele venha a percorrer o curso natural do processo e desemboque no STF novamente para julgar sua causa. Uma vez que ele sequer foi julgado pelo juízo de 1º grau em seu mérito, muito menos pelo tribunal correspondente, o sentenciado pode muito bem interpor recursos sucessivos até alcançar a mais alta Corte do país. Com

14 Como ocorre, por exemplo, com os procuradores da República e os magistrados federais.

15 Cf., por exemplo, STF – I Turma. HC nº. 105.613/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 13.12.11, publicada no DJ de 14.2.12.

isso, materializa-se a seguinte incongruência: por via transversa, o Supremo Tribunal Federal é levado a julgar por duas vezes o mesmo caso; uma, por via de *habeas corpus*; outra, por meio de recurso extraordinário. Disso resulta, pois, uma “dupla análise do mesmo caso pelas Cortes Superiores” (NUCCI, 2014, p. 179).

II.2.3 A desvirtuação da competência restrita do Supremo em *habeas corpus*

Como se vê, a impetração sucessiva de *habeas corpus* para alcançar o STF dá-se através de praxis processual enviesada, permitindo a todo e qualquer cidadão ter sua causa processada perante a mais alta Corte do país, mesmo que não milite em seu favor qualquer modalidade de foro especial por prerrogativa de função. Essa “estranha mecânica” tem permitido ao Supremo transformar o que antes era um remédio constitucional em verdadeiro instrumento de controle de constitucionalidade (MORAIS, 2017, p. 405). No limite, pode-se recorrer a ele até mesmo para discutir os critérios de fixação da pena no caso concreto¹⁶.

A rigor, a atuação do Supremo Tribunal Federal na excepcional via desse remédio constitucional só teria lugar quando as autoridades coatoras estivessem submetidas à sua jurisdição penal ou, quando muito, para esquadrinhar atos ilegais praticados por Tribunais Superiores em sede de investigação penal originária. Desde há muito, o próprio Supremo pacificou que, em matéria de foro por prerrogativa de função, a competência das Cortes engloba não somente o processo penal em si mesmo, mas também a fase apuratória de natureza pré-processual (inquérito policial)¹⁷. Logo, somente nos casos em que o presidente do inquérito fosse ministro de Tribunal Superior seria cabível a impetração de *habeas corpus*¹⁸. Visto não ser isso o que

¹⁶ Admitindo o *habeas corpus* como “instrumento idôneo para o questionamento do cálculo da pena”, cf. STF – II Turma. RHC n.º. 88.288/MS. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 2.5.06, publicada no DJ de 19.5.06.
¹⁷ Nesse sentido, cf. STF – II Turma. Rcl. n.º. 2349/TO. Relator: Min. César Peluso. Julgado em 10.3.04, publicada no DJ de 5.8.05.

¹⁸ É o que ocorre, por exemplo, no próprio STF, cujo regimento prevê expressamente competir ao relator sorteado presidir o inquérito criminal aberto por solicitação do Procurador-Geral da República (cf. art. 21, inc. XV, do RISTF).

ocorre na prática, pode-se concluir que, em matéria de *habeas corpus*, a Corte não faz distinção entre o Presidente da República e o cidadão comum: *todos* têm direito a serem julgados pelo STF.

Assustadoramente, a maior parte da doutrina e a quase totalidade da jurisprudência brasileira aceitam de maneira acrítica essa tese ampliativa quanto ao cabimento do *habeas corpus*¹⁹. Os poucos constitucionalistas que devotam atenção ao problema limitam-se a fundamentar o cabimento do remédio constitucional com base em um confronto comparativo entre o texto constitucional atual e o precedente, no qual se dispunha ser vedada a hipótese de *habeas corpus* originário no Supremo Tribunal Federal quando cabível a interposição de recurso ordinário constitucional²⁰. Como a Carta de 1988 não detalha semelhante restrição, a apresentação de *habeas corpus* diretamente no STF não estaria sujeita a qualquer tipo de restrição.

À toda evidência, a deturpação resultante desse entendimento é manifesta. Quando toda e qualquer pessoa pode alcançar o STF através da impetração sucessiva de *habeas corpus*, não é inusitado concluir que esse remédio constitucional passou a desempenhar função paralela ao recurso extraordinário, com o beneplácito da própria Corte²¹. Ao invés de a parte submeter-se à interposição de vários recursos até finalmente esgotar as instâncias ordinárias e, assim, poder interpor um recurso extraordinário, o paciente apresenta uma sequência preordenada de *habeas corpus*, cuja prioridade de tramitação é ínsita, alcançando idêntico resultado: levar a causa ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

19 Ignoram essa problemática, por exemplo, Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 466 e ss.), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 36.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 346), Zulmar Fachin (FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 316 e ss.), Walber de Moura Agra (AGRA, Walber de Moura. Op. Cit., p. 590-594) e J. J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 472-476).

20 Cf. art. 119, inc. II, alínea 'c', da Constituição de 1967/69. Nesse sentido, cf. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32.ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 360.

21 Pois, como já decidiu o Supremo em mais de uma oportunidade, "não impede a impetração do *habeas corpus* a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, nem a efetiva interposição deles" (STF – I Turma. HC n.º 85.673/PA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 31.5.05, publicada no DJ de 24.6.05). No mesmo sentido, cf. STF – I Turma. HC n.º 97.501/RJ. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 18.8.09, publicada no DJ de 23.5.11.

A alternativa torna-se ainda mais atraente quando se verifica que o *habeas corpus* não se submete a quaisquer dos estritos requisitos estabelecidos para o recurso extraordinário. Não há necessidade de prequestionamento, tampouco de esgotamento das vias ordinárias, muito menos de pagamento de custas recursais. Não há sequer necessidade de regular representação processual, visto que o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, ainda que não seja advogado. Não espanta, portanto, que essa tenha se tornado a via processual preferencial para quem quer discutir constitucionalidade de leis, quando estiver em jogo matéria afeita ao Direito Penal (NUCCI, 2014, p. 179).

Conclui-se, pois, que, ao lado dos instrumentos ordinários de controle de constitucionalidade concreto, há agora mais um: o *habeas corpus*.

II.2.4 O caso do HC nº. 82.959/SP

Exemplo mais gritante dessa nova modalidade de controle de constitucionalidade incidental ocorreu no julgamento do HC nº. 82.959/SP.

Consoante determina o texto constitucional, incumbia ao legislador ordinário estabelecer um rol de crimes denominados “hediondos”²². Ao lado da tortura, do terrorismo e do tráfico ilícito de entorpecentes, tais crimes seriam insuscetíveis de fiança, graça ou anistia (BRASIL, CRFB, 1988).

Em obediência ao comando da Constituição, o legislador promulgou a Lei nº. 8.072/90, a definir quais tipos seriam tidos como hediondos, assim como regular sua tramitação processual. Além de aumentar a pena de diversos delitos, o legislador apôs na lei uma severa restrição para os condenados nesse gênero de crime: a pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado (§1º, do art. 2º, da Lei nº. 8.072/90). É dizer: ao contrário

22 A denominação de “hediondo” a determinados crimes foi criticada desde sempre pela doutrina. Como o próprio vocábulo insinua, “hediondo” seria aquilo que provoca repulsa moral, horror, características inerentes a todo e qualquer delito. Logo, seria estranho estabelecer um rol de crimes hediondos por permitir a conclusão, a *contrario sensu*, de que há crimes que não provocam semelhante repulsa. Na verdade, a vagueza do termo sequer permite diferenciar os delitos quanto à sua gravidade objetiva ou mesmo o modo de execução do crime. Resta-nos, portanto, aceitar resignadamente que a definição de hediondo não obedecerá qualquer “critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador” (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 95-96).

dos infratores, digamos, “comuns”, que transitam no sistema penitenciário entre três regimes – fechado, semiaberto e aberto²³ –, os criminosos hediondos teriam de cumprir suas penas inteiramente em penitenciárias de segurança máxima, sem direito a progredir para os regimes menos gravosos.

O dispositivo era aplicado sem maiores ressalvas, até o dia em que um preso de São Paulo conseguiu levar até o Supremo Tribunal Federal seu caso particular. Condenado a doze anos e três meses de reclusão por molestar sexualmente crianças de seis a oito anos, o sentenciado alegava que a vedação à progressão de regime reconduzir-se-ia à imposição de pena cruel e desumana, natureza de sanção vedada pela Constituição (BRASIL, art. 5º, inc. XLVII, da CRFB, 1988). Ademais, ao determinar-se de maneira indiscriminada a vedação de progressão de regime, o legislador teria malferido o direito à individualização da pena, garantia fundamental do cidadão. (BRASIL, art. 5º, inc. XLVI, da CRFB, 1988).

Do lado contrário, argumentava-se que não havia qualquer violação à Constituição ao estabelecer-se a ausência de progressão de regime. Duas eram as razões alegadas. Em primeiro lugar, a natureza da pena não seria de modo algum afetada pela imposição do regime integralmente fechado. Ou cumprir-se a pena em regime fechado seria algo por si só cruel e desumano, e, por conseguinte, qualquer pena cumprida nesse sistema seria banida pela Constituição; ou então não haveria qualquer violação ao texto constitucional, não podendo assim qualificar-se somente pela imposição de que toda a pena será cumprida nesse tipo de regime. Em segundo lugar, não haveria de falar-se em ofensa ao princípio da individualização da pena, haja vista que o regime no qual ela vai ser cumprida nada tem a ver com o tempo de prisão ao qual o réu foi sentenciado. Com efeito, a individualização diz respeito à quantidade de pena aplicada aos diferentes réus, de acordo com o preceito determinado em lei e a aferição particular de suas respectivas

23 Regime fechado é aquele cumprido em prisão de segurança máxima, em isolamento, sem que o preso tenha qualquer direito de sair da penitenciária. O regime semiaberto é cumprido em colônia penal agrícola ou industrial, possibilitando ao condenado trabalhar durante o dia e recolher-se somente durante a noite. Já o regime aberto é cumprido nas chamadas Casas de Albergado, podendo o sentenciado trabalhar fora durante o dia, recolhendo-se somente para dormir à noite e nos finais de semana. Para a definição, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95.

culpabilidades. Assim é que um réu pode ser condenado por um homicídio qualificado a doze anos de cadeia, enquanto outro, tendo praticado o mesmo delito, pode ser condenado a vinte anos de prisão. Na verdade, antes de malferi-la, a vedação à progressão de regime militar em favor da individualização, visto que seria deveras injusto estabelecer tratamento igual a réus condenados em duas variedades de delito diferentes (comuns e hediondos). A isonomia, recorde-se, consiste em tratar de maneira igual os iguais, e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade.

Em decisão tomada por estreita maioria (6x5), o Supremo Tribunal Federal entendeu que o dispositivo em questão violava de fato o princípio da individualização das penas, declarando, assim, a inconstitucionalidade dessa disposição. Concedeu-se, portanto, a ordem mandamental, para que o juízo das execuções penais de São Paulo aferisse se o réu preenchia os requisitos necessários à progressão de regime²⁴.

II.2.5 A Reclamação nº. 4.335/AC

Em que pese a decisão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos, a estabelecer o cumprimento integral da pena em regime fechado, ter sido tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, não havia muitas dúvidas de que seus efeitos beneficiariam apenas o paciente que impetrara o *habeas corpus*. Como se sabe, o recurso extraordinário, como meio concreto e incidental de controle de constitucionalidade, vincula apenas as partes do processo. Os efeitos da decisão não extrapolam os limites da lide, como ocorre no controle abstrato, no qual a decisão do STF possui eficácia vinculante e *erga omnes* (BASTOS, 2010, p. 584). E se essa conclusão é válida para o recurso extraordinário, com mais razão deve sê-lo para o *habeas corpus*, visto que esse remédio constitucional sequer constitui instrumento destinado originariamente ao controle incidental da constitucionalidade de normas. Não foi, contudo, o que ocorreu no caso.

24 STF – Pleno. HC nº. 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 23.2.06, publicada no DJ de 1º.9.06.

Declarada inconstitucional a vedação à progressão de regimes, um preso do Acre ajuizou reclamação diretamente no STF. Nesse processo, alegou-se que o magistrado responsável pelas execuções penais negara a progressão ao réu condenado por crime hediondo. No entender do reclamante, essa decisão confrontava aquela tomada pela Corte no HC nº. 82.959/SP. Tombada sob o número 4.335/AC, essa reclamação representaria uma verdadeira guinada ideológica no pensamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance de suas decisões (CHIMENTI, 2010, p. 429).

Parece claro que o caso reclamava o indeferimento liminar da reclamação constitucional. Como só se pode atalhar a tortuosa via do controle concreto se, antes, houver a prolação de uma decisão com efeitos vinculantes e *erga omnes* – ou seja, decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade –, não seria possível invocar um eventual descumprimento de decisão do STF, visto que o julgado no HC nº. 82.959/SP dizia respeito unicamente às partes desse processo (MONTEIRO, 2015, p.87-89). Até então, prevalecia a noção de vinculatividade estrita das decisões tomadas em controle concreto – pondo-se de lado, por ora, a possibilidade de o *habeas corpus* operar para esse fim. Para parte da doutrina, todavia, embora o sistema brasileiro tivesse mantido a coexistência dos sistemas abstrato e concreto, não haveria qualquer distinção ontológica entre ambos (TAVARES, 2001, p. 285). Para essa corrente, mesmo sendo certo que no controle abstrato a inquirição de constitucionalidade constitui questão *principal* da lide, e, no controle concreto, a matéria constitucional é meramente *prejudicial*, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em um e em outro processo seriam rigorosamente as mesmas (TAVARES, 2001, p. 285).

II.2.6 A redefinição do papel do Senado Federal

Todavia, o relator, Ministro Gilmar Mendes, desenvolveu argumentação no sentido de que os efeitos da decisão proferida pelo STF em controle concreto deveriam ser os mesmos das decisões proferidas em sede de controle abstrato. Segundo Gilmar Mendes, as reclamações seriam sempre cabíveis quando houver “prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do

Supremo Tribunal Federal”²⁵. Não haveria, portanto, razão em distinguir-se os efeitos de uma modalidade de controle dos da outra. De acordo com seu entendimento, o Supremo deixara de ser “Tribunal de prestação de justiça às partes para assumir o papel decisivo de intérprete da Constituição nas suas múltiplas dimensões”. (MENDES, 2011, p. 114).

Seguindo o voto do relator, o Ministro Eros Grau levou esse entendimento às raias do paroxismo, ao afirmar que “passamos em verdade de um texto [pelo qual] *compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*” para outro texto, segundo o qual “*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*”²⁶.

A comunidade jurídica foi tomada de assombro. O STF arrogara-se o direito de “reescrever” o texto constitucional para reduzir o papel do Senado Federal ao de uma “secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal” (STRECK, CATTONI, LIMA 2015, p. 5). Em outras palavras: retirou-se-lhe o poder de cancelar as decisões do STF, conferindo-lhes efeitos *erga omnes*, e o reduziu a um mero “órgão de imprensa” (STRECK, CATTONI, LIMA 2015, p. 5).

Na mesma linha, o Ministro Joaquim Barbosa atentou para os riscos de semelhante decisão por parte do Tribunal. De acordo com ele, o que se estava operando era a “supressão de uma competência do Legislativo, competência essa que vem sendo exercida”. Ao fim e ao cabo, o STF estaria a “tornar letra morta um dispositivo da Constituição que vem sendo aplicado”²⁷.

Há, no entanto, quem defenda o contrário. Vozes autorizadas na doutrina afirmam que o dispositivo previsto no inciso X do art. 52 da CF/88 “tornou-se um anacronismo” (BARROSO, 2009, p. 130-131). Em respeito ao

25 Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl n.º. 4.335/AC.

26 Trecho do voto do Ministro Eros Grau na Reclamação n.º. 4.335/AC. Itálicos do original.

27 Cf. voto do Ministro Joaquim Barbosa na Rcl. n.º. 4.335/AC.

princípio da economia processual, não faria sentido “obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!” (BARROSO, 2009, p. 130).

O fato é que, por essa linha de raciocínio, o inciso X do art. 52 da Constituição Federal de 1988 passaria a vagar como um zumbi, uma norma semiviva. Com efeito, quando se pretende estender ao controle concreto os mesmos efeitos das decisões proferidas em controle abstrato, “cai por terra a própria diferença” entre ambos (STRECK, CATTONI, LIMA 2015. p. 5). Desnecessário seria, portanto, cogitar a possibilidade de o Senado estender efeitos que o STF, por si só, já produzira.

II.2.7 A controvérsia no julgamento

Foi exatamente o que percebeu o Ministro Marco Aurélio. Visto que o ordenamento brasileiro consagra duas modalidades de fiscalização de constitucionalidade – concreta e abstrata –, indagou-se o ministro: “podemos estender ao controle difuso a eficácia *erga omnes*?” Sancionando essa posição, estaria o Supremo “embaralhando os dois controles e a eles dando a mesma consequência jurídico-constitucional”. Eis porque não se poderia cogitar mutação constitucional no caso, preservando-se a dualidade de fiscalização presente no sistema brasileiro²⁸.

Nesse contexto, a conclusão inescapável era a de que o art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988 continuava tão vigente quanto dantes. Dentre as inúmeras reformas constitucionais pelas quais o Brasil passou, em quase uma centena de emendas²⁹, nenhuma delas cuidou de tratar de alteração funcional ou mesmo da abolição das resoluções do Senado Federal. Constatando-se que se trata de norma contida no texto original da Constituição, é difícil imaginar que se possa simplesmente dá-la como

²⁸ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio na Rcl. n.º. 4.335/AC.

²⁹ A prodigalidade do legislador constituinte derivado é de tal maneira embaraçosa que é difícil defender no além-mar que a Constituição de 1988 seja formalmente rígida. Tão inusitada é a rigidez que não resiste a alguns meses sem que haja uma mudança constitucional que o Prof. Blanco de Moraes, por exemplo, não hesita em classificar o texto brasileiro como uma constituição apenas “nominalmente rígida” (MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 404).

não escrita, ou defender uma improvável mutação constitucional que tenha reduzido o Senado ao papel de mero divulgador das decisões do STF (MONTEIRO, 2015, p. 88).

Talvez pensando nisso, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vistas do processo. Ao devolvê-lo, assentou Sua Excelência a marcada diferença entre ambos os tipos de controle de constitucionalidade, a depor contra a possibilidade do emprego da reclamação para casos em que o Supremo tenha decidido a matéria *incidenter tantum*. Ademais, asseverou o Ministro Lewandowski, a interpretação proposta pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau conduziram a “significativo aviltamento” do Senado Federal, ao reduzi-lo ao papel de “mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal”. Essa *capitis diminutio* terminaria por “suprimir competências de um Poder de Estado” e, dessa forma, “colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos”. Por isso, o ministro negava conhecimento à reclamação, mas concedia a ordem *ex officio*, para fins de determinar a análise do pedido de progressão de regime do paciente³⁰.

II.2.8 A solução do Ministro Teori Zavascki

O julgamento foi novamente interrompido, dessa vez por pedido de vistas do Ministro Teori Zavascki. Em seu voto, o Ministro Teori elaborou longo histórico a respeito da evolução do sistema de precedentes judiciais no Brasil, para afirmar que a negativa de adesão das instâncias ordinárias aos entendimentos firmados pelo STF, seja em controle concreto, seja em controle abstrato, “importará, em maior ou menor intensidade, ofensa à autoridade das decisões da Suprema Corte”. Isso levaria, “numa interpretação radical”, à conclusão de que qualquer prejudicado poderia “intentar perante a Corte a ação de reclamação”. Entretanto, “tudo recomenda que se confira interpretação estrita a essa competência”. Do contrário, o Supremo seria transformado “em verdadeira Corte executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias”³¹.

30 Cf. voto do Ministro Ricardo Lewandowski na citada Rcl nº. 4.335/AC.

31 Cf. voto do Ministro Teori Zavascki na citada Rcl nº. 4.335/AC.

Para não exacerbar as hipóteses de cabimento da reclamação e, ao mesmo tempo, garantir ao Supremo a possibilidade de julgar o caso concreto, o Ministro Teori saiu-se com uma engenhosa construção. Como, após o julgamento do caso, houve a superveniência da Súmula Vinculante nº. 26³², a reclamação que inicialmente não era cabível tornou-se conhecível. Assim, o Ministro conheceu da reclamação e julgou-a procedente, face ao advento de súmula vinculante a dispor sobre a matéria. O Tribunal, afinal, seguiu o entendimento do Ministro Teori Zavascki, conhecendo da reclamação e julgando-a procedente, por violação à Súmula Vinculante nº. 26³³.

Trata-se de resultado de discutível fundamentação teórica, visto não se conceber que o juízo reclamado tenha desrespeitado uma súmula vinculante que sequer existia ao tempo da reclamação. Verdadeiramente, o Supremo Tribunal Federal acabou por desviar-se da questão de fundo. O advento de súmula vinculante com conteúdo idêntico à da decisão proferida no HC nº. 82.959/SP sepultou a discussão sobre o cabimento da reclamação e, por conseguinte, sobre os efeitos advindos das decisões prolatadas pela Corte em controle concreto.

A dúvida sobre a questão, portanto, remanesce.

III. PROPOSTA DE SOLUÇÃO

De todas as soluções para as diversas modalidades processuais que assoberbam o Supremo Tribunal Federal com uma quantidade absolutamente incomum de feitos, nenhuma é mais simples do que a alternativa para resolver o problema do *habeas corpus*. No caso específico desse instrumento processual, não seria necessária qualquer mudança legislativa, quer a nível legal, quer a nível constitucional, para diminuir a carga de trabalho

32 "Súmula Vinculante 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

33 STF – Pleno. Rcl. Nº. 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 21.3.14, publicada no DJ de 22.10.14.

do Supremo Tribunal Federal. Bastaria ao Supremo fazer algo que às vezes parece muito difícil de executar: obedecer à Constituição.

Para solucionar esse aspecto procedimental, seria necessário apenas proceder a uma leitura mais atenta e menos complacente do texto constitucional. Bastaria ao STF compreender que, *caso não se trate de processo originário dos Tribunais Superiores*, isto é, de processo no qual figure autoridade cujo foro por prerrogativa de função recaia sobre o STJ, *não caberá habeas corpus ao Supremo Tribunal Federal*. Aliás, é a isso que se reconduz o foro especial por prerrogativa de função: somente quando o paciente detiver foro privativo, caberá a impetração do remédio constitucional no “órgão de jurisdição privativa” correspondente. (FOPPEL, 2008, p. 36)

Nesse sentido, a propósito, convém recordar o voto do Ministro Luiz Fux no emblemático julgamento do HC nº. 152.752/PR, no qual se discutiu a possibilidade de prisão do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Naquela ocasião, Sua Excelência assentou que o cabimento do *habeas corpus* com base na alínea ‘i’, do art. 102, da Constituição Federal, só faz sentido “quanto o ato coator deriva de Tribunal Superior”. Do contrário, como bem ressaltou o Ministro Fux, “não teria sentido a previsão de um recurso ordinário constitucional”³⁴. Embora vencido nesse ponto, o Ministro Fux deixa claro que o próprio Supremo já começa a atentar para o problema da permissividade excessiva no que se refere ao *habeas corpus*.

Dessa forma, cidadãos comuns e mesmo outras autoridades detentoras de foro privilegiado nos tribunais locais, como prefeitos e vereadores, jamais alcançariam o Supremo através da via do *habeas corpus*. Ele deixaria de ser uma “via de verdadeiro atalho” para a jurisdição constitucional e retomaria sua função original de remédio constitucional das liberdades (ASSIS e ARAÚJO, 2012, p. 22). Seria enfim encerrada a fase daquilo que parte da doutrina passou a designar jocosamente de “HC canguru: aquele que, de liminar em liminar, salta instâncias”, permitindo que se “pule” rapidamente do 1º grau ao STF³⁵. Só com essa medida, seria possível diminuir enor-

34 Cf. voto do Ministro Luiz Fux no HC nº. 152.752/PR.

35 ARAS, Vladimir. A nova doutrina brasileira do habeas corpus. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2012/09/09/a-nova-doutrina-brasileira-do-habeas-corpus/>. Acesso em 21 dez. 2017.

memente a quantidade de remédios constitucionais de liberdade julgados anualmente pelo STF.

De fato, quando se contempla o conceito de “autoridade coatora”, não há como negar que somente podem enquadrar-se nessa expressão os sujeitos “responsáveis por atos de constrição à liberdade física”. Tratando-se de processo penal, os únicos sujeitos que podem encampar essa condição são os juízes, os membros de tribunais, os delegados de polícia e os integrantes do Ministério Público (FOPPEL e SANTANA, 2008 p.44). A esse respeito, o Código de Processo Penal é inequívoco, quando assevera que “a competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição” (art. 650, §1º, do CPP). Logo, “quando o ato constritivo ou sua ameaça provier de autoridade judiciária, será do tribunal imediatamente superior a esta” (FOPPEL e SANTANA, 2008 p.51).

Como parece evidente, somente quando esses agentes encontrarem-se no efetivo exercício da persecução penal contra o agente ficará justificado o manejo do *habeas corpus* ao órgão judicial competente: juiz de 1º grau, quando o coator for delegado de polícia; tribunal *ad quem*, quando o coator for juiz de 1º grau; Superior Tribunal de Justiça, quando o coator for membro de tribunal local; e Supremo Tribunal Federal, quando a autoridade coatora for ministro do STJ. Trata-se, em suma, de simplesmente respeitar o critério hierárquico estabelecido no próprio texto constitucional, a partir de uma leitura sistemática da Constituição. O *habeas corpus* não pode ser deslocado de sua função original de garantia da liberdade de ir e vir para ocupar um lugar central no sistema de controle de constitucionalidade normativo, tornando-se o principal instrumento de fiscalização das leis penais. Qualquer interpretação em sentido contrário representa deturpação manifesta do espírito do instrumento tal como positivado na Carta de 1988.

E nem se venha alegar que tal entendimento configuraria restrição indevida ao nobre instrumento do *habeas corpus*. Ao fim e ao cabo, o que se pretende é apenas colocar ordem na possibilidade de impetração do remédio constitucional das liberdades, visto que nenhuma corte constitucional

do planeta possui competência tão ampla para processamento de quaisquer ilegalidades cometidas pelos cidadãos. Afinal, parece claro que “os tribunais superiores não têm vocação criminal”³⁶. Como órgãos colegiados “distantes do delito”, é natural que as Cortes demonstrem “pouca agilidade e decidam com lentidão” as causas penais originárias (TAVARES FILHO, 2017. p. 19-20). Ao sujeito cerceado de modo indevido em seu direito de ir e vir, continuará assistindo o direito de impetrar *habeas corpus*.

Argumenta-se, em sentido contrário, que a possibilidade de que o Supremo possa editar uma súmula vinculante impediria a multiplicação inútil de *habeas corpus* sobre a mesma a matéria (GONÇALVES, 2010, p. 96). O problema desse entendimento resulta na legitimação da corrupção implementada pela impetração sucessiva desse remédio constitucional de liberdade, exacerbando um papel do *habeas corpus* como instrumento de controle de constitucionalidade das normas penais, matéria para a qual, em princípio, ele não foi desenhado. Quando se verifica que, dentre as inúmeras variedades processuais existentes, a única que rivaliza com o recurso extraordinário em matéria de números é o *habeas corpus*, conclui-se que alguma coisa de errado se passa com a jurisdição constitucional brasileira.

Não se trata, portanto – e convém deixar isso devidamente registrado –, de uma interpretação que vulnere o âmbito de cabimento do *habeas corpus* ou mesmo uma posição que represente “flexibilização de garantias fundamentais” (ARAS, 2017 p. 01). Trata-se, tão-somente, de fazer com que a restrição presente na cláusula de foro por prerrogativa de função, quanto ao alcance das autoridades cujo julgamento a Constituição comete ao Supremo, seja efetivamente respeitada.

Além disso, é no mínimo discutível entender o próprio cabimento do *habeas corpus* em casos em que se discute constitucionalidade da lei penal – que conta com a presunção de constitucionalidade em seu favor –, visto

36 SOUZA, Lúcio Ney de. *Foro privilegiado*. Mossoró: Queima Bucha, 2014, p. 284. Apenas a título de ilustração, a rumorosa “Operação Lava Jato” resultou em mais de 144 condenados no âmbito das justiças federais do Paraná e do Rio de Janeiro. No STF, nenhum detentor de foro privilegiado foi sequer julgado até o momento. Os dados são do site “Congresso em Foco”. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/lava-jato-ja-condenou-mais-de-140-pessoas-supremo-nao-julgou-ninguem/>.

que um dos pressupostos para a concessão da medida é que a ilegalidade seja manifesta³⁷. O próprio Supremo Tribunal Federal, contraditoriamente, já rejeitou em mais de uma oportunidade a utilização do *habeas corpus* para discutir a inconstitucionalidade de lei em tese³⁸. Mesmo assim, a Corte continua a admiti-los e processá-los, contra disposição expressa da Constituição.

A bem da verdade, caso fosse possível salvar o emprego atual do *habeas corpus* com base nessa sistemática, seria necessário antes demonstrar a possibilidade de conciliar o conceito de “ilegalidade manifesta” com o de presunção de legitimidade das leis aprovadas pelo Parlamento. Se de fato a atuação dos agentes da lei com base em norma aprovada pelo Congresso pudesse ser, sob qualquer ângulo que se observe, tida como “constrangimento de liberdade manifestamente ilegal”, seria de perguntar-se a que patamar ficaria reduzido o princípio segundo o qual as leis aprovadas pelo processo legislativo são presumidamente constitucionais. Em todo caso, o ônus argumentativo – com os inquietantes riscos que dele resultam – corre por conta de quem queira afastar essa presunção.

IV. CONCLUSÃO.

Como se viu ao longo deste trabalho, o *habeas corpus* – no âmbito da prática jurídica do Supremo Tribunal Federal – acabou por ser completamente desvirtuado de sua função original, transformando-se numa espécie anômala de controle de constitucionalidade das leis penais.

Esse desvirtuamento do *habeas corpus* tem contribuído para o grave problema de acúmulo processual do STF, além de depor contra a sistemática regular dos nossos instrumentos recursais, permitindo às partes uma dupla análise da matéria, tanto por recurso extraordinário, como através de HC.

37 Esse, a propósito, é um dos motivos pelos quais não cabe dilação probatória em *habeas corpus*, devendo o remédio sempre vir acompanhado de prova pré-constituída. Nesse sentido, cf. FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Op. Cit., p. 61.

38 Cf., por exemplo, STF – II Turma. HC n.º. 96.425/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 3.3.09, publicada no DJ de 13.8.09; e STF – II Turma. HC n.º. 109.101/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 7.2.12, publicada no DJ de 29.5.12.

Além de depor contra cláusulas constitucionais que estabelecem estritamente o cabimento do *habeas corpus* no Supremo somente àquelas autoridades que disponham de foro especial por prerrogativa de função, a utilização indevida dessa via autônoma de impugnação acaba também por vulgarizar a jurisdição do STF, assim como contribuir diretamente para a sensação de impunidade que viceja em nosso país.

A nosso ver, o Supremo deveria adotar uma interpretação mais consentânea – e, portanto, mais restritiva – quanto ao cabimento dos HCs impetrados na Corte, de modo a restaurar a nobreza e a função original desse instrumento de garantia das liberdades individuais.

V. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARAS, Vladimir. A nova doutrina brasileira do habeas corpus. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2012/09/09/a-nova-doutrina-brasileira-do-habeas-corpus/>. Acesso em 21 dez. 2017.

ASSIS, Jefferson Alves; ARAÚJO, Antônio Fábio Medrado. *Dogmática do habeas corpus na Suprema Corte brasileira*. São Paulo: Pillares, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXXI, p. 233-290. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARUFFINI, José Carlos Tosetti. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 4ª. Ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Fábio Caprio Leite de. *Comentários sobre o habeas corpus na esfera cível*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9726/comentarios-sobre-o-habeas-corpus-na-esfera-civel>. Acesso em 27 dez. 2017.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Guilherme Braga da. *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*. Separata da Revista Scientia Iuridica, IV, São Paulo, 1954.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Habeas Corpus. In DIDIER JR., Freddie (org.). *Ações constitucionais*. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, Tadeu Hutler. *A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade no Brasil e em Portugal*. Lisboa: BFDUL, 2010.

HETSPER, Rafael Vargas. *O remédio do momento: habeas corpus*. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=2272. Acesso em 24 abr. 2017.

HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, José de Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3ª. Ed. São Paulo: RT, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011

MONTEIRO, Arthur Maximus. *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*. Curitiba: Juruá, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAIS, Carlos Blanco de. *O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa*. Coimbra: Almedina, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas corpus*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou Da vocação da doutrina em nosso tempo)*. Revista dos Tribunais, v. 99, n. 891, p. 65-106. São Paulo: RT, janeiro/2010.

ROMANO, Rogério Tadeu. *A legitimidade ativa da pessoa jurídica no habeas corpus*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39605/a-legitimidade-ativa-da-pessoa-juridica-no-habeas-corpus>. Acesso em 11 nov. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUZA, Lúcio Ney de. *Foro privilegiado*. Mossoró: Queima Bucha, 2014.

STRECK, Lênio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade; LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912 Acesso em 17 set. 2015.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES FILHO, Newton. *Foro privilegiado: pontos positivos e negativos*. Disponível em http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2016_10290_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos. Acesso em 12 dez. 2017. p. 19-20.

A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS ESTABELECIDADA PELO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA PERSPECTIVA COMPARADA

Cesar Felipe Cury

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Membro da Comissão de Acesso à Justiça do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Mestre e Doutorando em Direito. Coordenador e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Presidente do Fórum Permanente e Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Mediação da EMERJ. Diretor de Métodos Consensuais do Instituto dos Magistrados do Brasil (IMB) e da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Membro efetivo do IBDP. Membro de Diretoria de Conciliação e Mediação e do Conselho de Inovação da AMB. Professor convidado da Pós-Graduação *lato sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ - Direito Processual Civil). Membro da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Membro do Grupo Decisório do Centro de Inteligência do TJRJ.

Larissa Clare Pochmann da Silva

Pós-Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Coordenadora do Curso de Direito do Campus Recreio (RJ). Advogada.

Nilton Cesar da Silva Flores

Advogado em WFCD Advogados; Árbitro internacional e Professor Associado II da UFF; Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre pela UGF ; Aprovado em 1º lugar no concurso público para professor adjunto de Direito Empresarial da UFF; Membro do Comitê Institucional de Inovação da UFF ; Membro do Conselho Editorial da Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça - STJ ; Editor Associado da Revista Direito em Movimento da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ; Membro da Câmara Socioambiental e de Disseminação do Conhecimento - CSDC- Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro; Coordenador do GEDAPI (Grupo de Estudos em Direito Ambiental e propriedade intelectual). Possui pesquisas aprovadas pela CAPES na área de inovação e sustentabilidade - PROCAD e exerce a advocacia como consultor e parecerista. Graduado pela UFRJ, cum laude. Integrou diversas bancas de concurso público, dentre elas, a de Juiz Federal TRF-2, servidor do TJRS e juiz do Tribunal Marítimo. Árbitro Internacional e Consultor jurídico em Oliveira Fernandes, Henriques Associados - Lisboa - Portugal. Membro do FORUM de Estudos da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e Coordenador acadêmico do Núcleo de Pesquisa em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos - EMERJ.

Submetido em: 19/09/2021

Aprovado em: 21/09/2021 e 23/09/2021

RESUMO: O presente trabalho analisa a vinculação aos precedentes judiciais no Brasil e no cenário estrangeiro, ressaltando como a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro não apenas é constitucional, como aperfeiçoa o direito jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Vinculação; Precedentes; Direito Estrangeiro.

ABSTRACT: This paper analyzes the binding effect of precedents in Brazil and in the foreign scene, emphasizing how the attribution of binding effectiveness to judicial precedents in the Brazilian legal system is not only constitutional, but also improves the jurisprudential law.

KEYWORDS: Binding Effect; Constitutionality; Comparative Law.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil trouxe um tratamento coerente e compromissado como direito jurisprudencial, para tentar alcançar a uniformidade do julgamento dos tribunais e o respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores, mas tem sido alvo de críticas. Muito se discute sobre a constitucionalidade do seu artigo 927, que atribui eficácia vinculante ao direito jurisprudencial, dentro de hipóteses tipificadas pelo novel estatuto.

Considerando que o referido dispositivo é o ponto central do bem-estruturado sistema delineado, o presente trabalho analisará a vinculação aos precedentes no direito brasileiro e, a partir da experiência de países de *civil law*, procurará destacar a relevância do artigo 927 para o sistema construído.

A análise de países de *civil law* se justifica para demonstrar que, mesmo no cenário de ordenamentos que valorizam a legislação escrita, não é só possível, como também importante a existência de precedentes vinculantes.

1. O ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil dispunha sobre o respeito ao precedente dos Tribunais Superiores, bem como sobre a necessidade de uniformidade aos julgamentos dos tribunais¹, uma preocupação que norteou todas as etapas legislativas do processo legislativo, em virtude da extrema falta de sintonia entre pronunciamentos judiciais (WAMBIER, 2012, p. 11).

Buscou-se a construção de um sistema processual integrado e coerente (MACCORMICK, 2005, p. 188), que se afastasse do fenômeno denominado de “loteria judiciária”, que até então era frequente na cultura jurídica brasileira, tanto em virtude do desrespeito aos julgamentos dos tribunais (WAMBIER, 2013, p. 377) como também decorrente da estrutura

¹ Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 22 mar. 2016.

dos próprios tribunais, de órgãos fracionários com competência concorrente (MENDES, 2014, p. 34-35), que acabam, muitas vezes, firmando entendimentos diversos, sem prejuízo das bruscas – e nem sempre desejáveis – alterações dos entendimentos (WAMBIER, 2015, p. 1313-1314) (WAMBIER 2012, p. 32).

O objetivo era que o novo diploma, ao entrar em vigor, desafiasse certas culturas epráticas jurídicas, para tentar alcançar a uniformidade no posicionamento dos tribunais (DUXBURY, 2008, p. 142) ,a previsibilidade, a estabilidade e, como consequência, também a segurança jurídica, inerentes ao Estado Democrático de Direito¹². (SARLET, 2014, *on-line*)

Concluídos os trabalhos legislativos, o resultado foi uma nova legislação, com um tratamento coerente e compromissado com o direito jurisprudencial, em um modelo ampie fundamentado, com tratamento dual: tanto referindo-se a julgamentos sem vinculatidade formal vertical (já que, horizontalmente, os tribunais devem aplicar seus próprios precedentes) como a julgamentos vinculantes por determinação legal (ZANETI, 2016, p. 343), esses últimos expressamente previstos no artigo 927 do novo Código de Processo Civil.

Possuem eficácia vinculante: (i) a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade – Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, que são declaratórias e possuem eficácia *erga omnes*; (ii) os enunciados de súmula vinculante, isto é, aqueles elaborados pelo Supremo Tribunal Federal; (iii) os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, a resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivos; (iv) os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional; (v) a orientação do plenário ou do órgão especial a que estiverem vinculados. Cabe destacar que eficácia vinculante significa a obrigatoriedade conferida a determinado enunciado jurisprudencial. (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 689).

O primeiro item se refere à força obrigatória dos julgamentos do STF produzidos em controle concentrado de constitucionalidade, tanto em

relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país como em relação à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Juízes e tribunais têm de observar o comando emergente do acórdão do STF em controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos federais ou estaduais contestados em face da Constituição, tendo o novo diploma apenas reiterado a previsão constitucional. Discute-se se a hipótese representa respeito à coisa julgada ou o efeito de precedente vinculante² a todos os órgãos jurisdicionais. (DIDIER JR, 2021, p. 464).

A atribuição de eficácia vinculante às decisões do STF proferidas em ação direta de declaração de constitucionalidade de lei ou de outro ato normativo foi introduzida no ordenamento brasileiro pela Emenda Constitucional nº 03/93, reproduzida também no artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou o artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal, para acrescentar o efeito vinculante também à ação direta de inconstitucionalidade.

Em termos de eficácia vinculante, além de reafirmar a eficácia obrigatória dos enunciados de súmula vinculante (STRECK, 2015) (art. 927, inciso II), o artigo 927, em seu inciso IV, atribui força obrigatória aos enunciados de súmula do STF em matéria constitucional e, ainda, do STJ apenas em se tratando de matéria infraconstitucional.

As súmulas vinculantes já tinham previsão na Constituição antes do CPC/2015, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu, no texto da Constituição Federal, o artigo 103-A, permitindo ao Supremo Tribunal Federal, mediante decisão de dois terços dos seus membros e após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar súmula vinculante, a ser obrigatória aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 11.417/2006.

2 Adriana Scheleder discorda que tais julgamentos sejam precedentes, explicando que os referidos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade não geram precedentes, mas sim efeito normativo, cuja autoridade decorrente de dispositivo constitucional deve ser respeitada, sob pena de cassação do ato que a desconsidera. Essas decisões possuiriam efeito vinculante, o que não significa que sejam precedentes com efeitos vinculantes. Sobre o tema: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessário sistema jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Curitiba: Univali, vol. 10, p. 2.095.

Cumprе destacar que se autoriza expressamente a possibilidade de revisão ou mesmo de revogação da regra sumulada, de forma a evitar a estagnação dos julgamentos e permitindo-se a evolução em sintonia com as mudanças sociais e econômicas da nação. O novo código apenas reitera essa previsão, mas os enunciados de súmula também passam a ter força obrigatória.

No caso especificamente das súmulas vinculantes (MENDES, p. 1002-1010)¹⁸, que possuem referência no artigo 927, II, não há qualquer confusão com precedente (STRECK, 2008, p. 166) porque: (i) o efeito vinculante vem da Constituição; (ii) a instituição do efeito vinculante tem como objetivo impedir novas discussões sobre a matéria por norma infraconstitucional, e não atender a solução de uma demanda entre as partes; (iii) a aplicação do precedente com efeito vinculante se dá de forma dedutivista, enquanto a súmula é regra geral e abstrata.

Nos termos do artigo 927, inciso III (MENDES, 2016), há, ainda, a previsão do incidente processual para a elaboração do precedente obrigatório, com natureza de processo objetivo. Nesses casos, a decisão dotada de efeito vinculante almeja constituir-se como regra decisória diante de uma multiplicidade de casos concretos.

Em relação aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial dos tribunais, previstos no artigo 927, inciso V, estabelece-se que devem ser respeitados os julgamentos, em virtude da maior quantidade de magistrados que participam de sua formação.

Porém o sistema não deixou de ser alvo de críticas. E uma das mais latentes alegações em relação ao modelo estabelecido foi justamente a inconstitucionalidade da vinculação ser estabelecida pela legislação infraconstitucional, debate esse polarizado no Brasil desde a tramitação do projeto no Congresso Nacional. (ZANETI, 2021, *on-line*).

Chegou-se a suscitar a inconstitucionalidade do artigo 927 do CPC, que, segundo Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 366-372), poderia ser sintetizada a partir de 3 (três) distintos argumentos: (i) a inconstitucionalidade

dos incisos III (os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos), IV (os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional) e V (a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados) do artigo 927; (ii) a não obrigatoriedade dos incisos IV (os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional) e V (a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados); e (iii) somente as Cortes Supremas formariam precedentes obrigatórios, mas o artigo 927 estabelecerá a eficácia horizontal de respeito aos julgamentos.

Seguindo-se essa subdivisão, acrescentar-se-á ainda um argumento intermediário, de que a vinculação estabelecida pelo 927 do CPC seria constitucional, mas poderia se tornar inconstitucional caso o Poder Judiciário não proporcionasse a participação nem seguisse a posição majoritária. Destaca-se, por oportuno, que nem todos os autores que serão referidos manifestam expressamente um posicionamento sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da previsão do artigo 927. Eles apenas aludem a argumentos que podem ser utilizados para o debate do tema.

Iniciando a exposição dos argumentos pela inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do artigo 927, Nelson Nery Júnior defende que a previsão de vinculação deve estar prevista na Constituição, o que apenas acontece em relação ao julgamento de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado (artigo 927, I) e à súmula vinculante (artigo 927, II). O autor destaca que há previsões de alteração da Constituição, ainda sem votação, mas o caminho do novo Código de Processo Civil não respeitou o devido processo ao ampliar as hipóteses de vinculação previstas na Constituição. (NERY JUNIOR, 2015, p. 1837, 1841).

Nesse sentido, a constitucionalidade, para o referido autor, paira apenas em relação aos incisos I e II, por serem mera reprodução do texto constitucional, sendo os demais incisos inconstitucionais.

José Maria Tesheiner (2021, *on-line*) observa, ainda, que o diploma processual pretendeu incluir os precedentes como fontes formais do direito, exigindo-se sua observância incondicional, com nítido poder normativo inconstitucionalmente atribuído aos tribunais por lei ordinária. Ademais, cria um sistema de concentração do poder jurisdicional em Brasília: só os tribunais superiores poderão “dizer o direito”, cabendo aos demais juízes e tribunais apenas a tarefa de aplicar aos casos particulares o que eles houverem dito.

Há, ainda, o argumento de que o efeito vinculante consagrado no art. 927 do CPC restringe demasiadamente a liberdade do magistrado (GONÇALVES, 2008, p. 221-247) ao eliminar a possibilidade de interpretação da norma jurídica de forma diversa da adotada no precedente. (FERREIRA, 2021, *on-line*)

Por fim, argumenta-se que ocorreria centralização do poder na contramão da nossa Magna Carta, passando o Judiciário de julgador para legislador. Tal quadro resultaria na existência de um direito estático, e não dinâmico. (TORQUATO LEITE, p.18)

Em relação à não obrigatoriedade dos incisos IV (os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional) e V (a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados), defende-se que nem todos os temas relativos ao direito jurisprudencial previstos no artigo 927 seriam vinculantes. O artigo 927 criaria, para juízes e tribunais, apenas o dever jurídico de levar em consideração, nos seus julgamentos, pronunciamentos ou enunciados sumulares constantes no artigo. A eficácia vinculante não resultaria do artigo 927, mas de outra norma que atribuísse tal eficácia. (CÂMARA, 2020, p. 434)

Nesse sentido, haveria eficácia vinculante nos incisos I a III, mas seriam meramente argumentativos os enunciados IV e V.

A vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I) e dos enunciados de súmula vinculante (artigo 927, II) advém de previsão constitucional, respecti-

vamente os já referidos artigos 102, §2º e 103-A da Constituição Federal, mas a previsão de vinculação não estaria restrita à Constituição. O fundamento para a vinculação nas hipóteses do inciso III se encontra no artigo 947, §3º, que é a norma para vinculação no caso do incidente de assunção de competência; os artigos 985 c/c 987, §2º, tratam da eficácia vinculante no caso do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o artigo 1.040 do CPC tratados acórdãos proferidos nos julgamentos de recursos especiais ou extraordinários.

Já nas hipóteses do artigo 927, IV (os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional) e V (orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados), por não haver norma que atribui eficácia vinculante, a mera previsão no artigo 927 o tornaria meramente argumentativo.

Quanto à defesa da inconstitucionalidade do artigo 927 porque apenas as Cortes Supremas poderiam proporcionar eficácia vinculante na perspectiva vertical, o argumento seria que as Cortes Supremas “*têm por função interpretar de forma adequada a Constituição e a legislação infraconstitucional federal, promovendo a unidade do Direito mediante a formação de precedentes vinculantes*” (MITIDIERO, 2014, p. 267). As Cortes Supremas teriam o dever de dar unidade ao direito, solucionando casos que sirvam como precedentes, enquanto as Cortes de Justiça deveriam aplicá-los a seus julgamentos sem quebra de igualdade, cabendo a estas fomentar o debate sobre as melhores opções interpretativas. (MARINONI, 2015, p. 608).

Nesse diapasão, apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formariam precedentes vinculantes, enquanto os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dariam lugar à jurisprudência, que não teria autoridade vinculante. No entanto, ambos poderiam elaborar súmulas como “meio de trabalho”, sem eficácia vinculante, no sentido de apenas colaborar, tanto na interpretação como na aplicação do Direito, para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça. (MARINONI, 2015, p. 609-610).

Ressalva-se, porém, que o artigo 927 seria capaz de estabelecer a eficácia vinculante horizontal, cabendo ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça o respeito aos próprios precedentes, e aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça, o respeito aos seus próprios julgamentos.

Em posicionamento intermediário, cabe mencionar que a atuação do Poder Judiciário com efeito vinculante não deve representar inovação na ordem jurídica sem fundamento majoritário, sob pena de usurpar a competência própria dos demais poderes estatais. Somente uma atuação que respeita decisões majoritárias será legítima para ser vinculante (BARCELLOS, 2014, p.150). Caso contrário, haverá ofensa à separação de poderes, não podendo o Judiciário proferir decisões vinculantes que desrespeitem a participação social direta ou indireta e bases majoritárias.

2. A VINCULAÇÃO NO DIREITO COMPARADO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE PAÍSES DE CIVILLAW

Diante de latente discussão sobre a constitucionalidade de atribuição de eficácia vinculante ao direito jurisprudencial, cabe então analisar o contexto brasileiro diante do direito estrangeiro, a fim de verificar se algum país já teve experiência semelhante.

Podem-se identificar diferentes modelos de vinculação no direito estrangeiro, mas, por ora, limitar-se-á a abordagem aos países com a tradição jurídica similar à do Brasil, de *civil law*, em que, em sua origem, o direito jurisprudencial não seria fonte nem se reconheceria a doutrina do *stare decisis*, mas apenas auxiliaria a interpretação do direito (ALGERO 2005, p. 787). Nesse cenário, opta-se por breve abordagem do Brasil, para o estudo de Portugal e da Itália, apesar de o cenário ser bem mais amplo.

2.1 Portugal

Em Portugal, a tentativa de vinculação é antiga; remete aos assentos da Casa da Suplicação. Os assentos da Casa da Suplicação, órgão que fun-

cionava como Corte Superior de Portugal, eram escritos no chamado Livro da Relação e tinham caráter vinculante, pois os juizes ou desembargadores que decidissem em desconformidade com aqueles preceitos poderiam ser suspensos, como estava expressamente previsto no Livro V Título LVIII das Ordenações Manuelinas. Foram tratados não apenas na Segunda Ordenação, como nas Ordenações Filipinas e em legislações extravagantes.

Com o advento da Constituição de 1822, teve-se a previsão, em seu artigo 191, de um Supremo Tribunal de Justiça como corte superior, que só veio a ser criado e estruturado em maio de 1832, em substituição à Casa da Suplicação.

Em 1926, foi editado o Decreto n° 12.353, que previa, em seu art. 66, um sistema de recurso inominado, cuja hipótese de cabimento era a existência de soluções contraditórias sobre a mesma questão de direito por parte do Supremo Tribunal de Justiça. A competência era do Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, que passou a denominar esses acórdãos de assentos, analisando-os através do quórum de maioria qualificada de seus membros (pelo menos 4/5 dos seus membros) e, uma vez aprovados, eram publicados no Jornal Oficial e no Boletim do Ministério da Justiça e passavam a ter força vinculante³ (TRALDI, 2008, p. 22-23) em face do próprio Supremo e dos órgãos jurisdicionais inferiores.

Essa sistemática foi reproduzida no Código de Processo Civil Português de 1939, que, nos artigos 763 a 770, trouxe ao recurso nomenclatura idêntica à figura editada pela antiga Casa da Suplicação: assentos. A interposição desse recurso estava condicionada pela verificação dos seguintes requisitos: (a) existência de oposição entre acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça sobre a mesma questão de direito; (b) tal oposição haveria de verificar-se no âmbito da mesma legislação; (c) os acórdãos opostos deveriam ter sido proferidos em processos diferentes ou em incidentes diferentes do mesmo processo; (d) o acórdão anterior invocado como fundamento do recurso já deveria ter transitado em julgado (artigo 763). Admitido o recurso, o recorrente apresentaria alegação tendente a demonstrar que entre o

³ Acórdão n° 810/93, Tribunal Constitucional de Portugal, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

acórdão recorrido e o acórdão anterior mencionado no requerimento existia a oposição exigida por lei (artigo 765 do Código de 1939).

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1961, relativamente ao recurso para o Tribunal Pleno e à uniformização da jurisprudência, manteve o sistema instituído pelo Código de Processo Civil de 1939, todavia com uma brusca mudança: a faculdade concedida ao Supremo Tribunal de Justiça de alterar as prescrições fixadas em seus assentos foi eliminada. Para se alterar um assento, passou a ser necessário suscitar um novo.

O CPC de 1961 dispôs, ainda, nos artigos 721 a 762, sobre o recurso de revista, cujo fundamento é a violação de lei substantiva (artigo 721), não servindo tal recurso para reapreciação da causa ou de fatos materiais (artigo 722). O ponto que merece destaque é o julgamento ampliado, tratado nos artigos 732-A e 732-B, quando se verifique a possibilidade de vencimento de solução jurídica que esteja em oposição com jurisprudência uniformizada, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão de direito.

Nos artigos 763 a 769, o Código tratou de um recurso para uniformização e revisão da jurisprudência, possibilitando que as partes interpussem recurso para o pleno das seções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça quando o Supremo proferisse acórdão que estivesse em contradição com outro anteriormente proferido pelo mesmo tribunal, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito (artigo 763). A decisão de provimento do recurso não afetava qualquer sentença anterior à que tivesse sido impugnada nem as situações jurídicas constituídas ao seu abrigo.

Em 1966, em razão da promulgação do Código Civil, por disposição do artigo 2º, os enunciados contidos nos assentos passaram a ter expressamente força obrigatória e geral.

Em 1976, a Constituição atual de Portugal, além do Supremo Tribunal de Justiça, órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, responsável por julgar recursos que versem exclusivamente sobre matéria de direito, competindo-lhe, ainda, a uniformização de jurisprudência (artigo 210),

há a previsão de um Tribunal Constitucional, responsável por apreciar e declarar, com força obrigatória e geral, a inconstitucionalidade das normas. (NOGUEIRA, 2013, p. 145-146).

Em 1993, conforme se percebe na leitura do Acórdão n° 810/93⁴ do Tribunal Constitucional, o artigo 2º do Código Civil português foi tido por inconstitucional. O relator, Conselheiro Antero Alves Monteiro Diniz, observou que a força obrigatória dos assentos e a impossibilidade de sua modificação seriam inadequados para a uniformidade do direito e para a segurança jurídica. Se os assentos pudessem ser modificados, para ter força obrigatória apenas para juízes e tribunais, eles perderiam seu caráter normativo e, assim, poderia ser mantido o sistema de assentos no ordenamento português sem que fosse violada a independência dos juízes (artigo 206 da Constituição Portuguesa). Em sentido contrário, mas em posicionamento vencido, cabe consignar o posicionamento da Conselheira Maria da Assunção Esteves, que pontuou que a vinculação aos assentos não impediria ao Tribunal reformar as decisões dos juízes em sede recursal.

Apesar da revogação dos assentos, em 1995, o Decreto-Lei n° 329-A, de revisão do Código de Processo Civil, ampliou os poderes do relator quando a questão já houver sido apreciada de modo uniforme e reiterada pela jurisprudência e ampliou a competência dos órgãos colegiados para a uniformização de jurisprudência. Nesse sentido, mesmo com o fim dos assentos, com a rejeição do caráter vinculante aos julgamentos e de fonte formal do direito (LINHARES, 2015, p. 185-186), ressalvados os julgamentos de tribunais internacionais (artigo 696, f, do atual Código de Processo Civil) e as declarações de inconstitucionalidade de lei ou de ilegalidade de atos administrativos (LINHARES, 2015, p. 193), Portugal não deixou de se preocupar com o direito jurisprudencial, com sua estabilidade e uniformidade (LINHARES, 2015, p. 191), sem, porém, ocorrer a cristalização das posições tomadas pelo Supremo Tribunal de Justiça.

Em 2013, com a Lei n° 41, o novo e atual Código de Processo Civil português, não menos importante foi a jurisprudência, mantendo-se a mes-

⁴ Acórdão n° 810/93, Tribunal Constitucional de Portugal, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

ma *ratio* desde a revogação dos assentos. Apenas na esfera judicial em matéria cível, o novo Código, reproduzindo o artigo 676 do diploma anterior, prevê, nos recursos do Supremo Tribunal de Justiça português a possibilidade de recursos extraordinários para uniformização de jurisprudência (artigo 215), utilizados também para a revisão da jurisprudência (artigo 627). Qualquer recurso em face de decisão proferida contra jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça será sempre admitido (artigo 629, 2c) e, ainda, caso o acórdão da Relação que esteja em contradição com outro, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito (artigo 629, 2d). Caso a jurisprudência ainda não tenha sido uniformizada, caberá ao recorrente invocar um conflito jurisprudencial que se pretende ver resolvido, juntando obrigatoriamente, sob pena de imediata rejeição, cópia, ainda que não certificada, do acórdão fundamento (artigo 637).

Em relação ao recurso de revista, o novo Código, quanto aos acórdãos da Relação que apreciem decisões interlocutórias que recaiam unicamente sobre a relação processual, acrescenta que podem ser objeto de recurso de revista quando estejam em contradição com outro, já transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, salvo se tiver sido proferido acórdão de uniformização de jurisprudência com ele conforme (artigo 671).

O atual diploma mantém, nos artigos 686 e 687, a possibilidade de julgamento ampliado do recurso de revista. Os artigos 688 a 694 tratam da previsão do recurso para uniformização de jurisprudência, repetindo a previsão de que a decisão de provimento do recurso não afeta qualquer sentença anterior à que tenha sido impugnada nem as situações jurídicas constituídas ao seu abrigo, que podem ser exclusivamente para a uniformização da jurisprudência na hipótese do artigo 691, sem decidir a causa, quando o Ministério Público não é parte, limitando-se a invocar unicamente à uniformização sobre o conflito de jurisprudência.

Nesse sentido, Portugal abandonou, apenas, o caráter geral e abstrato dos assentos para que as decisões dos tribunais passassem a orientar os julgamentos futuros.

2.2 Itália

O direito italiano não possui a tradição de precedentes vinculantes (TARUFFO, 1997, p. 172-174), baseados em um histórico de desconfiança no Poder Judiciário (MERRYMAN, 1966, p. 588), com exceção dos julgamentos da Corte de Cassação na declaração de inconstitucionalidade, e do Conselho de Estado, se declara que um ato administrativo é inválido (MERRYMAN, 1966, p. 605). Isso não significa que não existam precedentes no sistema e muito menos que eles não sejam respeitados, mas apenas que eles não são a única base das decisões judiciais, sendo frequentemente referidos junto com disposições legislativas (MAZZOTTA, 2000, p. 148). Apenas o artigo 118 das Disposições Relativas à Aplicação do CPC italiano prevê que o juiz pode fazer referência a precedentes na motivação do seu julgamento (TARUFFO 2015, p. 203). O artigo 360 *bis* 1 dispõe que o recurso à Corte de Cassação não será admitido se a questão de direito estiver em conformidade com a jurisprudência do Tribunal e o exame dos fundamentos não fornecer elementos para confirmar ou alterar a orientação da mesma.

Apesar da falta de vinculação dos precedentes, as decisões de tribunais superiores no sistema judicial italiano certamente têm grande influência (LIVINGSTON, 2015, p 247) e são observadas pelos tribunais inferiores (TARUFFO, 1997, p. 154-155), especialmente os oriundos da Corte de Cassação. Os tribunais, na hipótese excepcional de não observarem o julgamento de um tribunal hierarquicamente superior, procuram adotar uma fundamentação adequada, o que não significa que não possam se afastar da jurisprudência e que a própria Corte de Cassação não deixe de observar seus próprios julgamentos.

Considerando a grande quantidade de julgamentos da Corte de Cassação – segundo Michele Taruffo (2015, p. 204) são 30 mil por ano –, muitos julgamentos são publicados divorciados do caso concreto, na forma de uma *massima* (MERRYMAN, 1966, p. 592), publicada no *massimario*, que é “[...] uma afirmação pequena e extremamente abstrata, que

representa o centro do significado de uma regra legal, tal qual interpretada por aquele julgamento”⁵.

Nesse sentido, apesar de os julgamentos serem publicados em sua íntegra e poderem ser acessados, prevalece a utilização dessas pequenas afirmações, *massime*, que não são precedentes, mas que se referem a proposições, algumas vezes apenas reproduzindo a disposição legislativa, em outros casos interpretando a lei ou um princípio. (TARUFFO 2015, p. 204).

3. A CONSTITUCIONALIDADE E A RELEVÂNCIA DAS PREVISÕES DO ARTIGO 927 DO CPC

A partir da abordagem do cenário estrangeiro, pode-se constatar que a discussão sobre a constitucionalidade da vinculação do direito jurisprudencial certamente indica que o tema avança no Brasil, de forma mais estruturada do que em outros países de *civil law*, como Portugal e Itália.

Isso porque, até o advento do novo Código de Processo Civil, o Brasil possuía um sistema muito próximo do modelo da Itália, de vinculação restrita a alguns julgamentos do tribunal de maior hierarquia no ordenamento, mas sem se distanciar do modelo português após a década de 1990 no que tange apenas à possibilidade de uniformização de jurisprudência. Porém, após o advento do novo CPC, o sistema brasileiro relativamente ao direito jurisprudencial foi muito aperfeiçoado. Cabe, então, demonstrar as razões pelas quais os argumentos pela inconstitucionalidade desse novo sistema devem ser ultrapassados, defendendo-se que não subsistiria qualquer argumento que pudesse suscitar dúvida quanto à sua constitucionalidade.

Inicialmente, destaca-se que a preocupação não deve se limitar à inclusão ou não dos precedentes como fonte do direito, mas sim à análise do papel, das estruturas e do modo como vem sendo exercida a atividade judicante no Brasil: (MENDES, 2014, p. 15).

⁵ Na versão original: “[...] that is a short and very abstract statement representing the core of the meaning of a legal rule, as it is interpreted by the judgement considered.” (TARUFFO, Michele. Precedent in Italy. In: HONDIUS, Ewoud (org.). Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 181).

O estudo do direito jurisprudencial (precedentes, jurisprudência e súmulas, vinculantes ou não) deve ser capaz de aprofundar as reflexões sobre a teoria da decisão judicial. Incluir ou não o direito jurisprudencial como fonte do direito no Brasil, por determinação legal, será uma consequência dos rumos a serem seguidos nos próximos anos, e não efetivamente uma preocupação.

Quanto ao argumento de que a eficácia vinculante somente poderia ocorrer nas hipóteses de decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (artigo 927, I, do NCPC) e de enunciados de súmula vinculante (artigo 927, II) por esses incisos se limitarem a reproduzir as disposições constitucionais dos artigos 102, §2º e 103-A, ambos da Constituição, respectivamente, já se teve a oportunidade de defender (MENDES, 2014, p. 36) que não há qualquer impedimento de ordem constitucional para que legislação infraconstitucional estabeleça eficácia vinculante. O fato de a Carta Magna prever efeito vinculante nos artigos 102, §2º e 103-A representa apenas que o referido comando foi inserido em nível constitucional porque: (i) tem íntima relação com os assuntos (controle de constitucionalidade e inovação afeta ao STF); (ii) o efeito vinculante foi estabelecido não apenas para o Judiciário, mas para toda a Administração Pública; (iii) preservação do caráter vinculante em face de eventuais reformas processuais que pudessem afastá-lo; e (iv) reforço da possibilidade de que o efeito vinculante para os demais órgãos judiciais viesse por determinação infraconstitucional.

Em relação ao possível poder normativo inconstitucionalmente atribuído aos tribunais por lei ordinária, concentrando poderes normativos em contramão à Carta Magna e à criação de um sistema de concentração do poder jurisdicional em Brasília, cabe, primeiramente, destacar que não se trata de um poder normativo, até mesmo porque a eficácia vinculante não se aplica ao Poder Legislativo, podendo esse poder editar norma em sentido contrário ao julgamento com efeito vinculante. Ademais, a Constituição, em todo o Capítulo III, referente ao Poder Judiciário, não impede que haja outros julgamentos com eficácia vinculante além dos que prevê.

Também não se trata de concentração de poder em Brasília, nos tribunais superiores, porque os incisos do artigo 927, embora enfatizem o efeito vinculante no julgamento dos tribunais superiores (artigo 927, incisos I, II, III – assunção de competência e recursos repetitivos-, IV e V), prevê a possibilidade de eficácia vinculante em qualquer tribunal (artigo 927, incisos III – assunção de competência e incidente de resolução de demandas repetitivas – e V). Pelo contrário: o novo diploma pressupõe um sistema hierárquico bem-estruturado de tribunais, com a adequada compreensão acerca de quais decisões serão obrigatórias a cada instância, e um repositório de jurisprudência seguro. (CAMBI, 2015, p. 345).

Já sobre a independência dos magistrados, cabe destacar que a eficácia vinculante dos precedentes não retira do julgador o poder de decisão no caso concreto. A inconstitucionalidade reconhecida em Portugal foi reconhecida por maioria diante da impossibilidade de modificação de um assento, o que não ocorre no Brasil: o direito jurisprudencial, de acordo com o novo CPC, pode ser modificado ou superado.

O papel dos precedentes é de integração entre o legislador, a doutrina e os juízes (ZANETI, 2016, p. 356). Caberá a ele avaliar se o caso a ser julgado se aproxima ou difere do precedente, fundamentando sua decisão (art. 489, §1º, V e VI) (SCHAUER, 2016), além de verificar se houve a superação do precedente (WAMBIER, 2015, p. 266), o que não retira o dinamismo do direito. Além disso, as novas decisões fruto do efeito vinculante não são mero silogismo; elas também constituem ato hermenêutico (STRECK, 2015, p. 180). Ainda, o novo Código de Processo Civil, ao atribuir eficácia vinculante ao direito jurisprudencial, não representa um salto ou virada abrupta de paradigma, já que havia anteriormente a previsão de eficácia vinculante em nosso ordenamento, mas apenas um passo no longo caminho trilhado em se tratando de interpretação uniforme das leis. (MARINHO, 2015, p.91).

Ademais, precedentes são normas gerais e concretas, enquanto normas são gerais e abstratas. O Código de Processo Civil vinculou os juízes e tribunais a partir dos fundamentos determinantes e exigiu que os próprios

enunciados de súmula fizessem referência à circunstância fática (arts. 489, §1º, V, e 926, §2º NCPC), não se confundindo a função do juiz com a do legislador (ZANETI, 2016, p. 368). Cabe ao Poder Judiciário reconstruir os significados normativos de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica (artigo 1º do CPC/2015) (ZANETI, 2016, p. 368). E a previsão do novo CPC vincula apenas órgãos do Poder Judiciário – com exceção da súmula vinculante, cuja previsão de vinculação também à Administração Pública ocorre por força da previsão constitucional.

Não prospera o argumento de que o artigo 927 criaria, para juízes e tribunais, apenas o dever jurídico de levar em consideração, nos seus julgamentos, pronunciamentos ou enunciados sumulares constantes no artigo. Há, no próprio artigo 927, clara obrigatoriedade de os juízes e tribunais aplicarem as próprias decisões e as decisões dos tribunais superiores, principalmente como normas. (ZANETI, 2015, p. 409).

E, apesar de se concordar que não se pode tratar de precedente vinculante sem se identificar nas Cortes Supremas as principais personagens da construção desse modelo, não se trata de efeito vinculante apenas das Cortes Supremas. Primeiro porque, como já retratado, embora os incisos do artigo 927 se refiram, em sua maior parte, aos tribunais superiores, nele não se esgotam. Segundo porque, nos últimos anos, os tribunais superiores passaram a assumir um papel relevantíssimo na história, seja pela uniformização dos julgamentos, seja pelo protagonismo do Judiciário, sobretudo a partir da Constituição de 1988 (CRUZ E TUCCI, 2015, p. 446-447). O CPC/2015 apenas reproduziu essa tendência de protagonismo dos tribunais superiores, sem descartar a possibilidade de eficácia vinculante do julgamento de Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, que deverão ser observados pelo próprio tribunal, desde que respeitem as decisões das instâncias formalmente superiores.

A decisão oriunda do Poder Judiciário deve proporcionar a participação, seja ela direta ou indireta, legitimando-se por um contraditório efetivo, exercício do direito de defesa e participação, mas nem sempre pela maioria, cabendo-lhe, em diversos casos, assegurar o direito das minorias.

Dessa forma, a previsão do artigo 927 do CPC/2015, que atribui eficácia vinculante ao direito jurisprudencial, na forma dos seus incisos, a nosso sentir, não padece de qualquer inconstitucionalidade.

O problema não é nem será a disposição, mas poderá ser apenas a má técnica na formação do julgamento vinculante, capaz de ocasionar que a segurança e previsibilidade almejadas sejam de pouca serventia (DIDIER JR, 2021, *on-line*). Para afastar esse risco, o código prevê a participação na formação desses provimentos, inclusive com a inclusão, no capítulo da intervenção de terceiros, da figura do *amicus curiae* e de referência à audiência pública em seu texto legislativo, além da necessidade de fundamentação de decisões judiciais, ainda que seja aplicada a eficácia vinculante⁶⁵. (DIDIER JR, 2015, p. 455).

Como consequência desse sistema, o novo Código de Processo Civil ensinará a realização da isonomia perante as decisões judiciais, evitando que, diante de uma mesma situação concreta, órgãos jurisdicionais cheguem a conclusões diversas. Alcança-se a igualdade por regras decisórias destinadas a assegurar coerência a uma série de decisões, pois, como destaca Frederick Schauer, (SCHAUER 2021, *on-line*) falhar em tratar casos semelhantes semelhantemente é injusto.

Haverá também a maior previsibilidade dos julgamentos, já que, quando um julgador deve decidir um caso da mesma forma como outro julgamento, as partes poderão melhor antecipar o futuro, inclusive podendo requerer a concessão de uma tutela de evidência, conforme previsão do artigo 311, inciso III, em se tratando da existência de prova material e de tese firmada, com eficácia vinculante, em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Como consequência, a previsibilidade proporcionará a segurança jurídica, tratando-se de respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também de proteção às legítimas expectativas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente, embora não se possa desconsiderar que, mesmo nos países de *common law*, há o problema da insegurança jurídica (STRECK, 2015, p. 57), pois esta não decorre da tradição jurídica de *civil law* ou de *common law*, mas da atuação do Poder Judiciário na concretização do ordenamento jurídico.

Ademais, possibilita-se a agilidade e maior qualidade na prestação jurisdicional, já que é possível abreviar o julgamento de processos contrários à tese fixada, seja através do julgamento liminar de improcedência, seja quanto ao julgamento monocrático do relator ou outras previsões do novo diploma, além de proporcionar uma maior distribuição do tempo para processos em que não haja tese jurídica firmada. (CAMARGO, 2012, p. 570-581)

CONCLUSÃO

Apesar de outros países de *civil law* conhecerem a atribuição de eficácia vinculante ao direito jurisprudencial, especialmente em relação aos julgamentos de inconstitucionalidade de leis e ilegalidade de atos administrativos, o direito brasileiro foi capaz de construir um modelo mais amplo e bem-estruturado, que, além de constitucional, é essencial para o ordenamento e para a prática jurídica, traduzindo-se em maior isonomia, revisibilidade e, ainda, proporcionando maior agilidade e qualidade à prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Precedente Judicial *versus* Jurisprudência Dotada de Efeito Vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 491-552.

ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. *Louisiana Law Review*. Mississippi: Louisiana State University Law School, vol. 65, 2005, p. 775-822.

BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao Básico: Precedentes, Uniformidade, Coerência e Isonomia. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial* – volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 143-162.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare Indecisis: the Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 553-674.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos Precedentes Judiciais Obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 335-360.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. Científica). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, Fourth Edition, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O Regime do Precedente Judicial no Novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 445-458.

_____. Parâmetros de Eficácia e Critérios de Interpretação do Precedente Judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 97-132.

DIDIER JR, Fredie. *Editorial 49*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>. Acesso em 25 ago. 2021.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de.

Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, vol. 2, 2021.

DUXBURY, Neil. *Random Justice: on Lotteries and Legal Decision-Making*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

_____. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge, 2008. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Olavo A. Vianna. Impactos do novo CPC no Processo Constitucional. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/impactos-do-novo-cpc-no-processo-constitucional/16124>. Acesso em 24 ago. 2021.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 782, dez. 2000, p. 90-96.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistrada deitada. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n° 222, ago. 2008, p. 221-247.

LAMOND, Grant. Precedent. *Philosophy Compass*. Online Publisher: vol. 2, issue 5, jul. 2007, p. 699-711.

LAMY, Eduardo de Avelar; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A administração pública federal e os precedentes do STF. *Revista de Processo*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 214, p. 199-214, dez. 2012.

LINHARES, José Manel Aroso; GAUDÊNCIO, Ana Margarida. The Portuguese Experience of Judge-Made Law and the Possibility of Prospective Intentions and Effects. In: STEINER, Eva. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*. Londres: 2015, p. 185-201.

LIVINGSTON, Michael A.; MONATERI, Pier Giuseppe; PARISI, Francesco. *The Italian Legal System: An Introduction*. Califórnia: SANFOD Law Books, 2.ed, 2015.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A Independência Funcional dos Juízes e os Precedentes Vinculantes. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 87-98.

MARINONI, Luiz Guilherme *Precedentes Obrigatórios*. Disponível em http://www.marinoni.adv.br/files_/Confer%C3%AAncia_IAP2.pdf. Acesso em 25 ago. 2021.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: RT, vol. 2, 2015.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MAZZOTTA, Francesco G. Precedents in Italian Law. *Michigan State International Law Review*. Michigan: Michigan State University College of Law, vol. 121, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: RT, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial – volume II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 11-38.

_____; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 567-590.

_____; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado*. 3.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016, obra no prelo.

_____; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; ALMEIDA, Marcelo Pereira. *O Novo Código de Processo Civil Comparado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6.ed, 2011.

MERRYMAN, John Henry. The Italian Style III: Interpretation. *Stanford Law Review*. Califórnia: Stanford Law School, vol. 18, n. 4, 1966, p. 583-611.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade da aplicação conjunta dos dois institu-

tos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 675-750.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial* – volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 247-272.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Stare Decisis v. Direito Jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre *et al. Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, vol. 1, p. 483-512.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2.ed, 2013.

SARLET, Ingo W. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>. Acesso em 17 nov. 2014.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384. Acesso em 9 ago. 2021.

_____. *Thinking like a Lawyer: a New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard College of Law, 2009.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária no sistema jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Curitiba: Univali, vol. 10, p. 2079-2111.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Uniformização decisória nas demandas coletizáveis: entre o *common law* e o *civil law*. In: MENDES,

Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial* – volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 705-730.

_____; OLIVEIRA, Matheus Farinhas de. O Precedente na Suprema Corte Norte- Americana e no Supremo Tribunal no Brasil. In: LIZIERO, Leonam; ALENCAR, Wladimir Cerveira de. *Justiça, Constituição e Sociedade. Trabalho no prelo.*

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, Vaguezas e Ambiguidades. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre: PUC-RS, out-dez. 2008, p. 162-185.

_____; ABBoud, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____; ABBoud, Georges. O NCPC e os Precedentes – Afinal, do que Estamos Falando? In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 175-182.

TARUFFO, Michele. Judicial Rulings with Prospective Effect in Italy. In: STEINER, Eva. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*. Londres: Springer, 2015, p. 203-206.

_____. Precedent in Italy. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 177-188.

_____. Precedentes e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 199, 2010, p. 139-158.

_____; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 141-188.

TESHEINER, José Maria. Inconstitucionalidades gritantes no artigo 927 do novo CPC. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1276, 29 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7376-inconstitucionalidades-gritantes-no-artigo-927-do-novo-cpc>. Acesso em 24 ago. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2021.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORQUATO LEITE, Maria Oderlânia; FEITOSA, Gustavo Pereira Raposo. *O Efeito Vinculante e o Novo Código de Processo Civil*, p. 8. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e7d4c8d-4fe04d9b4>. Acesso em 25 mar. 2016.

TRALDI, Maurício. Súmula Vinculante. *Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da PUC-SP*. São Paulo: PUC-SP, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3: leis n.º 11382/2006, n.º 11417/2006, n.º 11418/2006, n.º 11341/2006, n.º 11419/2006, n.º 11441/2007 e n.º 11448/2007*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A Vinculatividade dos Precedentes e o Ativismo Judicial – Paradoxo apenas Aparente. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 263-274.

_____. Precedentes e Evolução do Direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 11-96.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferrer da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo*. São Paulo: RT, 2015.

ZANETI JR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407- 424.

_____; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>. Acesso em 16 ago. 2021.

A TEORIA DO AGENTE PRINCIPAL E A RELAÇÃO ENTRE O JUIZ E SEUS ASSISTENTES NO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO

Fabio Nunes de Martino

Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense e mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Juiz Federal - Seção Judiciária do Paraná.

Submetido em: 25/08/2021

Aprovado em: 20/09/2021 e 21/09/2021

RESUMO: O excesso de demandas judiciais fez com que o Poder Judiciário brasileiro adotasse a contratação de assistentes judiciais como uma das estratégias para dar vazão a tamanha carga de trabalho. Os assistentes auxiliam em importantes etapas do processo decisório, sendo que, nos Estados Unidos, é utilizada a teoria do agente principal para justificar a relação entre os juízes da Suprema Corte norte-americana e os seus assistentes. Diante das peculiaridades do sistema judicial brasileiro, o trabalho propõe uma análise crítica acerca da pertinência ou não da utilização da referida teoria para justificar a relação dos juízes com seus assistentes no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Excesso de demandas; Poder Judiciário; Juiz; Assistente judicial; Teoria do agente principal.

ABSTRACT: *The excess of judicial demands made the Brazilian Judiciary hire judicial assistants as one of the strategies to deal with such a large workload. Assistants assist in important stages of the decision-making process, and, in the United States the principal agent theory is used to justify the relationship between US Supreme Court judges and their assistants. In view of the peculiarities of the Brazilian judicial*

system, the article proposes a critical analysis about the pertinence or not of the use of that theory to justify the relationship of the judges with their assistants in Brazil.

KEYWORDS: Excess of demands; Judicial power; Judge; Judicial assistant; Principal agent theory.

1. INTRODUÇÃO

O bom funcionamento do Poder Judiciário constitui um dos pilares fundamentais de um Estado Democrático de Direito, que, nos dias de hoje, exige que toda a sua mecânica de funcionamento seja transparente. Isso possibilita que os mais diversos setores da sociedade possam conhecer, participar e criticar essa importante esfera de poder, sempre no intuito de tornar mais sólida a democracia brasileira.

Nesse contexto, diante da grande demanda de processos que acomete o Poder Judiciário brasileiro, foi adotada como uma das estratégias para enfrentar essa situação a contratação de assistentes judiciais¹ para atuarem em auxílio aos juízes em importantes funções do processo de tomada de decisões.

Nos Estados Unidos, a relação entre os juízes da Suprema Corte norte-americana e seus assistentes, chamados de *law clerks*, é explicada pela teoria do agente principal e, dentro dessa perspectiva, o presente estudo pretende fazer uma análise crítica do sistema brasileiro, para, ao final, concluir se essa teoria econômica também é apta a explicar a relação entre o juiz brasileiro e seus assistentes judiciais.

Para chegar nesse ponto, o trabalho traçará um panorama do excesso de demandas enfrentado pelo Brasil, inclusive através de dados estatísticos, comparando os números do Brasil com os de outros países.

¹ Neste trabalho, será usado prioritariamente o termo “assistente judicial” para se referir ao funcionário que tem o papel de auxiliar o juiz. Pontualmente, também serão utilizados os termos “assessores”, “servidores” e “funcionários”, considerando que são mais difundidos no Brasil. E, por fim, apenas quando o contexto determinar, será mantido o termo *law clerk*, utilizado pela doutrina norte-americana.

Em seguida, serão trazidos dados que demonstram a opção adotada pela gestão judicial brasileira, que focou na contratação de servidores para auxílio dos juízes no exercício da prestação jurisdicional.

Também serão apresentados os principais modelos existentes no mundo para regular a relação entre o juiz e o assistente judicial, destrinchando as relevantes funções que os assistentes possuem no processo de tomada de decisão.

Na sequência, serão apresentadas noções básicas sobre a teoria do agente principal, que, nos Estados Unidos, é utilizada por alguns autores para explicar como se dá a relação entre o juiz e o seu assistente. E, no capítulo seguinte, será feita uma análise acerca da compatibilidade dessa teoria com a realidade brasileira, incluindo as consequências que podem se dar na qualidade da prestação jurisdicional.

2. A SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

De acordo com pesquisa elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (2020), em 2019, foram ajuizadas no Brasil 30.214.346 (trinta milhões, duzentos e catorze mil, trezentos e quarenta e seis) novas demandas, sendo constatada, além das novas ações, a existência de 77.096.939 (setenta e sete milhões, noventa e seis mil, novecentos e trinta e nove) processos pendentes de julgamento em todos os ramos do Poder Judiciário brasileiro.

Esse crescimento foi significativo nos últimos anos. De acordo com estudo realizado por Da Ros (2015) com base em dados colhidos no Conselho Nacional de Justiça, de 2003 a 2013 o número de novos casos que ingressaram na justiça brasileira passou de 18 milhões para 28 milhões, o que representou um incremento aproximado de 6,5% ao ano.

Não obstante os dados revelem uma enorme quantidade de novos processos e um grande acervo pendente, os números mostram que o magistrado brasileiro tem excelentes níveis de produtividade.

Estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2011) apurou, com base nos casos resolvidos, que a produtividade da justiça brasileira no

ano de 2008 se destacava se comparada com a produtividade dos sistemas judiciais dos países europeus. Por exemplo, naquele ano, o Brasil só perdeu em produtividade para a Dinamarca e para a Áustria, ficando acima dos demais países comparados.

A produtividade dos magistrados brasileiros continuou aumentando nos anos seguintes, tendo crescido 33,9% nos últimos 11 anos (CNJ, 2020), e esse número permanece alto, pois, no ano de 2019, a produtividade foi de 1.808 sentenças por juiz, o que daria mais de 7 sentenças por dia se considerarmos apenas os dias úteis².

A proporção é ainda maior se forem analisados os dados em relação aos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral). A pesquisa constatou que cada ministro foi responsável por 9.265 julgamentos no ano de 2019, o que daria uma impressionante média de aproximadamente 36 julgamentos por dia útil (CNJ, 2020).

A realidade não é diferente no Supremo Tribunal Federal, de acordo com os dados estatísticos³, no ano de 2019 foram proferidas 115.876 decisões, o que dá um valor anual de aproximadamente 10.534 decisões proferidas por cada um dos onze ministros⁴.

Assim, os números são impressionantes⁵, pois conferem uma média diária de 41,3 decisões por ministro⁶, além das atribuições administrativas e complexidades mais diversas afetas ao tribunal.

2 Cálculo feito considerando 255 dias úteis no ano de 2019 e sem considerar férias e afastamentos.

3 Extraídos do site do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>. Acesso em: 11 ago. 2020.

4 Veríssimo (2008) traz um contraponto muito importante no sentido de que, embora o STF tenha um número altíssimo de decisões, essa grande quantidade não se observa na quantidade de julgamentos feitos pelo plenário da corte que, entre os anos de 2005 e 2007, estava próximo do que ocorre nas cortes da Itália, de Portugal e da Espanha.

5 Interessante história foi relatada pelo ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça Sidnei Agostinho Beneti e bem ilustra a situação brasileira. Refere que, em um congresso internacional, o então ministro do STJ Salvo de Figueiredo Teixeira fazia uma exposição e disse que relatava mil processos (*one thousand*), quando o presidente da mesa achou que se referia a cem processos (*one hundred*), já achando que seria um número alto. Diante desse caso, o autor ilustra a incrível dificuldade em explicar para um interlocutor estrangeiro a enorme quantidade de casos que foram efetivamente lidos e redigidos pelo juiz (BENETI, 2007).

6 Considerando 255 dias úteis no ano de 2019.

Para uma análise contextualizada de todos esses números, é importante pontuar que os magistrados possuem uma série de outras atribuições que excedem em muito a função de sentenciar ou de proferir um voto.

Assim, os juízes gerenciam a sua estrutura judicial (vara, câmara, turma), proferem despachos, fazem audiências, recebem as partes, fazem sessões de julgamento, entre outras funções⁷ que exigem tempo, sendo os números divulgados pelo CNJ impressionantes e reveladores de uma situação de sobrecarga de processos.

Para fazer frente ao grande número de casos e enfrentar a crescente demanda processual, os sistemas judiciais de inúmeros países vêm adotando três linhas principais de atuação: mudança de normas e procedimentos judiciais, investimento em tecnologia da informação e contratação de juízes e assessores judiciais (GOMES; GUIMARÃES, 2013).

Bieri (2016), ao fazer um estudo sobre a realidade da Suíça, elencou algumas medidas que podem ser tomadas para dar conta dessa elevada carga de trabalho: contratar novos juízes, fazer reformas processuais com o intuito de simplificar procedimentos, fazer reformas gerenciais na busca de mais eficiência, implementar a justiça eletrônica e contratar novos assistentes para os juízes.

O referido autor explica que a contratação de juízes encontra uma barreira orçamentária, enquanto a simplificação de procedimentos encontra um forte limite no direito que todos têm de ter um processo justo nos termos do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Esclarece, ainda, que a opção da Suíça nos últimos anos teve uma forte inclinação para a contratação de novos assistentes para os juízes⁸.

Da mesma forma, Holvast (2016) sustenta que a contratação de assistentes judiciais vem sendo implementada como uma medida de busca de eficiência em razão da grande quantidade de casos submetidos aos tribunais.

7 Sem contar a exigência de estarem sempre se aprimorando e reciclando os conhecimentos.

8 De acordo com o autor, o sistema judicial suíço possui diversas realidades nos 26 cantões, o que dificulta uma sistematização única. Outra peculiaridade do sistema judicial suíço diz respeito à existência de juízes leigos em alguns tribunais, o que certamente aumenta a necessidade de contratação de assistentes para os juízes.

Assim, o presente estudo focará na estratégia adotada pela gestão judicial brasileira nos últimos anos, que optou pela contratação massiva de servidores, fazendo com que esses passem a ter um papel muito relevante no auxílio aos juízes na tarefa de prestar jurisdição, para, ao final, verificar se a teoria do agente principal é suficiente para explicar a relação entre o juiz e os assistentes no Brasil.

3. A CONTRATAÇÃO DE ASSISTENTES JUDICIAIS

No âmbito europeu, a Opinião n° 6 do Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, no parágrafo 65 e na conclusão n° 6, refere-se à necessidade de os juízes terem o auxílio de assistentes com qualificação jurídica, a quem possam delegar o desempenho de atividades específicas (CCJE, 2004).

Seguindo essa mesma tendência, no ano de 2019, foi aprovada pelo Conselho Consultivo dos Juízes Europeus a Opinião n° 22, que dispõe sobre o papel dos assistentes judiciais⁹, tendo esse parecer legitimado a atuação dos assistentes judiciais, que podem contribuir decisivamente para a qualidade e eficiência da prestação jurisdicional desde que sejam tomadas cautelas para que não seja afetado o direito das partes a um processo justo (CCJE, 2019).

Essa tendência no aumento no número de assessores já é verificada também nos Estados Unidos desde a segunda metade do século XX e foi necessária para tentar fazer frente ao grande número de processos judiciais (MCCREE JR., 1981).

No Brasil, a situação não é diferente. Dentro do contexto de busca de soluções de gestão e de administração para lidar com a grande quantidade de casos, uma das escolhas tomadas pelos gestores foi a de investir na maciça contratação de servidores para apoiar os juízes na consecução da atividade jurisdicional.

⁹ Esse parecer se refere apenas àqueles funcionários que dão apoio aos juízes na atividade adjudicatória, excluindo os funcionários que atuam em funções administrativas, os estagiários e os quase-juízes (por exemplo, os *Rechtspfleger* na Alemanha ou o similar que existe na Espanha, que possuem poder decisório próprio para certas questões, situando-se entre um juiz e um assistente judicial).

Em muitas realidades, os órgãos judiciários passaram a ser formados pelo juiz e por uma grande quantidade de servidores e estagiários, existindo, em muitos casos, verdadeira especialização por matéria e por funções entre os servidores da equipe, cabendo ao juiz a gestão dessas pessoas e das rotinas processuais.

Leal Júnior (2011, n.p.) bem descreve a situação brasileira:

Embora poucos admitam, é inegável que o juiz não consegue mais fazer sozinho todo o seu trabalho. Os processos são complexos. A carga de trabalho é cada vez mais volumosa. O juiz tem cada vez mais processos para decidir. A sociedade cobra celeridade. Os órgãos de controle estabelecem metas a serem cumpridas e impõem métodos de gestão empresarial aos gabinetes. As escolas judiciais ensinam administração da justiça e técnicas gerenciais. A jurisdição deixa de ser trabalho artesanal de reflexão pessoal na construção solitária da decisão para se transformar em produto padronizado, resultado da montagem de decisões em massa que resolvem a mesma questão em muitos processos. O juiz e seus funcionários são cobrados como se fossem operários numa linha de montagem, com metas a serem alcançadas e contas a serem prestadas.

Uma boa amostra dessa realidade foi retratada por Gubert e Bordasch (2016) ao tratarem de experiência implementada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no enfrentamento de ações de massa, defendendo que deva ser implementada uma mentalidade de linha de produção ao invés da atuação artesanal, que pode gerar distorções ou até mesmo tratamentos desiguais às partes¹⁰.

Essa linha de produção, que é exigida das serventias judiciais, está relacionada, em especial, com a necessidade de formação de equipes compostas por funcionários com conhecimentos jurídicos que sejam aptos ao auxílio dos magistrados na confecção de despachos, sentenças e votos.¹¹

10 Alguns trabalhos mencionam o termo “fordismo judicial” para designar esse modelo de produção que se tornou a estrutura judicial, na qual o trabalho é dividido em setores como se fossem uma linha de produção. Nesse sentido, o termo foi utilizado, por exemplo, pelo Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) no ano de 2017, ao fazer críticas ao atual modelo de gestão do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-31/presidente-anamatra-critica-ritmo-fordista-juizes>. Acesso em 25 nov. 2019.

11 Nesse sentido, Freitas (2018) explica que, em razão da complexidade que existe no Poder Judiciário, é necessário que ocorra especialização dos servidores nos seus mais diversos setores, sendo que o ideal seria que

Freitas (2007, p. 84) bem descreve a importância desse personagem na realidade atual da justiça brasileira:

Hoje, mais do que nunca na história do Poder Judiciário brasileiro, os servidores têm um papel decisivo na eficiência dos serviços judiciais. Os Juízes, do Supremo Tribunal Federal à primeira instância, valem-se de servidores e até mesmo de estagiários. Ninguém ignora que a explosão de processos pós-1988 não é administrada e decidida apenas pelos magistrados, existindo um papel coadjuvante indispensável e cada vez maior das assessorias.

A imagem clássica de um juiz isolado e que medita e decide sobre a solução mais acertada não corresponde à realidade da justiça brasileira, que tem uma burocratização da máquina judiciária, na qual os juízes são auxiliados por assessores¹² (VERONESE *et al.*, 2017).

De acordo com o relatório “Justiça em números” de 2020, a força de trabalho da justiça brasileira é composta por 268.175 servidores, sendo 227.189 do quadro efetivo (84,7%), 21.609 requisitados e cedidos de outros órgãos (8,1%) e 18.775 comissionados sem vínculo efetivo (7%) (CNJ, 2020).

Desse número total, 211.295 (78,8%) compõem a área judiciária e, portanto, trabalham no andamento dos processos.

Além desse número, o referido relatório aponta que o Poder Judiciário conta ainda com o apoio de 159.876 trabalhadores auxiliares¹³, incluindo, principalmente, funcionários terceirizados (46,3%) e estagiários (41%).

Apenas considerando o número de 211.609 servidores que compõem a área judiciária, chega-se, em 2019, a um número de aproximadamente 100 servidores do Poder Judiciário por cem mil habitantes¹⁴.

existissem carreiras paralelas para os servidores da área de apoio à atividade judiciária e outros em apoio à atividade administrativa.

12 Nessa linha, interessante reportagem publicada pela revista *Época*, de 15/02/2019, na qual é descrita a relação dos Ministros do STF com seus assessores diretos, inclusive nas diversas formas de materialização na elaboração das minutas, seja através de reuniões, de anotações ou mesmo de gravações orais da decisão em um gravador. Disponível em: <https://epoca.globo.com/como-nasce-uma-sentenca-no-stf-23453182>. Acesso em: 24 nov. 2019

13 Nessa categoria, estão incluídos os terceirizados, estagiários, conciliadores, juízes leigos, voluntários e trabalhadores de serventias privadas.

14 Cálculo feito com base em dados oficiais do IBGE, que considerou, no ano de 2019, a população brasilei-

Relatório do CNJ (2019) esclarece que, nos últimos 10 anos, houve um incremento de 19,7% no número de servidores e de 13,8% no número de juízes.

Estudo realizado por Gomes *et al.* (2016) analisou a situação do sistema judiciário brasileiro e constatou que, no período de 2003 a 2012, houve um considerável aumento no número de juízes (aproximadamente 20%) e de assistentes (aproximadamente 28%), embora esse incremento não tenha sido suficiente para fazer frente à demanda de processos em tramitação, que teve um aumento de aproximadamente 57% no período. Essa disparidade acabou fazendo com que a produtividade individual dos juízes tenha aumentado 45% nesse período.

Na Europa, a proporção de servidores auxiliando os juízes é bem menor, sendo que o número de assistentes por cem mil habitantes teve um pequeno decréscimo caso se considerem os dados de 2010 (média de 62,3) em comparação com os dados de 2016 (média de 55,2) (CEPEJ, 2018).

No que toca à proporção entre o número de servidores para o número de juízes, no Brasil, identificam-se, em 2019, aproximadamente 11 servidores para cada juiz (com base apenas nos 211.609 servidores vinculados à área judiciária) (CNJ, 2020).

Nos tribunais brasileiros, essa distorção fica ainda mais evidente. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, existem 33 ministros e 2.808 servidores, o que gera uma proporção de 85,09 servidores por ministro. Nos demais tribunais superiores, a proporção também é alta, chegando a 78,4 no Tribunal Superior do Trabalho e 61 no Tribunal Superior Eleitoral¹⁵ (CNJ, 2020).

Veronese *et al.* (2017) mencionam que a ampliação do quadro de servidores nos tribunais brasileiros foi uma medida adotada em razão da expansão das demandas judiciais.

ra em 210.147.125 habitantes. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?edicao=22367&t=downloads>. Acesso em: 11 jan. 2021.

15 O relatório do Conselho Nacional de Justiça considerou apenas os servidores, incluindo os efetivos, os cedidos/requisitados e os sem vínculo efetivo. Não estão incluídos nesse cálculo os auxiliares. O relatório também não especifica quantos dos servidores atuam diretamente na área judiciária vinculados à prestação jurisdicional.

Já na Europa, os números são bem menores e, em 2016, havia uma proporção de 3,4 servidores (*non-judge staff*) por juiz profissional¹⁶ (CEPEJ, 2018).

Ao comparar os dados do sistema judicial brasileiro com os dados extraídos dos países europeus, Das Ros (2015) observa que, embora, individualmente, os magistrados brasileiros sejam responsáveis por mais casos, os dados também confirmam que, no Brasil, existem mais funcionários que auxiliam os juízes, e essa diferença mostra que os magistrados brasileiros exercem um papel de gestor de equipes mais acentuado do que em outros países, concluindo que tal constatação merece maiores estudos.

4. MODELOS DE ATUAÇÃO DOS ASSISTENTES JUDICIAIS

Nessa relação existente entre os juízes e seus assistentes, parecem se destacar duas formas de organização dos assistentes judiciais.

A primeira delas diz respeito à contratação de estudantes recém-formados para atuar por um período fixo de tempo. É o modelo adotado tradicionalmente nos Estados Unidos.¹⁷

De acordo com Holvast (2016), a escolha de auxiliares temporários traz duas principais vantagens: oxigenar os juízes com as inovações trazidas das melhores universidades e, principalmente, minorar a possibilidade de influência sobre os juízes, já que normalmente são contratados estudantes recém-formados e com pouca experiência, que ficam na função por um curto período. Por outro lado, acaba exigindo enormes gastos de tempo e esforço para refazer os trabalhosos processos de seleção e treinamento dos novos funcionários¹⁸.

16 Na Holanda, por exemplo, existe uma média de 1,3 assessores por juiz no primeiro grau e 0,8 no segundo grau (HOLVAST, 2016). No ano de 2012, havia 2.403 juízes e 5.500 outros funcionários na Holanda (HOLVAST, 2014).

17 Embora ainda prevaleçam nos Estados Unidos as contratações temporárias, está cada vez mais frequente a contratação de funcionários permanentes (PEPPERS; ZORN, 2008). A Corte da Califórnia, por exemplo, em vez de contratar *law clerks* de forma temporária, optou pela contratação de funcionários permanentes (JONES, 1991).

18 Wasby (2008) diz que o lapso de um ano para o trabalho dos assistentes, além de criar problemas para a eficiência, na medida em que é preciso ensinar um novo funcionário quando o anterior faria com mais facilidade no segundo ano, também impacta na qualidade, pois haverá casos em que um assistente já está inteirado sobre

Em sentido oposto, existem modelos em que os assistentes judiciais são profissionais do direito que são contratados para fazer parte de uma estrutura permanente¹⁹.

Esse modelo²⁰, que prevê uma estrutura permanente, traz a vantagem de não se perder tempo a cada ano selecionando e treinando novos assistentes, mas pode trazer prejuízos na influência sobre o processo decisório, na medida em que os funcionários se tornam experientes e, quando trabalham vinculados a juízes novos, podem exercer uma maior influência (HOLVAST, 2016).

Nos Estados Unidos, embora exista uma variedade de formas de acesso de *law clerks*, normalmente a escolha é feita pelos juízes através de entrevistas, análise de currículo e cartas de recomendação, mas o critério de seleção é decidido por cada juiz. Por exemplo, o juiz Stras²¹ (STRAS; SYKES; WYNN JR., 2014) menciona que busca diversidade ideológica, boas notas em faculdades renomadas²², boas recomendações e que o candidato queira trabalhar com ele, não se preocupando com análises de escrita do candidato. Já a juíza Sykes²³ se utiliza dos sistemas disponíveis para a contratação de assistentes e, após uma triagem inicial, avalia o currículo e dá grande importância para a redação do candidato²⁴.

Ainda nos Estados Unidos, os Tribunais Superiores Estaduais, os Tribunais Federais de Apelação e a Suprema Corte se utilizam dos *law clerks*,

o processo e terá que sair antes de finalizar o seu trabalho.

19 Na Holanda, por exemplo, são recrutados pelo tribunal e não pelos juízes especificamente, podendo atuar candidatos com ensino superior em geral, embora normalmente atuem aqueles formados em direito (HOLVAST, 2016).

20 Em muitos países da Europa, a atuação como assistente judicial pode ser um primeiro passo para a formação de novos juízes. Em alguns países, como na Alemanha e Eslovênia, é uma parte obrigatória da formação jurídica, enquanto em outros países, como na Bélgica, na Finlândia e na Suécia, constitui-se um importante requisito (formal ou informal) para a futura seleção de juízes, sendo que, até mesmo nos países em que não há um judiciário estruturado em carreira, esse tipo de prática é considerada na escolha (CCJE, 2019).

21 Juiz da Suprema Corte de Minnesota nos Estados Unidos.

22 Tabela contando as universidades de origem dos *law clerks* da Suprema Corte norte-americana de 2003 a 2013 mostrou que foram admitidos 101 estudantes de Harvard, 89 de Yale e 33 de Stanford, o que demonstra que os *law clerks* da Suprema Corte normalmente se originam das universidades mais conceituadas dos Estados Unidos (STRAS, 2014).

23 Juíza da Corte de Apelação do Sétimo Circuito dos Estados Unidos.

24 Pesquisa realizada com juízes federais distritais norte-americanos mostrou que o fator mais relevante para a contratação de *law clerks* temporários eram as notas na faculdade de direito, seguidas de uma boa redação e uma personalidade compatível com o juiz. Na mesma pesquisa, foram consideradas menos importantes as cartas de recomendação e a ideologia política dos candidatos (PEPPERS; GILES; TAINER-PARKINS, 2008).

enquanto a estrutura do primeiro grau e dos tribunais administrativos varia significativamente, sendo que alguns desses tribunais ocasionalmente empregam *law clerks*. Normalmente, cada juiz da Suprema Corte tem quatro funcionários; nos Tribunais Federais de Apelação e nos Tribunais Estaduais, são dois a três. Em regra, os *law clerks* atuam pelo período de um ano²⁵, diferentemente do que ocorre na Holanda, em que os assistentes são funcionários de carreira e exercem a função por um longo período (HOLVAST, 2016).

Da mesma forma, os assistentes das cortes da Europa oriental, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, ficam muitas vezes longos períodos, e isso faz com que sejam mais utilizados para a redação de projetos de sentenças. Muitas vezes, têm mais experiência do que os novos juízes (KELEMEN, 2016).

Na Inglaterra e no País de Gales, existe a figura do assistente nas *magistrates courts*,²⁶ que é denominado *court legal advisor* e, embora componha um quadro de carreira, não traz atrativos para os seus ocupantes, o que faz com que muitos deixem a função. Além dessa figura, em 1997, foi introduzida a figura do assistente judicial na Corte de Apelação da Inglaterra e do País de Gales e no Supremo Tribunal do Reino Unido²⁷, sendo que esses profissionais possuem normalmente um vínculo temporário de um ano e se assemelham com o modelo dos *law clerks* norte-americanos (HOLVAST, 2016).

Na Alemanha, cada juiz constitucional federal tem direito a quatro funcionários, chamados de colaboradores científicos (*wissenschaftliche Mitarbeiter*), de sua própria escolha. Os funcionários alemães já são advogados experientes (incluindo juízes, funcionários públicos, professores) e costumam servir por dois ou três anos²⁸. Da mesma forma, na Corte Consti-

25 No caso dos juízes distritais federais, o período de atuação dos *law clerks* pode variar de 1 a 2 anos (PEPPERS; GILES; TAINER-PARKINS, 2008).

26 Normalmente ocupados por magistrados (*magistrates*) que são espécies de juízes leigos, não profissionais, que também são chamados de juiz de paz.

27 Cada um desses tribunais emprega oito assistentes judiciais (HOLVAST, 2016).

28 Pode-se dizer que no Brasil há algo semelhante em relação à atuação de juízes na assessoria de ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos da Resolução n° 413/2009 e posteriores alterações. Atualmente, são 25 juízes convocados no STF, conforme posição de 31/7/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/transparenciaMagistradoConvocado/anexo/TransparenciaMagistradosConvocados.pdf>. Acesso em: 12 set 2020.

tucional da Itália são previstos três assistentes trabalhando para cada juiz, sendo que essa função normalmente é ocupada por juristas ou juízes experientes (KELEMEN, 2016).

Outro ponto relevante diz respeito à diferença existente quanto ao vínculo do assistente ser diretamente com o juiz ou com o tribunal.

Existem quatro formas diferentes de organizar assistentes judiciais: um assistente judicial ou vários deles podem trabalhar com um juiz, o que se denomina “sistema de gabinete” e ocorre, por exemplo, na Alemanha, na Letônia e na Polônia. Os assistentes judiciais também podem ser vinculados a um painel de juízes, como ocorre, por exemplo, na Suécia e na Romênia. Uma terceira forma de divisão organiza os funcionários em um *pool* de funcionários que trabalham com juízes diferentes. Finalmente, em uma quarta possibilidade que raramente é utilizada, equipes de assistentes judiciais são formadas para casos especiais, como ocorre no Tribunal Penal Internacional (CCJE, 2019).

Na Suíça, em razão da diversidade organizacional, os assistentes judiciais tanto podem ser vinculados a um juiz específico como podem fazer parte de uma estrutura vinculada ao tribunal (BIERI, 2016). Já na Holanda, os assistentes estão vinculados a uma estrutura central e não a cada juiz. Na prática, eles ficam vinculados a um caso e auxiliam os juízes desde o início até a redação da sentença (HOLVAST, 2016).

No Brasil, a organização do Poder Judiciário é extremamente complexa, sendo composta por diversos ramos e estruturas ao longo do país.

Freitas (2018) traça um panorama geral, no sentido de que a maioria dos cargos públicos exercidos pelos servidores do Poder Judiciário brasileiro são providos por concurso público, enquanto uma parte menor, geralmente em funções de alta direção, admite nomeação pelo critério da confiança.

Conforme dados extraídos do CNJ (2020), do total de 268.175 servidores que prestam auxílio ao Poder Judiciário, pelo menos 227.189 (84,75%) são do quadro efetivo, vinculados ao Poder Judiciário federal ou aos diversos estados membros, e selecionados através de concurso público,

o que demonstra que, predominantemente, são adotadas estruturas de carreira em vez de contratações pontuais por um período de tempo fixo, como ocorre em diversos outros países²⁹.

Todos esses funcionários são divididos entre os diversos tribunais e juízos de primeiro grau, sendo que alguns trabalham nas secretarias, exercendo funções burocráticas como atendimento, atermação e cumprimento, ao passo que outra parcela considerável desses servidores trabalha de forma vinculada a gabinetes em que são supervisionados por juízes, desembargadores ou ministros.

É possível notar que houve uma estratégia de criar diversas carreiras de servidores com alta qualificação jurídica, com o objetivo de dar suporte aos juízes na prestação jurisdicional.

Nesse ponto, Veronese *et al.* (2017), ao comparar os assistentes que atuam nos tribunais superiores brasileiros com os *law clerks* norte-americanos, conclui que essa função no Brasil está vinculada a uma atividade burocrática de apoio ao juiz, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde existe uma relação entre mestre e aprendiz.

5. O AUXÍLIO DOS ASSISTENTES JUDICIAIS NO PROCESSO DECISÓRIO

Holvast (2016) explica que a contratação de assistentes judiciais em todo o mundo decorreu principalmente da necessidade de prestar a jurisdição com eficiência, esclarecendo, ainda, que praticamente todos os sistemas judiciais empregam algum tipo de assistente, mas a posição que ocupam no processo judicial e as funções desempenhadas variam significativamente de jurisdição para jurisdição.

29 Nesse ponto, cabe ressaltar que, dentro de cada ramo da justiça, existem também funcionários comissionados que não fazem parte de uma estrutura orgânica e são contratados diretamente pelos juízes, mas essa não é a regra. Freitas (2018) traça um panorama geral, no sentido de que a maioria dos cargos públicos exercidos pelos servidores do Poder Judiciário brasileiro são providos por concurso público, enquanto uma parte menor, geralmente em funções de alta direção, admite nomeação pelo critério da confiança. Nesse sentido, no ano de 2019, 84,75% dos servidores do Poder Judiciário eram do quadro efetivo, ao passo que apenas 7% eram comissionados sem vínculo efetivo (CNPJ, 2020).

Todas as cortes constitucionais europeias possuem assistentes que exercem importante função no processo de tomada de decisão, embora o número de assessores e a nomenclatura variem de país para país. A principal função dos assistentes consiste na pesquisa de questões jurídicas e na elaboração de projetos de sentenças, mas, em algumas cortes, também exercem uma função de filtragem de petições. Os funcionários trabalham vinculados a cada juiz, normalmente no número de 3 ou 4, e a divisão de trabalho varia entre os países e mesmo dentro das cortes (KELEMEN, 2016).

Em alguns países europeus como a Bélgica, a Croácia e a Rússia, os assistentes judiciais estão autorizados a redigir uma decisão³⁰, enquanto em outros países, como em Andorra, na Irlanda e no Reino Unido, eles não têm essa possibilidade (CCJE, 2019).

Na Suprema Corte norte-americana, os assistentes têm bastante proximidade com os juízes e auxiliam em diversas funções, como fazer a seleção dos casos que serão admitidos na corte (*petitions for certiorari*)³¹, escrever memorandos, auxiliar na escrita e no aprimoramento das opiniões e ajudar os juízes na preparação das alegações orais (BONICA *et al.*, 2018).

No Brasil, não é diferente. Na prática jurisdicional, a maioria dos juízes e desembargadores se utilizam do auxílio de servidores para a confecção de decisões, sentenças e votos, tudo sob a sua orientação, acompanhamento e revisão (LEAL JÚNIOR, 2011).

O referido autor ainda aponta que o juiz precisa recorrer a técnicas de gestão para administrar o seu trabalho, inclusive no que se refere às típicas funções jurisdicionais, como o exame dos processos e a redação das decisões.

Através da delegação na elaboração de minutas de despachos, sentenças e votos, os servidores acabam se especializando por assunto e vêm tornando possível a manutenção da alta produtividade da justiça brasileira.

30 Mesmo nos países que admitem o auxílio dos assistentes na confecção de decisões, essa tarefa não é admitida por todos os juízes. Nesse sentido, Kelemen (2016) menciona um juiz chamado Attila Harmathy, da Corte Constitucional da Hungria, que era conhecido por escrever todas as decisões sozinho, mas seria exceção.

31 Os *law clerks* analisam os recursos encaminhados para a Suprema Corte e elaboram os *certiorari memoranda*, que contêm um resumo dos fatos e uma recomendação para conceder ou negar o recurso. Para muitos estudiosos, essa seria a função dos *law clerks* em que eles possuem a maior influência sobre os juízes (HOLVAST, 2016).

Freitas (2007, p. 84) bem descreve a importância desse personagem na realidade atual da justiça brasileira:

Hoje, mais do que nunca na história do Poder Judiciário brasileiro, os servidores têm um papel decisivo na eficiência dos serviços judiciais. Os Juízes, do Supremo Tribunal Federal à primeira instância, valem-se de servidores e até mesmo de estagiários. Ninguém ignora que a explosão de processos pós-1988 não é administrada e decidida apenas pelos magistrados, existindo um papel coadjuvante indispensável e cada vez maior das assessorias.

Pelo exposto, se observa que no Brasil, assim como nos demais países do globo, é muito relevante o papel desempenhado no processo decisório pelos assistentes judiciais.

6. A TEORIA DO AGENTE PRINCIPAL PARA EXPLICAR A RELAÇÃO ENTRE O JUIZ E O ASSISTENTE JUDICIAL

A teoria do agente principal (*principal-agent (PA) theory*) é uma teoria organizacional em que um superior, chamado de principal, contrata um agente para auxiliar na meta de buscar um resultado desejado pelo principal. O agente contratado possui habilidades necessárias para alcançar os objetivos desejados pelo principal, mas podem ocorrer problemas nessa relação como, por exemplo, o agente perseguir uma meta diferente daquela perseguida pelo principal, o que se chama “esquiva” (*shirking*). Também pode praticar a sabotagem (*sabotage*), ou seja, o agente contratado se aproveita da sua experiência ou das suas informações para minar os objetivos do agente principal e buscar os seus próprios interesses. Essa teoria tem sido aplicada nas áreas de economia, gestão de negócios, indústria, organização experimental e sociologia organizacional de empresas corporativas, assim como em qualquer organização que tenha uma relação hierárquica como entre os parlamentares e os membros da burocracia e entre os juízes e seus funcionários (SWANSON; WASBY, 2008).

Essa teoria, quando voltada para o poder público, normalmente é estudada por cientistas políticos, que comparam a burocracia e o sistema federal dos Estados Unidos, situando as agências federais como o agente, e o Congresso³² ou o Presidente³³ como o principal (KENNEY, 2000).

Esse tipo de delegação, em que o agente principal permanece responsável pelo produto final, mas delega certas atividades para um subordinado, é uma prática comum e aceita em outros setores do governo. Por exemplo, no setor da saúde, os enfermeiros passaram a ter diversas responsabilidades, dispensando os médicos de diversas funções (HOLVAST, 2014).

Uma das grandes indagações da teoria do agente principal consiste em identificar se estão ocorrendo assimetrias de informação, ou seja, se os agentes estão perseguindo um interesse diferente do principal, ou mesmo quando o principal não compreende o trabalho que é realizado pelos agentes. Nesse ponto, o ator principal vai procurar estruturas viáveis para o monitoramento do agente, inclusive se valendo de recompensas e sanções (KENNEY, 2000).

Recentemente, os estudiosos passaram a utilizar a teoria do agente principal para tentar compreender a relação existente entre os juízes e seus assessores (PEPPERS; ZORN, 2008).

Nesse mesmo sentido, Swanson e Wasby (2008) ressaltam que alguns estudos vêm aprofundando a análise da relação entre o juiz e o assistente sob o prisma dessa teoria, ou seja, o juiz, atuando como agente principal, contrata o assistente com base em suas habilidades e com o objetivo de auxiliar na prestação jurisdicional. Esses estudos mencionam que haveria o risco de os funcionários terem acesso a informações não disponíveis aos juízes, gerando uma assimetria de informações a favor do assessor e, com isso, o risco de exercerem algum tipo de influência na decisão final, embora essa hipótese seja bem remota.

32 Cada membro do Congresso norte-americano tem direito de contratar mais de vinte assessores, além dos comitês (BLACK; BOYD; BRYAN, 2014).

33 Os assessores da Casa Branca auxiliam na elaboração de políticas; os assessores dos congressistas barganham com relação a um texto de lei, por exemplo (BLACK; BOYD; BRYAN, 2014).

Assim, os juízes vistos como diretores contratam os seus funcionários (agentes), com o objetivo de auxiliar no processo de tomada de decisão. Nessa dinâmica, os funcionários, muitas vezes, possuem diversas vantagens informativas em relação aos juízes, na medida em que são responsáveis por pesquisar os registros dos casos e a legislação, bem como os precedentes aplicáveis, e isso poderia fazer com que os funcionários impusessem a sua vontade no lugar do juiz³⁴ (WAHLBECK; SPRINGGS II; SIGELMAN, 2002).

Cabe ao juiz adotar medidas para evitar que os seus funcionários se desviem do objetivo principal. Por um lado, os funcionários devem ser acompanhados de perto e devem ser criadas medidas institucionais, tanto positivas para premiar a atuação correta como punitivas, ambas no intuito de incentivar a atuação conforme a orientação do juiz (PEPPERS; ZORN, 2008).

Acredita-se que os funcionários que trabalhem sob a tutela de normas institucionais mais rígidas impostas pelo seu juiz não extrapolarão os limites daquilo que foi delegado (WAHLBECK; SPRINGGS II; SIGELMAN, 2002).

A teoria do agente principal é muito importante, pois os principais atores do cenário político não têm tempo e *expertise* para absorver todas as atividades do seu trabalho e, com isso, a participação dos assistentes é fundamental para possibilitar o processamento de tantas informações, uma vez que ele funciona como o gestor de uma empresa. No caso do Poder Judiciário, o juiz seleciona os assistentes de forma bem discricionária e deve auditar o exercício da função, formando uma forte relação entre o juiz e seus assessores e, por isso, enquadrando-se perfeitamente nessa teoria (BLACK; BOYD; BRYAN, 2014).

Os mesmos autores ressaltam que a teoria do agente principal é aplicável apenas quando existe essa relação próxima entre o juiz e o seu assessor, o que não ocorre, por exemplo nas *cert pools*³⁵ da Suprema Corte norte-a-

34 Cabe rememorar que os *law clerks* ou assistentes judiciais não são juízes e, por esse motivo, não têm independência, devendo, portanto, seguir as ordens dos juízes na relação entre eles (CCJE, 2019).

35 As Cortes norte-americanas e, especialmente, a Suprema Corte vêm criando as *pools* ou *cert pools*, que são um mecanismo em que todos os *law clerks* compõem uma rede que fica responsável pela análise das petições direcionadas ao tribunal, para tentar dar conta da quantidade. É criticada por alguns, mas, na prática, foi uma

mericana, pois um *law clerk* sem nenhum vínculo com o juiz elabora um memorando que será aprovado ou não por um outro juiz que não tem relação com o assistente, aplicando-se, nesse caso, a teoria da sinalização, que é aquela que permite a exploração de uma comunicação entre um remetente e um destinatário e em que o remetente detém uma vantagem informativa sobre o receptor. De acordo com a teoria, na medida em que os interesses do emissor e do receptor se distanciam, o valor da comunicação diminui.

Diante dessas duas situações diversas, Black, Boyd e Bryan (2014) explicam que a teoria do agente se aplica apenas à relação do juiz com o seu *law clerk*, que foi pessoalmente selecionado e sofre um controle próximo, enquanto para a relação entre o juiz e o funcionário que trabalha na *cert pool*, será aplicável a teoria da sinalização, na medida em que o *law clerk* não foi selecionado pelo juiz e não é controlado por ele de perto.

Ao fazer um paralelo entre a Suprema Corte norte-americana e a Corte de Justiça Europeia (*European Court of Justice*) sob o prisma da teoria do agente, Kenney (2000) traz uma outra visão muito importante e revela que é mais fácil que ocorram assimetrias na Corte de Justiça Europeia do que na Suprema Corte dos Estados Unidos. Pontua que, na corte estadunidense, os *law clerks* são estudantes recém-formados que são contratados para um período de um ano, o que torna muito difícil que tenham mais conhecimento do que os juízes. Por outro lado, na Corte Europeia, os assessores, que são chamados de *referendaires*, têm uma maior longevidade no cargo e é frequente que tenham mais experiência do que novos juízes que, muitas vezes, ao assumir o posto, vêm de uma área distinta e não possuem experiência na adjudicação.

Na prática, a principal medida adotada pelos juízes da Suprema Corte norte-americana para evitar qualquer tipo de assimetria é focar na seleção dos novos *law clerks* e, de acordo com evidências coletadas, procuram

medida que auxiliou na busca pela eficiência (STRAS, 2014). No mesmo sentido, Rosenthal e Yoon (2011) mencionam que, em 1972, foi criada na Suprema Corte a *cert pool*, sendo que alguns juízes não aderiram, mas a maioria se utiliza dessa fórmula de lidar com a quantidade de casos que chegam àquela Corte. Por fim, trazendo uma visão mais crítica das *cert pools*, Black, Boyd e Bryan (2014) mencionam que, muitas vezes, os memorandos são redigidos com vieses ideológicos e exigem um retrabalho do juiz e do seu *law clerk* no momento de decidir.

selecionar funcionários que compartilhem de suas preferências ideológicas, pois isso seria uma forma de minorar as influências dos funcionários (PEPPERS; ZORN, 2008).

Assim, descritas as linhas gerais da teoria do agente principal e como ela é utilizada para explicar a relação entre os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos e os seus assessores, caberá no capítulo seguinte investigar se essa teoria se aplica à relação entre os juízes e assessores brasileiros.

7. A RELAÇÃO ENTRE O JUIZ E O ASSISTENTE JUDICIAL EXISTENTE NO SISTEMA BRASILEIRO PODE SER EXPLICADA PELA TEORIA DO AGENTE PRINCIPAL?

No Brasil, há duas características bem marcantes na estruturação do Poder Judiciário: servidores do Poder Judiciário organizados em carreira e uma grande proporção de funcionários por juiz³⁶.

Primeiramente, com relação à seleção e organização dos funcionários que assessoram os juízes no Brasil, a maioria é composta por servidores públicos selecionados por concursos públicos que buscam cooptar os candidatos mais bem preparados.

Assim, em regra, a seleção não é feita diretamente pelo juiz, mas pelo setor administrativo do tribunal, ficando esses servidores vinculados a algum juízo ou tribunal que não teve qualquer participação na seleção desse servidor.

Esse ponto é muito importante e diferencia o Brasil dos sistemas em que o assistente é escolhido pelo juiz para trabalhar por um período fixo de tempo, prestando a sua função de forma direta ao juiz.

A possibilidade de um assistente exercer uma influência indevida no processo decisório judicial é muito maior em uma realidade como essa do

36 Com as ressalvas já realizadas ao longo do texto, no sentido de que o Poder Judiciário brasileiro é muito diverso e comporta diferentes estruturas. Assim, é possível que, em comarcas menores, o juiz tenha, por exemplo, apenas poucos funcionários cedidos por uma prefeitura. No entanto, o presente trabalho se pautou na regra ordinária e nos números oficiais disponíveis no Conselho Nacional de Justiça.

que na norte-americana, haja vista que o vínculo com o juiz é menor, normalmente não existe uma afinidade ideológica e, principalmente, pelo fato de que os funcionários não possuem um vínculo temporário, mas sim um vínculo fixo com o sistema de justiça, tendo, em muitos casos, mais experiência do que os juízes em determinada área de atuação.

Nesse ponto, embora a teoria do agente principal seja utilizada para explicar o vínculo entre os juízes da Suprema Corte norte-americana e os *law clerks*, essa teoria não seria aplicável para a realidade brasileira, uma vez que, em regra, o juiz brasileiro não seleciona o seu assessor, que faz parte de uma carreira com estabilidade e, em alguns casos, possui mais experiência em certas matérias do que o próprio juiz.

No que toca à estabilidade dos funcionários, a situação brasileira mais se assemelha com o que ocorre na Corte Europeia de Justiça, conforme narrado por Kenney (2000), na qual os funcionários (*referendaires*) fazem parte de uma estrutura e isso faz com que, muitas vezes, possuam mais informações do que os juízes.

Por outro lado, quanto à diversidade ideológica e falta de vínculo na contratação dos assistentes, Black, Boyd e Bryan (2014) defendem que, para a relação dos juízes da Suprema Corte norte-americana com os assistentes que compõem as *cert pools*, seria aplicável a teoria da sinalização, e não a teoria do agente, sendo que talvez o mesmo valha para a relação do juiz brasileiro com o servidor de carreira, que é contratado por uma estrutura central, e não diretamente pelo juiz.

Outra ponderação relevante foi trazida por Holvast (2016), que, em complemento, explica que o risco de influência nas decisões judiciais é maior nos casos em que os funcionários são altamente especializados, e isso obriga o juiz a ser mais cauteloso nesse tipo de relação.

A segunda característica do sistema brasileiro diz respeito ao grande número de funcionários em relação aos juízes.

A parte inicial do trabalho mostrou que, comparativamente, o número de assistentes judiciais no Brasil é muito maior do que na Europa, onde a

maioria dos países também se origina do *civil law*, e dos Estados Unidos, que têm tradição anglo-saxã, o que dificulta a comparação.

Esse fator quantitativo tem muita importância na análise de possíveis influências no processo decisório, pois um juiz que tenha que supervisionar vários assistentes terá mais chance de ser influenciado do que um juiz que tem vínculo com poucos assessores.

McCree Jr. (1981) já alertava no sentido de que o número de assistentes por juiz deve ser limitado, pois o juiz não tem como supervisionar o trabalho de muitos assistentes. Também critica a adoção de bancadas de assistentes desvinculadas dos juízes.

Bieri (2016) menciona que o processo deliberativo requer esforço e perda de tempo e, na atuação diária, os juízes têm pouco tempo para avaliar os casos, sendo que a supervisão de diversos assistentes acaba se tornando uma grave ameaça para a independência judicial. Além disso, um juiz que tem muitos assistentes acaba se concentrando demasiadamente nas tarefas de gestão, e isso pode fazer com que não se preocupe o suficiente com a jurisdição.

Holvast (2016) também reforça a preocupação com sistemas judiciais em que a proporção de assistentes por juiz seja alta, pois isso pode gerar riscos maiores de influência no processo decisório.

Assim, a relação entre o juiz e seus assessores no sistema judicial brasileiro não poderia ser explicada pela teoria do agente principal. A falta de uma participação direta do juiz na contratação de seus servidores é um primeiro ponto que afasta a referida teoria, já que faltaria uma sintonia entre o juiz (principal) e os servidores (agentes). Além disso, o fato de os servidores serem predominantemente estruturados em carreira também afasta a aplicação daquela teoria, na medida em que possibilita que em muitos casos o servidor seja mais especializado do que o juiz. Por fim, a grande quantidade de assistentes judiciais por juiz que existe no Brasil também faz com que o modelo brasileiro se afaste da teoria do agente principal, pois dificultará de forma relevante o controle exercido pelo juiz em todas as tarefas delegadas, e isso poderá fazer com que ocorram sérias assimetrias na relação.

8. CONCLUSÃO

Considerando as relevantes funções que são conferidas aos assistentes judiciais no processo decisório, é preocupante o modelo adotado pelo Brasil, que prima por uma estrutura permanente de servidores, adicionada por uma grande quantidade de assistentes por juiz.

Esse modelo pode levar a indevidas influências no teor das decisões judiciais, especialmente naqueles casos em que um mesmo magistrado é responsável pela gestão de uma grande quantidade de servidores, situação que dificulta o controle de tudo o que é elaborado, dando ensejo à ocorrência de assimetrias.

Também deve ser ressaltado que os servidores não são escolhidos diretamente pelos juízes brasileiros e fazem parte de uma estrutura central, o que, em muitos casos, pode dificultar na construção de uma relação harmônica entre o juiz e seu assessor.

Por outro lado, o fato de existir uma estrutura permanente de servidores na justiça brasileira também pode fazer com que possam ocorrer influências indevidas na qualidade da jurisdição, pois, em muitos casos, os servidores são mais especializados do que os juízes em certas matérias.

Assim, considerando as peculiaridades existentes no modelo adotado no Brasil, é de se concluir que a teoria do agente principal não é apta para explicar a relação existente entre os juízes brasileiros e seus assistentes judiciais, o que gera preocupações com relação à qualidade que se espera da justiça brasileira e à ocorrência de indevidas influências no processo decisório.

REFERÊNCIAS

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 318-340, set. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41662/40857>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BIERI, Peter. Law Clerks In Switzerland – A Solution To Cope With The Caseload? **International Journal For Court Administration**, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 29-38, 2016. Disponível em: <https://www.iacajournal.org/articles/abstract/10.18352/ijca.201/>. Acesso em: 7 ago. 2020.

BLACK, Ryan C.; BOYD, Christina L.; BRYAN, Amanda C. Revisiting the Influence of Law Clerks on the U.S. Supreme Court's Agenda-Setting Process. **Marq. L. Rev.**, [s. l.], v. 98, n. 75, 2014. Disponível em: <http://en-disidencia.com/wp-content/uploads/2015/05/Revisiting-Agenda-Setting.pdf>. Acesso em: 7 set. 2020.

BONICA, Adam; CHILTON, Adam; GOLDIN, Jacob; ROZEMA, Kyle; SEN, Maya. Legal Rasputins? Law Clerk Influence on Voting at the U.S. Supreme Court. **The Journal of Law, Economics, & Organization**, [s. l.], v. 35, 1-36, 2018. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/msen/files/clerk-influence.pdf>. Acesso em: 4 Set. 2020.

COMO nasce uma Sentença no STF. **Revista Época on-line**, Rio de Janeiro, fev. 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/como-nasce-uma-sentenca-no-stf-23453182>. Acesso em: 24 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estudo Comparado Sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade**: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_estudo_comp_inter.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2020**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE). **Opinion n° 6 (2004) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the committee of ministers of the council of Europe on fair trial within a reasonable time and judge's role in trials taking into account alternative means of dispute settlement.** Strasbourg, novembro, 2004. Disponível em: <https://rm.coe.int/168074752d>. Acesso em: 8 ago. 2020.

CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE). **Opinion n° 22 (2019) of the Consultative Council of European Judges (CCJE). The Role of Judicial Assistants.** Strasbourg, novembro, 2019. Disponível em: <https://rm.coe.int/opinion-22-ccje-en/168098eeeb>. Acesso em: 9 ago. 2020.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR**, [s. l.], v. 2, p. 1-15, 2015. Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v-2-n-9.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

DA ROS, Luciano; TAYLOR, Matthew. Opening the Black Box: Three Decades of Reforms to Brazil's Judicial System. **School of International Service Research Paper No. 2017-3**, [s. l.], 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3028731. Acesso em: 15 ago. 2020.

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ) **European judicial systems. Efficiency and quality of justice.** CEPEJ SUDIES N° 26. Edition 2018 (data 2016), [s. l.], 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c>. Acesso em: 9 ago. 2020.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo; ARGUELHES, Diego. I Relatório do Supremo em Números - O múltiplo Supremo. **RDA -Revista de Direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 399-452, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8913>. Acesso em: 23 nov. 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de. A eficiência na administração da Justiça. **Revista da Ajufergs**, [s. l.], n. 3, 2007. Disponível em: <https://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/3/aeficinciaadministraodajustia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. A redefinição das funções dos servidores do Judiciário no século XXI. **Consultor Jurídico**, São Paulo, out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-07/segunda-leitura-novas-funcoes-servidores-seculo-xxi>. Acesso em: 24 nov. 2019.

GOMES, Aldamir de Oliveira; GUIMARÃES, Tomas de Aquino; AKUTSU, Luiz. The Relationship between Judicial Staff and Court Performance: Evidence from Brazilian State Courts. **International Journal for Court Administration**, [s. l.], 8(1), 12–19, 2016. Disponível em: <https://www.iacajournal.org/articles/abstract/10.18352/ijca.214/#>. Acesso em: 8 ago. 2020.

GOMES, Adalmir de Oliveira; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Desempenho no Judiciário. Conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 379 a 402, abr. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8063/6852>. Acesso em: 15 ago. 2020.

GUBERT, Jerson Moacir; BORDASCH, Rosane Wanner da Silva. Processamento e gestão das ações de massa – a experiência do projeto de gestão e racionalização das ações de massa (PROGRAM) da Comarca de Porto Alegre/RS no processamento de mais de 72.000 ações versando sobre o sistema de pontuação ou *score*. In: MORAES, Vânia Cardoso André de, coordenadora; FERREIRA, Ana Conceição Barbuda... [et al]. **As Demandas Repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Cosloenfam/article/view/3280/3222>. Acesso em: 27 nov. 2019.

HOLVAST, Nina L. Considering the consequences of increased reliance on judicial assistants: a study on Dutch courts, **International Journal**

of the Legal Profession, [s. l.], v. 20, n. 1 Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2015-29, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2607443&download=yes. Acesso em: 6 set. 2020.

HOLVAST, Nina. The Power of the judicial assistant/law clerk : looking behind the scenes at courts in the United States, England and Gales, and the Netherlands. **International Journal for Court Administration**, [s. l.], v.7, n. 2, 2016. Disponível em: https://pure.uva.nl/ws/files/25074858/The_power_of_the_judicial_assistant.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1º de julho de 2018**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?edicao=22367&t=publicacoes>. Acesso em: 9 ago. 2020.

JONES, John Paul. Some Ethical Considerations for Judicial Clerks. **Geo. J. Legal Ethics**, [s. l.], v. 4, 771, 1991. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=law-faculty-publications> . Acesso em: 7 set. 2020.

KELEMEN, Katalin. The decision-making process of European constitutional courts. A comparative perspective. **Diritti comparati. Working paper**, [s. l.], v. 1, 2016. Disponível em: <https://oru.diva-portal.org/smash/get/diva2:1076126/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

KENNEY, Sally J. Beyond principals and agents: seeing courts as organizations by comparing référendaires at the European Court of Justice and law clerks at the US Supreme Court. **Comparative Political Studies**, [s. l.], v. 33 n. 5, 2000. Disponível em: <https://journals-sagepub-com.ez24.periodicos.capes.gov.br/doi/pdf/10.1177/0010414000033005002> . Acesso em: 6 set. 2020.

LEAL JUNIOR, Cândido Alfredo Silva. Edição e revisão de textos na perspectiva do juiz e de seus auxiliares na produção de textos judiciais.

Revista de Doutrina TRF4, Porto Alegre, n. 41, 2011. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/candido_junior.html. Acesso em: 21 set. 2020.

MCCREE JR., Wade H. Bureaucratic Justice: An Early Warning. **University of Pennsylvania Law Review**, [s. l.], v. 129, n. 4, 1981. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4752&context=penn_law_review. Acesso em: 15 ago. 2020.

NOVO presidente da ANAMATRA critica ritmo “fordista” de produção judiciária. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mai, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-31/presidente-anamatra-critica-ritmo-fordista-juizes>. Acesso em: 25 nov. 2019.

PEPPERS, Todd C., GILES, Micheal W., TAINER-PARKINS, Bridget. Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use Their Law Clerks. **Albany Law Review**, [s. l.], v. 71, 623, 2008. Disponível em: <https://www.ohsd.uscourts.gov/sites/ohsd/files/How%20Judges%20Select%20and%20Use%20Their%20Law%20Clerks.pdf>. Acesso em: 7 set. 2020.

PEPPERS, Todd C.; ZORN, Christopher. Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment. **DePaul L. Rev**, [s. l.], v.58, 51, 2008. Disponível em: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1203&context=law-review>. Acesso em: 7 set. 2020.

ROSENTHAL, Jeffrey S., YOON, Albert H. Judicial Ghostwriting: Authorship on the Supreme Court. **Cornell L. Rev**, [s. l.], v.96, 1307, 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3220&context=clr> Acesso em: 7 set. 2020.

STRAS, David R. Keynote Address: Secret Agents: Using Law Clerks Effectively. **Marq. L. Rev**, [s. l.], v. 98, 151, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5218&context=mulr>. Acesso em: 7 set. 2020.

STRAS, David R.; SYKES, Diane S.; WYNN JR, James A. Panel Discussion: Judges' Perspectives on Law Clerk Hiring, Utilization, and Influence. **Marq. L. Rev.** [s. l.], v. 98, 441, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5228&context=mulr>. Acesso em: 3 ser. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Estatísticas do STF**. Secretaria de Gestão Estratégica. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio> Acesso em: 11 ago. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Juízes Convocados – Posição em 31/07/2020**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/transparenciaMagistradoConvocado/anexo/TransparenciaMagistradosConvocados.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

SWANSON, Rick A.; WASBY, Stephen L. Good Stewards: Law Clerk Influence in State High Courts. **The Justice System Journal**, [s. l.], v. 29, n. 1, 2008. Disponível em: https://www.ncsc.org/__data/assets/pdf_file/0022/17266/good-stewards-law-clerk-influence.pdf. Acesso em: 4 set. 2020.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, Dec. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200004&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 31 ago. 2020.

VERONESE, Alexandre; CIPRIANO, Najara de Paula; GONÇALVES, Nicolle Wagner; OLIVEIRA, Paloma da Costa. Vida de Assessor: as funções de assessoria judiciária em tribunais superiores no Brasil e nos Estados Unidos em perspectiva comparada. **Contemporânea**, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 365-390, 2017. Disponível em: <http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/572>. Acesso em: 24 nov. 2019.

WAHLBECK, Paul J.; SPRIGGS II, James F.; SIGELMAN, Lee. Ghostwriters on the Court? A Stylistic Analysis of U.S. Supreme Court Opinion Drafts. **American Politics Research**, [s. l.], v. 30, n.

2, 166-92, 2002. Disponível em: <https://journals-sagepub-com.ez24.periodicos.capes.gov.br/doi/pdf/10.1177/1532673X02030002003> . Acesso em: 12 set. 2020.

WASBY, Stephen L. Clerking For An Appellate Judge: A Close Look. **Seton Hall Circuit Review**, [s. l.], v. 5, 19, 2008. Disponível em: https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=circuit_review . Acesso em: 7 set. 2020.

O MICROSSISTEMA DE JUSTIÇA DIGITAL INSTITUÍDO PELAS RESOLUÇÕES CNJ N.º 335/2020, 345/2020, 354/2020, 372/2021, 385/2021 E 398/2021.

Fábio Ribeiro Porto

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduado em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Juiz de Direito e Professor Universitário. Professor Palestrante da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (ESAJ). Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Privado da Universidade Federal Fluminense (UFF). Ex-membro da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (COJES). Membro do Comitê Gestor de Tecnologia da Informação e Comunicação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CGTIC). Membro do Comitê Gestor de Segurança da Informação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CGSI). Ex-Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça.

Submetido em: 29/06/2021

Aprovado em: 14/09/2021 e 14/09/2021

RESUMO: O presente estudo pretende abordar de modo geral o microsistema de justiça digital criado pelo Conselho Nacional de Justiça. Esta breve reflexão inicia tratando da revolução digital e seu impacto no Poder Judiciário, passando em seguida para a análise da decodificação e a introdução dos microsistemas, para abordar o poder normativo do CNJ, chegando ao objetivo principal da

análise proposta: o microsistema de justiça digital introduzido pelas Resoluções CNJ n.º 335/2020, 345/2020, 354/2020, 372/2021, 385/2021 e 398/2021. O microsistema encontra seu núcleo fundamental na Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro, a norma “raiz” que consolidou as bases e as diretrizes para a transformação digital que se seguiu com as demais Resoluções. O estudo conglobado dos normativos permite concluir que estamos diante de um novo modelo de trabalho, que utiliza todo o potencial que a tecnologia pode fornecer, materializando no âmbito do Poder Judiciário a verdadeira e tão esperada transformação digital.

PALAVRAS-CHAVES: Microsistema de Justiça Digital. Direito Digital. Transformação Digital. Descodificação. Poder Normativo do Conselho Nacional de Justiça. Plataforma Digital do Poder Judiciário. Núcleo de Justiça 4.0. Juízo 100% Digital.

ABSTRACT: This study intends to approach in general the Digital Justice Microsystem created by the National Council of Justice. The brief reflection begins by dealing with the digital revolution and its impact on the judiciary, then moving on to the analysis of decoding and the introduction of Microsystems, to address the Normative Power of the CNJ, reaching the main objective of the proposed analysis, the Digital Justice Microsystem introduced by CNJ Resolutions n.ºs 335/2020, 345/2020, 354/2020, 372/2021, 385/2021 and 398/2021. The microsystem finds its fundamental core in the Digital Platform of the Brazilian Judiciary, the “root” rule that consolidated the bases and guidelines for the digital transformation that followed with the other Resolutions. The combined study of regulations allows us to conclude that we are facing a new work model that uses all the potential that technology can provide, materializing within the scope of the Judiciary the true and long-awaited digital transformation.

KEYWORDS: Digital Justice Microsystem. Digital Law. Digital Transformation. Normative Power of the National Council of Justice. Digital Platform of the Judiciary. Center for Justice 4.0. 100% Digital court.

1. REVOLUÇÃO DIGITAL

A aceleração tecnológica impacta desde o comportamento das pessoas até os setores mais tradicionais da economia. Estamos na era **exponencial** (PICCOLI, 2018), e a velocidade das transformações nos leva a uma mudança de padrão em escala global sem precedentes (PICCOLI, 2018, p.192). Como cantou RENATO RUSSO “*o futuro não é mais como era antigamente*” (URBANA, 2021, *online*), assim como “*nada do que foi será do jeito que já foi um dia*” (SANTOS, 2021, *online*).

As inovações tecnológicas estão revolucionando, como nunca, as nossas vidas e, em especial, o modo como o Poder Judiciário atua. Variadas e múltiplas foram as novidades das últimas décadas. Aqueles que nasceram na década de 90 ou antes conseguem visualizar de modo claro essa transformação, seja na forma como nos comunicamos (das cartas escritas, *paggers* e telefones fixos para o *smartphone* e os aplicativos de mensagem instantânea), nos informamos (jornal digital), consumimos (*delivery* e *e-commerce*) e, até mesmo, nos divertimos (das locadoras de vídeo e CDs de música para *Netflix* e *Spotify*) (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2020, *online*).

A expressão “**quarta revolução industrial**” (SCHWAB, 2018, *online*), que já se encontra incorporada às discussões econômicas e tecnológicas do mundo moderno, foi cunhada por KLAUS SCHWAB – Fórum Econômico Mundial –, nos idos de 2016, para tratar da “*technological revolution that will fundamentally alter the way we live, work, and relate to one another*” (WEFORUM, 2018, *online*) e tem sido recorrentemente mencionada e trazida à tona, dada a sua relevância não somente de impacto em nossas vidas, como também pela sua escala, abrangência e complexidade. Iniciou-se no bojo da **terceira revolução industrial**, então chamada de **Revolução Digital**, que mudou radicalmente a sociedade, as formas de comunicação e o estado do mundo globalizado.

Tudo isso influenciou as pessoas que entraram em uma era de transformações profundas no atual período pós-globalização. Com a liberdade de manifestação do pensamento e de circulação de ideias tão intensas quanto a liberdade de circulação das mercadorias, ou ainda maior, a humanidade

tem chocado culturas, religiões, estilos de vida e formas de pensar diferentes em uma intensidade jamais vista (KOETZ, 2018, *online*).

Sem dúvida, somos, simultaneamente, espectadores e protagonistas de uma das maiores transformações da história da humanidade: o *sepultamento* da era **análogica** e o surgimento da **digital**. “*Somos passageiros de uma mudança histórica sem precedentes*” (FORBES, REALE JÚNIOR e FERRAZ JÚNIOR, 2005).

Esse fenômeno, como era previsível, começa a se alastrar, também, para o setor público. Com efeito, o cidadão tem expectativas por serviços públicos digitais que facilitem sua vida – assim como já ocorre no âmbito privado por meio de uma gama de aplicativos, disponíveis na palma da sua mão e acessíveis com alguns toques. Corroborando essa tendência, temos a recente Lei n.º 14.129/2021, que dispõe sobre o Governo Digital e o aumento da eficiência pública, especialmente por meio da desburocratização¹, da inovação e da transformação digital, inclusive instituindo, como alguns de seus princípios, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade².

Nesse contexto, a nova dinâmica social exige uma nova conceituação do que é Justiça, um conceito mais amplo do que *dar a cada um o que é seu* (LÚCIA, 2021, *online*) e de como o Estado disponibilizará um dos seus principais serviços, qual seja, a **prestação jurisdicional**. O surgimento, assim como a necessidade de solução, dos conflitos individuais e coletivos acontece em uma velocidade e volume totalmente diferentes daqueles que imperavam quando os preceitos tradicionais da justiça e do processo de decisão judicial foram estabelecidos (KOETZ, 2021, *online*). Imperioso reconhecer, portanto, que a **transformação digital** é uma necessidade para o aperfeiçoamento da *prestação jurisdicional* (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2020, *online*).

1 Sobre o tema, disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2-anos/2-anos-1/desenvolvimento-economico-desburocratacao-e-modernizacao-do-estado> Acesso em 02 de fev. 2021.

2 Tais medidas se darão mediante serviços digitais, acessíveis, inclusive, por dispositivos móveis, que permitirão às pessoas jurídicas e aos outros entes públicos demandar e acessar serviços públicos por meio digital, sem a necessidade de solicitação presencial.

E o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a presidência do Ministro Luiz Fux, vem caminhando a passos largos, coordenando e orquestrando essa transmutação tecnológica, com a criação de um verdadeiro *microsistema* (IRTI, 1999,) *de justiça digital*, capitaneado pela Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br, e uma série de normativas que consagraram a entrada do Judiciário em uma nova era: a da **Justiça 4.0**. (ROSA, 2018, *online*) (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2021, *online*).

2. DESCODIFICAÇÃO E MICROSSISTEMA

É preciso analisar o *sistema de justiça digital*³ (VILANOVA, 2005, p. 162) como contexto construído, normatizado, organizado, de solução rápida, com adoção de novas tecnologias e eficaz para a solução do litígio. Como é um pequeno sistema, especial, subjetivamente, utilizaremos a expressão de NATALINO IRTI, *microsistema*, para o descrever (IRTI, 1999,).

Assim, como iremos verificar, o conjunto de normas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça constitui um microsistema (ou subsistema) do sistema jurídico (ou do ordenamento jurídico positivo) brasileiro específico de *Justiça Digital*. Importante destacar, como fazem FREDIE DIDIER JÚNIOR e HERMES ZANETI JÚNIOR, que os “*os microsistemas evidenciam e caracterizam o policentrismo do direito contemporâneo*”, composto por “*vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente), o Código Civil, as leis especiais*” (DIDIER JÚNIOR e ZANETI JÚNIOR, 2009, p. 46). Esse arquétipo decorre de “*uma nova configuração social*”, que se situa, conforme leciona RODRIGO MAZZEI (2006), na passagem do Estado Liberal para o Estado Social; contexto histórico que se

3 A propósito da definição do conceito de sistema, confira-se a seguinte passagem da obra do professor Lourival Vilanova: “Para logo se vê, o sistema reside: i) em haver partes de um todo, desde prótons, fótons, elétrons, constituindo a constelação energética do átomo, até os elementos de um conjunto lógico ou matemático; ii) num vínculo que interliga as partes, seja a variação funcional das partículas não-viventes, até as múltiplas formas de interação humana, seja a natureza no sentido transcendental kantiano do que ocorre segundo as leis causais, seja a cultura como síntese dialética de uma organização exterior da sociedade e dos fatores objetivos de sentido (Dietlhey). Em suma, falamos de sistema onde se encontrem elementos e relações e uma forma dentro de cujo âmbito, elementos e relações se verifiquem. O conceito formal de todo (no sentido husserliano) corresponde ao sistema. Sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre partes ou elementos. As relações são os elementos do sistema. Fixam, antes, sua forma de composição interior, sua modalidade de ser estrutura” (VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 162).

qualifica, entre outros fatores, pela inflação legislativa decorrente do surgimento e proliferação de novos direitos, em especial direitos coletivos, e que ocasionou, adiante, a descodificação, com gradual perda de coerência, ou de sistematicidade, do sistema jurídico (SANTOS, MARQUES E PEDROSO, 1996. p. 34).

Nesse contexto, os “Códigos” dos séculos XVIII e XIX se revelam falhos, sem conseguir atender as relações jurídicas materiais que passaram a se apresentar. Como consequência, ensina CELSO FERNANDES CAMPILONGO, “o ordenamento vai sendo substituído por uma legislação ‘descodificada’, que rompe com as noções de unidade formal do ordenamento e aponta na direção de múltiplos sistemas normativos” (CAPILONGO, 2002. p. 39). Por isso é que, na lição de DIDIER E ZANETI, os microssistemas singularizam-se “*por tratarem de matéria específica, dotada de particularidades técnicas e importância que justificam uma organização autônoma*” (DIDIER JÚNIOR e ZANETI JÚNIOR, 2009, p. 69).

Esse microssistema emerge da necessidade de uma tutela jurídica adequada para adaptação da transformação digital do Poder Judiciário, impulsionada pela pandemia sem precedentes que enfrentamos no último ano (PORTO, 2021, *online*), de modo que, à míngua de uma regulação codificada, passou a ser regulamentada entre nós por uma gama de Resoluções baixadas pelo CNJ e conectadas com princípios comuns, formando um **microssistema** que permite a comunicação constante das normas e uma perfeita simbiose.

Assim, do ponto de vista do Direito, as Resoluções do CNJ compõem, reunidas, um importantíssimo microssistema jurídico (um *verdadeiro estatuto da justiça digital*), não abrangido pelo Código de Processo Civil, ainda que ele complete e integre as normas (CÂMARA, 2010, pp. 3-6). Dito de outro modo, *formam uma unidade institucional, isto é, um só estatuto, qual seja o estatuto da justiça digital brasileira* (THEODOR JÚNIOR, 2018, p.3).

Temos, desse modo, um *sistema jurídico aberto ou integrativo, em que várias normas regentes do tema se comunicam entre si, completando-se* (GO-

MES, 2011, p. 37) e acoplando toda a engrenagem necessária para o funcionamento desse novo e paradigmático momento do Poder Judiciário.

Por isso, o microsistema de justiça digital, além de orientar a estruturação procedimental, abre campo para a *reestruturação judiciária*, através do *diálogo das fontes* (JAYME, 1995, p. 259).

3. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O PODER NORMATIVO

Como cediço, para que o Conselho atinja os fins para os quais foi concebido, o constituinte derivado facultou ao mesmo a possibilidade de expedir atos regulamentares no âmbito da sua competência, bem como adotar providências necessárias para o exato cumprimento da lei. Tais atos são dotados de força vinculante, ou seja, obrigam todos os órgãos e membros do Judiciário às suas determinações, exceto o Supremo Tribunal Federal.

A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça está prevista no art. 103-B da CF/88, que assim dispõe:

[...] § 4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências [...].

A norma transcrita revela a possibilidade de o CNJ expedir atos para disciplinar o conteúdo da Constituição Federal, sem a intermediação de qualquer lei *stricto sensu*. Esse fenômeno exemplifica a constitucionalidade dos *regulamentos autônomos*⁴ (SILVA, 2005. p. 485), na esteira do que defen-

4 "Regulamentos autônomos são aqueles que demonstram a realidade de um poder regulamentar da Administração. Não há dúvida da existência deste poder quando se trata de regulamentos de organização, onde expressamente não se tenha reservado uma esfera à lei. É o que agora prevê o inciso VI deste art. 84, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional 32/2001. Não será regulamento ilegal se se limitar à esfera de competência própria e privativa do administrador" (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 485).

dem HELY LOPES MEIRELLES (2016, p. 150), Eros Roberto Grau (2002, p. 225-55)⁵ e outros nomes da doutrina brasileira (RUARO e CURVELO, 2007, p. 11), (CARVALHO, 2008, p. 298) e (DI PIETRO, 2010, p. 91). A leitura do dispositivo autoriza concluir que o poder regulamentar originário do Conselho está cingido ao “*âmbito de sua competência*”.

Ressalte-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem interpretado a expressão “*âmbito de sua competência*” de **modo extensivo**, a fim de alcançar a **regulamentação da Constituição em todas as matérias administrativas**, opinativas, disciplinares, correcionais, informativas e sancionatórias que envolvam o Poder Judiciário. Assim, segundo o entendimento da nossa Corte Constitucional, estaria o Conselho autorizado, por exemplo, a fixar regras para verificação do critério de merecimento na promoção de juízes e no acesso ao segundo grau (Resolução CNJ n.º 06/2005), impor restrições ao emprego de parentes de magistrados em cargos de direção e assessoramento, ainda que a LOMAN a respeito nada disponha (Resolução CNJ n.º 07/2005), e estabelecer o conteúdo de atividade jurídica para fins de ingresso na carreira da magistratura (Resolução CNJ n.º 12/2006).

Ao Conselho também cabe definir metas para a prestação jurisdicional e disciplinar, temas afetos à administração, finanças, logística e informática (tecnológica) do Judiciário, mas sem interferir, todavia, na tramitação e condução dos processos.

Desse modo, segundo decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12-6/Distrito Federal, foi reconhecido (ou atribuído) ao Conselho Nacional de Justiça o poder de expedir atos de natureza ***normativa primária***, ou seja, com **mesma força de lei**. Segundo a

5 Para ele, o regulamento autônomo é compatível com a Constituição brasileira, porque a separação dos poderes não está fundada somente na classificação subjetiva do Estado (leia-se, discriminação de seus órgãos, agentes e instituições), mas também na divisão material dos atos praticados. De acordo com esse critério material, sugere o jurista, o Estado exerce três funções: a normativa (de elaboração do direito positivo), a administrativa (de concretização do direito posto) e a jurisdicional (de aplicação das normas). A função normativa, nessa linha de raciocínio, não seria exclusiva da atividade legiferante, mas extensiva à edição de regulamentos pelo Poder Executivo e à formulação de regimentos e outros atos administrativos pelos tribunais. (GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 225-55).

leitura feita pela nossa Corte Constitucional, o poder regulamentar atribuído ao Conselho não se restringe apenas a complementar a lei, mas também a Constituição, devendo o mesmo zelar pela observância dos princípios que regem a administração pública. Eis a ementa do acórdão:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS». PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios «estabelecidos» por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo «direção» nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (ADC 12, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-

02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149)

Ao decidir o pedido liminar feito na ação acima mencionada, o Supremo Tribunal Federal atribuiu ao Conselho poder **normativo primário**, sob o argumento de que o mesmo retirou o fundamento de validade do ato expedido diretamente da Constituição Federal de 1988:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação dada pela EC 45/04). Ação declaratória que não merece conhecimento quanto ao art. 3º da resolução, porquanto, em 06/12/05, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 09/05, alterando substancialmente a de nº 07/2005. A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de **caráter normativo primário**, dado que **arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã** e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que *não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois mo-*

delos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutra giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo “chefia” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões

que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação. (ADC 12 MC, Relator(a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427)⁶. Grifo nosso

Nesse sentido, tem-se a doutrina de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, o qual assevera que há casos em que o próprio texto constitucional autoriza que determinados órgãos produzam atos que, tanto como as leis, emanam diretamente da Constituição Federal, tendo, assim, *natureza primária* (CARVALHO FILHO, 2010, p. 61).

Apresenta, o mencionado doutrinador, como exemplo, a atribuição conferida pela norma constitucional ao Conselho Nacional de Justiça para expedir atos regulamentares no âmbito de suas competências, afirmando que tais atos terão como finalidade regulamentar a própria Constituição Federal, e, por tal motivo, serão *autônomos* e de *natureza primária*, situando-se no mesmo patamar em que se alojam as leis dentro do sistema de hierarquia normativa⁷.

6 Destaca-se do voto do eminente relator o seguinte trecho “[...] Já no plano da autoqualificação do ato do CNJ como entidade jurídica primária, permito-me apenas lembrar, ainda nesta passagem, que o Estado-Legislador é detentor de duas caracterizadas vontades normativas: uma é primária, outra é derivada. A vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma. Por isso imediatamente inovadora do ordenamento jurídico, sabido que a Constituição não é diploma normativo destinado a tal inovação, mas própria fundação desse Ordenamento. Já a segunda tipologia de vontade estatal-normativa vontade tão somente secundária, ela é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar; ou seja, vontade que adota como esteio de validade um diploma jurídico já editado, esse sim, com base na Constituição. Logo, vontade que não tem aquela força de inovar o Ordenamento com imediatidade”.

7 Nesse ponto, importante destacar que essa posição doutrinária não é pacífica, vários autores sustentam tese contrária. Nesse sentido, tem-se a doutrina de Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clêrmeson Merlin Clève, ao afirmar que seria incompreensível, no Estado Democrático de Direito, permitir que um órgão administrativo, como os Conselhos Nacionais do Ministério Público e do Poder Judiciário, pudesse expedir atos regulamentares com força de lei. Acrescenta, ainda, que os poderes normativos de tais Conselhos Nacionais enfrentam duas limitações, a saber: “[...] uma *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos” (STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang et al. Os limites das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>>. Acesso em: 10 out. 2010). No mesmo sentido: ALMEIDA, Renato Franco de. Poderes do CNJ e do CNMP. *Informativo Jurídico in Consulex*. Ano XXI, nº 32, de 13 de agosto de 2007, p. 12-15, p. 15; GARCIA,

Além da prerrogativa de **regulamentação primária**, de origem constitucional, mediante a edição de *regulamentos autônomos*, também detém o CNJ poder regulamentar vinculado (ou, na lição de prestigiada doutrina, poder regulamentar “propriamente dito”), dirigido exclusivamente à complementação de leis. Nesse caso, deve o Conselho ater-se à mera exequibilidade do texto legal, não podendo criar novos direitos ou obrigações para os administrados.

No caso do CNJ, o poder **regulamentar autônomo** foi constitucionalmente atrelado ao âmbito de competência da instituição, de sorte que somente se admitirá a criação de direitos e obrigações, sem lei preexistente, se a matéria regulamentada versar sobre o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário ou sobre o cumprimento de deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º, CF/88).

Assim, ao CNJ compete a definição dos critérios e procedimentos a serem observados pelas Cortes locais, visando ao aperfeiçoamento dos órgãos judiciários e das políticas públicas a eles relacionadas, como é o caso da **informatização do processo judicial**, tema evidentemente afeito ao sistema de Justiça e, por via de consequência, à respectiva **transformação digital**.

Dentro dos escopos de unicidade de trato e de controle da atuação administrativa, certamente está a adequação dos sistemas de informática. Assim, por se tratar de atividade diretamente vinculada à Administração da Justiça, cabe ao CNJ balizar os critérios prioritários para o gerenciamento das atividades jurisdicional e judiciária, incluindo-se aí a escolha da estratégia nacional nos campos da informática e da tecnologia.

Alinhado à diretriz constitucional, o novo Código de Processo Civil disciplina no artigo 196:

Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 10, n. 1002, 30 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8172>>. Acesso em 10 out. 2010. RAMOS, André Tavares. O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 3, n. 9, jan/mar.2009. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 13-26 e de BASTOS, Janice. O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Justiça do Trabalho*, v. 27, n. 316, abr/2010, p. 109-114.

Art. 196. Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código.

A redação da lei instrumental não apenas **disciplina o mandamento constitucional** que coloca o CNJ como “**Órgão Governante Superior – OGS**” – termo adotado pelo TCU para indicar as entidades públicas que “*têm a responsabilidade por **normatizar e fiscalizar** o uso da gestão de TI em seus respectivos segmentos da Administração Pública Federal*” (OGS, 2021, *online*) e, portanto, competente para ditar **políticas públicas** no tocante ao processo judicial eletrônico –, como também consolida a posição do CNJ como órgão responsável pela *disciplina da incorporação progressiva dos avanços tecnológicos*.

Como se sabe, a Justiça não é precificável mediante contraprestação financeira específica. O benefício que proporciona ao jurisdicionado e, de modo geral, a todo o tecido social está além do que os usuais critérios de mercado podem captar (HOLMES, SUNSTEIN, 2011, *online*). Contudo, da perspectiva da atividade estatal, sua produção tem um custo. Uma estrutura consideravelmente complexa é necessária para o exercício da jurisdição. Recursos humanos, materiais e tecnológicos são consumidos no sofisticado processo de buscar um nível satisfatório de justiça na resolução de disputas e conflitos. Esse esforço público tem um custo, que é variável e pode ser mensurado (IPEA, 2021, *online*).

O *microsistema de justiça digital* insere-se, nesse contexto, como medida de cumprimento dos preceitos constitucionais aludidos, mediante orquestração centralizada de recursos humanos e financeiros tendentes a reduzir o desperdício significativo de recursos públicos em iniciativas paralelas e sobrepostas, objetivando racionalizar os custos na produção de artefatos tecnológicos que atendam a todo o sistema de justiça. Além disso, possibilita o desenvolvimento colaborativo, em rede, de modo comunitário, como veremos abaixo.

4. O MICROSSISTEMA DE JUSTIÇA DIGITAL

O *microssistema de justiça digital* (PDPJ-Br) foi fundado por meio da Resolução CNJ n.º 335/2020, responsável por introduzir uma nova política pública para o Processo Judicial Eletrônico e criar o *marketplace* do Poder Judiciário (CNJ*store*), possibilitando o trabalho colaborativo, comunitário e em rede da Justiça brasileira.

A PDPJ-Br constitui a solução para, finalmente, evitar a multiplicidade de versões do PJe (WOLKART e BECKER, 2019, p. 117-119) integrar em curto prazo as funcionalidades de outros sistemas públicos, padronizar, em longo prazo, o uso do PJe como solução nacional e, principalmente, coibir o emprego de sistemas onerosos pelos Tribunais que ainda insistem em fazê-lo. O principal objetivo do CNJ é modernizar a plataforma do Processo Judicial Eletrônico e transformá-la em um sistema multisserviço que permita aos Tribunais fazer adequações conforme suas necessidades e que garanta, ao mesmo tempo, a *unificação do trâmite processual* no país.

Assim, a PDPJ-Br é o **núcleo central** do microssistema de justiça digital, a norma “mãe” que consolidou as bases e as diretrizes para a transformação digital que se seguiu com as demais normas.

Em seguida, crucial gizar a revolucionária criação do “Juízo 100% Digital” (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2020, *online*), por meio da Resolução CNJ n.º 345/2020, que consubstanciou uma alteração de **paradigma** no Poder Judiciário brasileiro, passando a conceber a Justiça efetivamente como um serviço (“*justice as a service*”) (BECKER e DUQUE, 2021, *online*), e não mais como associada a um prédio físico⁸, vulgarmente denominado de Fórum. No mesmo diapasão, a Resolução CNJ n.º 354/2020

⁸ Tradicionalmente, a Justiça é vista pela ficção e pela mídia como antiquada, o que é reforçado e confirmado quando se visita um órgão do Poder Judiciário. (SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: an introduction to your future*. Oxford University Press, 2017, p. 86). Embora a ideia de um local apto a fazer justiça remonte ao berço da civilização na Mesopotâmia (BAKER, Amanda M. *A Higher Authority: Judicial Review of Religious Arbitration*. Vermont Law Review, vol 157, 2012), passando pelo Fórum romano e a sua subsequente fusão com as formas de resolução de conflitos das tribos germânicas (FANTINATO, João Marcos de Castello Branco. *A Antiguidade Tardia Ibérica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018), a estrutura primitiva de órgão jurisdicional foi concebida na Idade das Trevas e atualizada no Século XIX (SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 29).

possibilitou o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2020, *online*), revolucionando a forma de cumprimento dos atos judiciais e praticamente extinguindo as vetustas cartas precatórias (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2020, *online*). Ainda nessa caminhada, o CNJ instituiu o “*Balcão Digital*”, por meio da Resolução CNJ n.º 372/2021, permitindo o atendimento imediato de partes e advogados pelos servidores do juízo, durante o horário de atendimento ao público, através do uso de ferramenta de videoconferência, em moldes similares aos do atendimento presencial, que ocorria no denominado “balcão” de atendimento físico das serventias (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2020, *online*).

Por fim, como ápice dessa transformação digital, aponte-se a publicação da Resolução CNJ n.º 385/2021, autorizando a revolucionária instituição dos “**Núcleos de Justiça 4.0**” (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2020, *online*), que foram lapidados pela Resolução CNJ n.º 398/2021.

De fato, as gerações mais jovens já consideravam a necessidade de irem até fóruns e participarem de audiências presenciais como práticas ultrapassadas⁹.

Como salientou o Ministro Luiz Fux em seu voto propondo o ato normativo que se transformou na Resolução CNJ n.º 385/2021¹⁰:

Do ponto de vista dos advogados, a dinâmica tradicional também acabava por criar certas amarras geográficas, já que nem todos os clientes podem arcar com os custos de deslocamento dos advogados de sua preferência para outras cidades ou estados. Ademais, revelava-se praticamente inviável participar de duas ou mais audiências em um mesmo dia, salvo se no mesmo juízo ou fórum. Com o “Juízo 100% Digital” e os “Núcleos de Justiça 4.0”, há uma ampliação e democratização do acesso à advoca-

9 Em recente artigo publicado no The Times, Richard Susskind afirmou que as audiências por vídeo, em termos tecnológicos, são “coisas da Idade da Pedra”. Sua concepção remonta aos anos 80, e sua adoção tardia, em 2020, só reforça que se trata de um pontapé inicial na rotina dos tribunais. O futuro abrangerá ODRs, procedimentos assíncronos, telepresença, realidade virtual, *blockchain* e inteligência artificial (disponível em: < <https://www.thetimes.co.uk/article/video-hearings-have-transformed-courts-but-are-not-a-panacea-mcp77mjj7> > . Acesso em 07 de abr. 2021.

10 Ato 0001113-81.2021.2.00.0000

cia, permitindo que os cidadãos possam contratar advogados de cidades distantes e até mesmo de outros estados, sem que isso importe um aumento significativo de custos.

Mas isso não significa dizer que estamos em crise, **não!** Estamos em **constante e frequente TRANSFORMAÇÃO.**

O contemporâneo desafio pandêmico enfrentado pelo Poder Judiciário ao redor do mundo robusteceu ainda mais a ideia de uma Justiça que não está atrelada a **uma sede física**. Como destacou STEVEN PINKER, “*a revolução digital, ao substituir átomos por bits, está **desmaterializando** o mundo bem diante de nossos olhos*” (PINKER, 2018, p. 179). Parafrasando o pensador canadense, estamos **desmaterializando** o prédio da Justiça e criando o “fórum virtual”. O “Juízo 100% digital”, em conjunto com o Núcleo de Justiça 4.0, o Cumprimento Digital de Ato Processual e o Balcão Digital, expressam um novo modelo de trabalho, que utiliza todo o potencial que a tecnologia pode fornecer, **materiando** no âmbito do Poder Judiciário a verdadeira *transformação digital* (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2020, *online*).

Estamos vivendo uma época de grandes transformações trazidas pelo avanço exponencial da tecnologia. O futuro não será a simples continuação do presente. Velhos problemas precisarão ser resolvidos a partir de uma nova lógica, em que a tecnologia e o homem se sobrepõem. Nenhum negócio ou serviço, privado ou público, ficará à margem da mudança, porque, além da automação, a tecnologia nos proporcionou a conectividade e realçou a complexidade do mundo em que vivemos — holístico e interdependente (REPETTE, SELL, BASTOS, 2020, *online*). Com o Judiciário, não será diferente, por esse motivo, se mostra primordial para que a transformação digital ocorra de modo efetivo que se tenha regras claras e transparentes, possibilitando a visualização do Judiciário como plataforma para o desenvolvimento do Ecossistema da Justiça, tendo o cidadão no centro e no foco das atenções.

Dessa forma, o microsistema de Justiça digital representa a **balsa** (ECO, 2017) que nos levará para a nova Justiça (Justiça 4.0). Quando fa-

lamos de uma nova Justiça, é porque se tem em conta que a Justiça de hoje não mais pode estar identificada como a Justiça de ontem, diante de uma nova sociedade, com inéditas demandas e necessidades. A nova Justiça é aquela que está em harmonia com a nova realidade social e em sintonia com as dinâmicas contemporâneas, preparada para responder, com eficiência, celeridade e criatividade, às expectativas da sociedade pós-moderna, ancorada na tecnologia (ARAÚJO, GABRIEL, PORTO, 2020, *online*).

Sem dúvida, o Conselho Nacional de Justiça, possibilitou ao Poder Judiciário a *travessia*¹¹ para a Justiça Contemporânea (Justiça 4.0), permeada pela tecnologia e adequada à nova realidade e dinâmica social, com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do *microssistema de justiça digital*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Franco de. Poderes do CNJ e do CNMP. **Informativo Jurídico in Consulex**. Ano XXI, nº 32, de 13 de agosto de 2007, p. 12-15.

ANDRADE, Fernando Teixeira. **O medo: o maior gigante da alma**. s/e, s/d.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. Os ‘Núcleos de Justiça 4.0’: inovação disruptiva no Poder Judiciário brasileiro. **JOTA**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/os-nucleos-de-justica-4-0-inovacao-disruptiva-no-poder-judiciario-brasileiro-13042021>>. Acesso em 13 de abr. 2021.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. ‘Juízo 100% digital’ e transformação tecnológica da Justiça no século XXI. Novo modelo de trabalho utiliza todo o potencial que a tecnologia pode fornecer ao Poder Judiciário. **JOTA**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/juizo-100-di>

11 Segundo Fernando Teixeira de Andrade, *há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.* (ANDRADE, Fernando Teixeira. *O medo: o maior gigante da alma*. s/e, s/d.). O Judiciário como mencionamos acima está em constante transformação. A sociedade mudou, e precisamos evoluir com ela. Tudo muda, tudo se transforma, e não poderia ser diferente no Poder Judiciário.

gital-e-transformacao-tecnologica-da-justica-no-seculo-xxi-01112020>. Acesso em 22 de fev. de 2020.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. O cumprimento digital de ato processual e o fim das cartas precatórias. **JOTA**. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/o-cumprimento-digital-de-ato-processual-e-o-fim-das-cartas-precatorias-03122020>>. Acesso em 22 de fev. de 2020

BAKER, Amanda M. **A Higher Authority: Judicial Review of Religious Arbitration**. Vermont Law Review, vol 157, 2012.

BASTOS, Janice. O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Justiça do Trabalho**, v. 27, n. 316, abr/2010.

BECKER, Daniel e DUQUE, Felipe. Hotline bling: Covid-19, Justiça como serviço e virtualização dos atos processuais. **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/hotline-bling-covid-19-justica-como-servico-e-virtualizacao-dos-atos-processuais-26052020#_ftn28>. Acesso em 13 de abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração**. Salvador: Juspodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil, v. 4 – Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2009.

ECO, Umberto. **Pape Satàn Aleppo – crônicas de uma sociedade líquida**. São Paulo: Record, 2017.

FANTINATO, João Marcos de Castello Branco. **A Antiguidade Tardia Ibérica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FORBES, Jorge; REALE JÚNIOR, Miguel e FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (org.). **A invenção do futuro: um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade**. Barueri: Manole, 2005.

GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 1002, 30 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8172>>. Acesso em 10 out. 2010.

GOMES JR., Luiz Manoel et al. **Comentários à nova lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 37.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 225-55.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: Norton, 1999.

IPEA. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Relatório de Pesquisa IPEA. **Custo unitário do processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. 2011. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/121009_relatorio_cus-tounitario_justicafederal.pdf>. Acesso em 30 Jul. 2018.

IRTI, Natalino. **L'età della decoficazione**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1999.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: lê droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1995, II, Klumer, Haia, p. 259.

KOETZ, Eduardo. **Transformação Digital e a Justiça**. Disponível em: < <https://transformacaodigital.com/justica-digital/>>. Acesso em 03 Ago 2018.

LÚCIA, Carmen. **Discurso de posse**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_P_ ossepresidencial_CarmenLucia.pdf>. Acesso em 23 de mar. 2021.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. **Ação popular – Aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RCS Editora, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 150.

PERASSO, Valéria. **O que é a 4ª revolução industrial - e como ela deve afetar nossas vidas**. BBC, 22 de outubro de 2106. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-37658309>>. Acesso em 03 Ago 2018.

PICCOLI, Ademir Milton. Judiciário Exponencial: Premissas Para Acelerar o Processo de Inovação. In: **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018/** Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Angelo Gamba Prata de Carvalho (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 192.

PICCOLI, Ademir Milton. **Judiciário Exponencial. 7 Premissas para acelerar a inovação e o processo de transformação no ecossistema da Justiça**. São Paulo: Vidaria dos Livros, 2018.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do Humanismo**. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PORTO, Fábio. A transformação digital do Poder Judiciário incentivada pela covid-19. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6149, 2 maio 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80710>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

RAMOS, André Tavares. O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 3, n. 9, jan/mar.2009. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 13-26.

REPETTE, Palmyra Farinazzo Reis; SELL, Denilson; BASTOS, Lia Caetano. Judiciário como plataforma: um caminho novo e promissor. **Revista CNJ/Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**, Brasília, v 4, n. 1, jan/jun 2020 | ISSN 2525-4502.

ROSA, Alexandre Morais. LIMITE PENAL. A inteligência artificial chegou chegando: magistratura 4.0. **Conjur**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/limite-penal-inteligencia-artificial-chegou-chegando-magistratura-40>>. Acesso em 04 Ago 2018

RUARO, Regina Linden; CURVELO, Alexandre Schubert. **O poder regulamentar (autônomo) e o Conselho Nacional de Justiça – algumas anotações sobre o poder regulamentar autônomo no Brasil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 96, v. 858, p. 111, abr. 2007.

SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon. **Ação popular – Aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RCS Editora, 2006

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manoel Leitão; e PEDROZO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, ano 11, nº 30, fev. 1996. p. 34

SCHAWB, Klaus. **A quarta Revolução Industrial**. Trad, Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016).

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 485).

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang et al. Os limites das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>>. Acesso em: 10 out. 2010).

SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the Future of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 29).

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's Lawyers: an introduction to your future**. Oxford University Press, 2017, p. 86).

THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Os juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº. 12.153, de 22.12.2009)**. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/668/1/palTJ-OSJ.pdf>>. Acesso em 24 de agosto de 2018, p. 3.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. *Da Discórdia analógica para a Concórdia digital*. In FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni (org.). **O advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind**. São Paulo: RT, 2019.

A DIGNIDADE NA FINITUDE DA VIDA HUMANA: ORTOTANÁSIA E OS CUIDADOS PALIATIVOS

Gilberto Fachetti Silvestre

Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Tem estágio de pós-doutorado em Educação/Currículo Jurídico pelo Centro de Educação da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e atualmente realiza estágio de pós-doutorado em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Thayná Souza Duarte

Bacharel em Direito.

Raquel Veggi Moreira

Doutora e Mestra em Cognição e Linguagem (Uenf). Realiza estágio de pós-doutorado em Direito Civil e Processual Civil (Ufes). Advogada (OAB/MG). Miembro de la Asociación de Bioética Jurídica de la Universidad de La Plata – AR. Integrante do Gepbidh (Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana).

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

Doutora e Mestra em Cognição e Linguagem (Uenf). Estágio Pós-doutoral em Direito Civil e Processual Civil (Ufes). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Miembro Efectivo de la Asociación de Bioética Jurídica de la Universidad de La Plata – AR.

Coordenadora do Gepbidh (Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana).

Submetido em: 13/08/2021

Aprovado em: 10/09/2021 e 20/09/2021

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a ortotanásia no Brasil e a prática dos cuidados paliativos, seu conceito e vantagens aos pacientes com enfermidades terminais, para quem a medicina curativa se torna inútil, bem como realizar uma breve análise jurídica com base na Constituição Federal de 1988 e nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) e no Código de Ética Médica (CEM). A ortotanásia se refere à não intervenção terapêutica que se destine a prolongar a vida do doente terminal de forma artificial. Mesmo não dispondo de legislação específica, com o advento da Resolução nº 1.805/2006 do CFM, ficou mais fácil compreender e aplicar esses cuidados na prática. Para alcançar os objetivos propostos, utiliza-se uma revisão de literatura como metodologia, com base em artigos científicos e legislação brasileira vigente. Por fim, conclui-se que a ortotanásia e os cuidados paliativos podem ser adotados, ao promoverem qualidade de vida aos pacientes e seus familiares, e por se apresentarem de forma lícita, uma vez que não há impedimento legal nem ofensa a qualquer princípio estabelecido no Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ortotanásia. Resolução do CFM. Morte com dignidade.

ABSTRACT: This article intends to analyze orthothanasia in Brazil and the practice of palliative care, its concept and advantages for patients with terminal illnesses, for whom curative medicine becomes useless, as well as to carry out a brief legal analysis based on the Federal Constitution of 1988 and in the Resolutions of the Federal Council of Medicine (FCM) and in the Code of Medical Ethics (CME). Orthothanasia refers to non-therapeutic intervention aimed at artificially prolonging the life of the terminally ill. Even without specific legisla-

tion, with the advent of Resolution No. 1,805/2006 of the FCM, it became easier to understand and apply these precautions in practice. To achieve the proposed objectives, a literature review is used as a methodology, based on scientific articles and current Brazilian legislation. Finally, it concludes that orthothanasia and palliative care can be adopted, since there is no legal impediment or offense to any principle established by law.

KEYWORDS: Orthothanasia. FCM Resolution. Death with dignity.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo se constitui em temática da Bioética Contemporânea com viés constitucional, ao realizar breve análise jurídica acerca da ortotanásia e dos cuidados paliativos, visto que são adotados no Brasil e encontram fundamento em Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) e no Código de Ética Médica (CEM). Ademais, apesar de se tratar de temas que já são na realidade praticados, há ainda uma discussão sobre a legalidade e a utilização dos fundamentos como resoluções do CFM e CEM, pois não existe ainda uma lei específica sobre a ortotanásia.

Abordam-se essas questões de modo a esclarecer e trazer uma reflexão a respeito da ortotanásia e dos cuidados paliativos, e as vantagens que trazem para o paciente com doença terminal incurável. Importante mencionar que, há alguns anos, um dos primeiros casos em que se optou pela morte no tempo certo aconteceu na cidade de Roma (Itália), onde o Papa João Paulo II optou por suspender todas as intervenções e decidiu receber apenas medicação para aliviar sua dor e sofrimento em sua residência, no Palácio Apostólico, na Praça de São Pedro.

Diante da frequência de acontecimentos que geram a necessidade da prática da ortotanásia, observa-se que, com o passar do tempo, ocorreram evoluções na medicina que possibilitaram que tal conduta se tornasse oportuna aos pacientes com doenças incuráveis, buscando conforto e paz nos seus últimos momentos de vida, por meio dos cuidados paliativos.

Nesse contexto, é de grande importância que o paciente fique junto com sua família, para que se sinta sempre bem e acolhido, sendo que a família também recebe os devidos cuidados para lidar com a situação da melhor forma. Ademais, é importante destacar que os pacientes e seus familiares devem ser sempre informados sobre o que será realizado a partir do momento que se fizer necessária a prática de cuidados paliativos, a fim de que estejam sempre cientes de decisões e procedimentos a serem adotados no momento de fim da vida.

Dessa forma, o principal objetivo deste artigo é a análise da prática da ortotanásia e dos cuidados paliativos no Brasil, no contexto da dignidade da pessoa humana, bem como seus conceitos e vantagens aos pacientes com enfermidade terminal, para quem a medicina curativa se torna inútil. Especificamente, pretende-se realizar uma breve análise jurídica, com base na Constituição Federal de 1988 e nas Resoluções do CFM e CEM, sobre a ortotanásia e os cuidados paliativos.

A metodologia se baseia em pesquisa bibliográfica, ao compreender o levantamento de bibliografia em revistas científicas e legislação brasileira vigente, tais como a Constituição Federal e legislações adicionais relativas ao tema. Ressalta-se que foi realizado um estudo técnico com base em doutrinas e artigos de autores como Luciano Santoro (2012); Leo Pessini e Christian Barchifontaine (2014); Hildeliza Boechat Cabral (2015), dentre outros, bem como pesquisa documental médica e jurídica.

Para tanto, o desenvolvimento deste artigo foi dividido em três seções. Após as “considerações iniciais”, a primeira seção trata da ortotanásia, seu conceito, contextualização em que se analisam os requisitos para a adoção dessa prática, assim como suas normativas do CFM. Nesse sentido, os três pressupostos obrigatórios para o emprego desse método são: ter uma doença incurável diagnosticada por médico; o consentimento do paciente, previsto pela Resolução nº 1.995/2012 do CFM; e o terceiro, conforme a Resolução nº 1.805/2006, que é a aplicação dos cuidados paliativos assim que descoberta a doença no seu estágio inicial. Além dessas normativas do CFM, o Código de Ética Médica também será adotado como base desta pesquisa.

Em seguida, na segunda seção, trata-se o tema “Cuidados paliativos na tutela da dignidade da pessoa humana”, ao se abordar o conceito, a origem, a aplicação, a relação dos cuidados paliativos com a ortotanásia, bem como a correlação do cenário paliativo com a dignidade na finitude humana que irá proporcionar o funcionamento dos cuidados paliativos no fim da vida dos pacientes enfermos diagnosticados com doença terminal incurável. Por fim, incumbe-se de tecer as “considerações finais”, apresentando as conclusões a respeito dessas situações.

1 ORTOTANÁSIA

A ortotanásia é uma conduta adotada pelos médicos, a fim de preservar a dignidade dos pacientes enfermos com doença grave, incurável, irreversível e em estado de terminalidade, para quem as intervenções da medicina curativa já não produzem efeitos ou algum bem-estar. Ademais, é uma conduta que se consubstancia na morte em momento certo, aquele em que a pessoa escolhe para receber os cuidados paliativos, sem passar por um sofrimento maior nos seus últimos momentos de vida.

A notícia de uma doença grave em estado de terminalidade é difícil para a família do doente, mas todo ser humano já passou ou passará um dia por essa experiência, pois é fato natural da vida. Assim sendo, tornam-se importantes os debates sobre ortotanásia, tanto com a sociedade quanto com a classe médica, pois a compreensão e aplicação da medicina paliativa ao enfermo é fundamental.

1.1 Conceito e Contextualização

O termo “ortotanásia” pode ser compreendido como um processo em que um paciente em estado terminal com doença grave e irreversível decide não se sujeitar a procedimentos desconfortáveis, invasivos que tardam a sua morte e que afetam a sua qualidade de vida (CABRAL, 2016). Atribui-se a expressão “ortotanásia” ao professor Jacques Roskam, da Universidade de Liege, Bélgica, que, no primeiro Congresso Internacional de Gerontologia, realizado em 1950, teria inferido que entre encurtar a vida humana através

da eutanásia e prolongar com persistência terapêutica, existiria uma morte correta, justa, isto é, aquela ocorrida no seu tempo apropriado, a ortotanásia; por isso a utilização dos termos gregos *orthos* (correto) e *thanatos* (morte). Trata-se da conduta médica que, diante de uma morte próxima, iminente e inevitável, suspende a realização de tratamentos que prolonguem a vida do paciente e que se mostram inúteis, indicando-lhe os cuidados paliativos adequados à promoção da morte com dignidade.

Diante disso, a ortotanásia pode ser considerada como uma conduta plausível frente à morte, visto que será realizada no tempo e modo correto, não sendo antecipada, levando-se em consideração o início do processo de finitude, não expondo o paciente a uma verdadeira tortura terapêutica.

A evolução do conhecimento técnico-científico possibilitou ao homem a desconformidade com tratamentos cruéis e degradantes, propiciando também ao médico estabelecer o momento correto em que a cura não é mais possível, mantendo-se unicamente a função cuidadora (SANTORO, 2012).

Segundo Adriano Marteleto Godinho, citado por Cabral; Ribeiro; Cabral; Souza:

A ortotanásia, portanto, se identifica com uma conduta de caráter passivo, na medida em que nada se faz tanto para encurtar quanto para prorrogar a vida humana, aliada a um comportamento ativo, consistente na prestação de assistência médica, psicológica e afetiva, que tende apenas a propiciar conforto ao paciente, antes de encerrada sua existência (CABRAL; RIBEIRO; CABRAL; SOUZA, 2018, p. 50).

Ademais, é importante trazer à baila a seguinte observação:

A palavra é também oriunda do grego, pela junção do prefixo *ORTO* (correto) com a palavra *THANATOS* (morte). É utilizada para caracterizar a morte natural, em que o paciente é atendido em seus últimos momentos com humanidade, atenção, procurando-se aliviar os seus sofrimentos, porém sem insistir em terapêuticas e proce-

dimentos cuja efetividade inexistente para o paciente (ANDRADE, 2011, p. 29, grifos do autor).

Nessa perspectiva, os autores entram em consenso sobre o conceito de ortotanásia, pois o direito à vida é protegido constitucionalmente, de forma que, descrito pela Constituição Federal, não determina que as pessoas resistam obstinadamente à morte quando a vida não se mostra mais possível, pois não será lícito exigir de qualquer ser humano que se submeta a um tratamento cruel e desumano, conforme preceitua o art. 5º, inc. III, da Constituição Federal (CRFB, 1988).

Segundo Vieira, citada por Benevides e Geraige Neto (2014, p. 15-16):

Ortotanásia significa morte correta, ou seja, a morte pelo seu processo natural. Neste caso, o doente já está em processo natural da morte e recebe uma contribuição do médico para que este estado siga seu curso natural. Assim, ao invés de se prolongar artificialmente o processo de morte (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia). Somente o médico pode realizar a ortotanásia, e ainda não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste e muito menos aprazar sua dor.

Portanto, Pessini e Barchifontaine (2014) esclarecem que, quando a eutanásia é solicitada pelo paciente enfermo, sua intenção pode ser outra, no sentido de que deseja uma melhor assistência com medicamentos adequados para sua situação, capazes de lhe oferecer o conforto e a paz nos seus últimos momentos de vida.

A ortotanásia, segundo os autores, refere-se à morte com dignidade, ao morrer bem, sem ter que passar por sofrimentos prolongados e inúteis e, ao mesmo tempo, sem recorrer à eutanásia. É a oposição de todo sofrimento, pois é a morte natural que ocorre no momento correto e sem nenhuma intervenção, apenas tendo cuidados e medicamentos, para que o paciente não sinta qualquer dor e desconforto nos seus últimos dias (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014).

Para os referidos autores, ortotanásia significa:

É a arte de morrer bem, e sem recorrer à eutanásia. O grande desafio da ortotanásia, o morrer corretamente, humanamente, é como resgatar a dignidade do ser humano na última fase da sua vida, especialmente quando ela for marcada por dor e sofrimento. A ortotanásia é a antítese de toda tortura, de toda morte violenta em que o ser humano é roubado não somente de sua vida, mas também de sua dignidade (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 430).

Na mesma linha de raciocínio, compreende-se que a ortotanásia pode ser uma escolha do enfermo para evitar sofrimentos prolongados, apresentando-se como uma morte no tempo correto, não sendo algo premeditado, e sim uma espera natural sem usar meios artificiais nem desproporcionais. É preciso que se compreenda que optar pela ortotanásia não significa deixar de viver, mas passar o restante dos dias ao lado da família, podendo ser na própria casa, com amor, carinho e aconchego.

1.2 Requisitos para adoção

Segundo lição de Cabral (2016), o ordenamento jurídico brasileiro não tem uma lei específica para a ortotanásia, porém tem sido utilizada como parâmetro a Resolução nº 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina, que aplica a prática da ortotanásia no âmbito da deontologia médica (CABRAL, 2016). Ao se tratar de informações legais a respeito da ortotanásia, identificam-se três pressupostos interligados à dignidade da pessoa no momento da morte: constatação de estado terminal de doença grave e incurável, consentimento da pessoa enferma e adoção de cuidados paliativos (CELINE; RICCO; CABRAL, 2020), cabendo salientar que a referida Resolução do CFM supracitada (BRASIL, 2006) serve de base para a prática da ortotanásia. Nesse sentido, destaca-se que:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva

de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou seu representante legal (BRASIL, 2006).

O primeiro requisito a ser preenchido para aplicação ética da ortotanásia é que o paciente enfermo tenha uma doença grave, incurável e irreversível, devendo ser comprovada e diagnosticada pelo médico responsável, que terá de confirmar que o paciente não apresenta chances de melhora ou de cura, conforme explica Celine; Ricco; Cabral (2020) no sentido de que “[...] incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de uma enfermidade em fase terminal”.

O segundo pressuposto é o consentimento do paciente, encontrando respaldo no artigo 1º da Resolução nº 1.805/2006 do CFM, que permite “ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (BRASIL, 2006).

Isso requer que o paciente enfermo possua entendimento de sua situação e apresente a permissão, o consentimento de deixar de realizar intervenções com fins meramente curativos, que não irão proporcionar melhoria do quadro clínico. Assim sendo,

O consentimento deve ser manifestado de forma clara e consciente pelo enfermo ou ter sido manifestado previamente mediante adoção de diretivas antecipadas de vontade, sendo o direito ao consentimento deferido ao representante legal somente nos casos de incapacidade que impossibilite o enfermo para decisões (CELINE; RICCO; CABRAL, 2020, p. 15-16).

Nesse mesmo sentido, Pessini e Barchifontaine (2014, p. 484) expõem:

Qualquer intervenção médica preventiva, diagnosticada e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser expresso e pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar desvantagens ou preconceito.

A adoção de cuidados paliativos representa o terceiro pressuposto para a ortotanásia, quando já forem adotados todos os métodos da medicina curativa incapazes de promover melhorias ao paciente (CELINE; RICCO; CABRAL, 2020).

Observa-se que esse requisito é respaldado pelo Conselho Federal de Medicina, no artigo 2º da Resolução nº 1.805/2006, ao assegurar os cuidados paliativos como fundamentais para amenizar os sintomas do enfermo, a fim de controlar a dor e o sofrimento. Ademais, a adoção desses cuidados faz parte da listagem das condições para que a ortotanásia venha a ocorrer eticamente, de forma congruente, em integral consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, sobreposto ao paciente enfermo em seu estado terminal.

Para melhor compreensão, é ponderoso explicar que a medicina curativa realiza o emprego de remédios, medicamentos e, até mesmo, procedimentos ao paciente, no sentido de obter a cura da enfermidade. Já a medicina paliativa objetiva proporcionar conforto ao enfermo, buscando tratar os sintomas do paciente nos seus últimos dias ou meses de vida, através de apoio psicoemocional e espiritual, visto que, para a medicina curativa, não há mais possibilidades de cura.

O cuidado paliativo é uma abordagem interdisciplinar que irá proporcionar ao paciente uma morte digna, ou seja, sem dor, sem ansiedade, livre de angústia e atendimento integral a sua pessoa e família (CABRAL, 2016).

Respeitados esses três pressupostos, tem-se a garantia de estar aplicando a ortotanásia de forma justa, humana, correta e ética.

Segundo Léo Pessini, citado por Cabral (2015), a medicina paliativa enumera cinco princípios importantes na atenção ao doente terminal:

Veracidade (fundamento do princípio da confiança, consistente em comunicar a verdade à pessoa enferma e a seus familiares); proporcionalidade terapêutica (empregar todas as medidas terapêuticas que sejam proporcionais aos resultados); duplo efeito (refere-se aos efeitos positivos e negativos consequentes de um mesmo procedi-

mento); prevenção (previsão de possíveis complicações e/ou sintomas e prevenção e aconselhamento capazes de evitar sofrimentos desnecessários); não abandono (permanência junto ao paciente, estabelecendo comunicação empática, a fim de auxiliar o paciente em suas decisões) (CABRAL, 2015, p. 97-98).

A Resolução nº 1.805/2006, em seu art. 2º, expõe que o doente permanecerá recebendo cuidados capazes de aliviar os sintomas e assistência integral, como “conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar” (BRASIL, 2006).

Martins da Silva, citado por Maria Helena Diniz (2018, s.p.), expõe o seguinte sobre a existência de princípios norteadores da relação médico-paciente:

Nas relações médico-paciente, a conduta médica deverá ajustar-se às normas éticas e jurídicas e aos princípios norteadores daquelas relações, que requerem uma tomada de decisão no que atina aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados. Tais princípios são da beneficência e não maleficência, o do respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido e o da justiça. Todos eles deverão ser seguidos pelo bom profissional da saúde, para que possa tratar seus pacientes com dignidade, respeitando seus valores, crenças e desejos ao fazer juízos terapêuticos, diagnósticos e prognósticos. Dentro dos princípios bioéticos, o médico deverá desempenhar, na relação com seus pacientes, o papel de consultor, conselheiro e amigo, aplicando os recursos que forem mais adequados.

Posto isso, o médico irá auxiliar na decisão compartilhada, fornecendo informações adequadas, sendo que a última palavra é a do paciente, caso seja autônomo, capaz e tenha discernimento para manifestação de sua vontade. Caso não seja capaz, será levada em consideração a manifestação do representante legal do enfermo, sempre atentando para o seu bem-estar e a preservação da dignidade humana e autonomia.

1.3 Normativa do CFM

A base constitucional do direito à ortotanásia está garantida em princípios e direitos primordiais para a vida humana, sendo importante destacar alguns artigos que nos trazem essas garantias. O artigo 1º da CRFB, em seu inciso III, explicita o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CRFB, 1988).

Apesar de não ter um conceito objetivo, esse princípio está presente em diversos dispositivos legais e na atividade jurídica, sendo usado para resguardar a garantia de uma vida digna para qualquer pessoa.

Seguindo a lógica de Cabral (2016, p. 56),

A dignidade humana, com o cumprimento dos anseios da pessoa, com o respeito à sua autodeterminação, sendo assim, para a implementação ética da ortotanásia, é fundamental que a pessoa seja respeitada pela família e pela equipe médica quanto à forma como pretende passar seus últimos dias, não sendo possível dissociar dignidade e morte digna, noções intrínsecas ao conceito de ortotanásia, entendida como “morte no tempo certo” – reafirmando, portanto, que morte e dignidade não podem ser desvinculadas nem estudadas de forma estanque, já que apresentam íntima relação na promoção da denominada morte digna. (grifos da autora).

Tem-se também o artigo 5º da CRFB, em seu inciso III, que estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (BRASIL. CRFB, 1988).

Porém o sistema normativo não estava sendo suficiente para que a dignidade da pessoa e sua vida fossem realmente protegidas e preservadas, o que culminou com a Resolução nº 1.805 do CFM, resultante de um processo histórico com o foco em discussões sobre os direitos dos doentes, que foi finalmente decidido em reunião plenária de 09 de novembro de 2006. Conforme demonstrado pelo Conselho Federal de Medicina, é dever do médico zelar pelo bem-estar dos pacientes e lhe compete diagnosticar o doente como portador de uma doença em fase terminal, se este for o caso.

As normativas do Conselho Federal de Medicina foram criadas através de um grande debate e várias observações que procuraram o melhor entendimento sobre o assunto na sociedade. Em 2005, o CFM promoveu um simpósio, na cidade de São Paulo, sobre o tema “terminalidade da vida”, que serviu de fundamento para a resolução em pauta. Naquele momento, foram ouvidas pessoas dos mais diversos matizes, entre as quais juristas, religiosos, bioeticistas e médicos (ANDRADE, 2011).

Já a Resolução nº 1.931/2009 do CFM, que aprovou o revogado Código de Ética Médica (CEM), intitulou o seu capítulo I como “Princípios Fundamentais”, e o seu inciso XXII traz o prenúncio dos cuidados paliativos com a seguinte redação: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados” (ARAÚJO, 2017, p. 6).

Em 30 de abril de 2019, entrou em vigor o novo Código de Ética Médica, por meio da Resolução nº 2.217/2018 do CFM, modificada pelas Resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019, ambas também do CFM, que revogou a anterior (2009), contendo atualizações acerca de importantes mudanças do mundo contemporâneo e das tecnologias atuais.

O novo Código de Ética Médica foi aperfeiçoado através de princípios médicos, normas e disposições gerais, sempre com o objetivo principal de absoluto respeito ao ser humano, sendo que essa nova Resolução também adota o mesmo sentido da busca da dignidade e respeito à autonomia do paciente, inclusive na fase da terminalidade da vida.

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, o Código de Ética Médica estabelece, no capítulo de “Princípios fundamentais”, que “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional” (BRASIL, 2019). Já os artigos 25 e 31 preveem que é vedado ao médico:

Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem.

(...)

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte (BRASIL, 2019).

No estudo da ortotanásia, é evidente o *animus* de fazer o bem, considerando a dignidade que pertence e acompanha o enfermo (ANDRADE, 2011). Assim sendo, o artigo 24 do mesmo Código esclarece que é vedado ao médico, no uso de sua autoridade, “limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar” (BRASIL, 2019).

Ainda no que se refere à Resolução n° 1.805/2006, supramencionada, no mês de maio de 2008, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou uma Ação Civil Pública em oposição ao CFM (autos processo n° 2007.34.00.014809-3) indagando a referida Resolução, ao alegar que o CFM não possuía competência para legislar, não podendo regulamentar como ética uma conduta caracterizada como crime, posição adotada sobre a ortotanásia. No entanto, o magistrado entendeu a favor do CFM (MOREIRA, 2015), conforme se observa o seu entendimento nos autos do processo:

A ortotanásia não antecipa o momento da morte, mas permite tão somente a morte em seu tempo natural e sem utilização de recursos extraordinários postos à disposição pelo atual estado da tecnologia,

os quais apenas adiam a morte com sofrimento e angústia para o doente e sua família (MOREIRA, 2015, p. 134).

Nessa perspectiva, o STF entendeu que a ortotanásia é permitida, conforme mérito da Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3 e que, coerentemente, a Resolução pactua com tal determinação (MOREIRA, 2015). No entendimento de Cunha, Silva e Moreira:

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006 – que versa sobre a ortotanásia e a ausência de normas específicas que pontuem mais claramente a relação do tratamento *versus* doença e, por consequência, a cura ou a morte, o direito vai adotar como parâmetro os princípios basilares do ordenamentos jurídico brasileiro, sendo que vários estão positivados na Constituição Federal. Nessa perspectiva, a partir da interpretação e ponderação desses princípios é que surgem as soluções diante da necessidade de resposta para os problemas que se originam dessa relação vida-morte (CUNHA; SILVA; MOREIRA, 2019, p. 48).

Ademais, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina foi criada para que a ortotanásia fosse regularizada, uma vez que seu objetivo foi demonstrar, a partir de uma análise constitucional, a legalidade da prática da ortotanásia na perspectiva do direito de morrer com dignidade, inserido no contexto de Estado Democrático de Direito, além de evitar intervenções inadequadas que são incapazes de alterar o prognóstico da doença do paciente.

O intuito da Resolução é que o enfermo possa ter uma morte digna, natural, sem que possa se caracterizar uma distanásia que é a morte prolongada através de aparelhos artificiais. Sendo assim, o paciente poderá decidir o que melhor lhe aprouver quando a medicina curativa não for mais válida.

Nesse contexto, é preciso entender que a referida Resolução, voluntariamente por si só, não pode solucionar a questão da aplicação da ortotanásia no Brasil, contudo sua serventia deve ser utilizada para os debates que se estendem, levando-se em consideração a humanização da medicina quanto ao reconhecimento de seus limites e à prioridade ao ser humano e não às técnicas e tratamentos (CABRAL, 2015).

Importante mencionar que o primeiro caso de ortotanásia que foi divulgado, porém bem discretamente e ainda não visto como ortotanásia à época, foi o da morte do Papa João Paulo II, que optou por ter uma morte em seus aposentos no Palácio Apostólico, adotando os cuidados paliativos no fim de sua vida.

2 CUIDADOS PALIATIVOS NA TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nesta seção, será abordada a relevância dos cuidados paliativos na tutela da dignidade da pessoa humana, assim como o seu conceito, origem, aplicação e importância da ortotanásia. Por conseguinte, serão analisados o cenário paliativo e a dignidade na finitude humana, situação que o paciente enfermo vivenciará no momento final de sua vida.

2.1 Conceito, origem e aplicação

A Lei nº 52/2012, Lei dos Cuidados Paliativos, possibilita o direito de acesso e administra o ingresso dos pacientes enfermos aos cuidados paliativos, regulamentando o compromisso do Estado em matéria de cuidados paliativos e estabelecendo a Rede Nacional de Cuidados Paliativos (RNCP). À vista disso, a Academia Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP) entende que os cuidados paliativos devem ser indicados e iniciados assim que o enfermo recebe o diagnóstico da doença incurável (SILVA; CABRAL, 2020).

No Brasil, os cuidados paliativos tiveram início na década de 1980, segundo Pessini e Barchifontaine (2014), e foram evoluindo com o passar dos anos, na proporção em que foram sendo desenvolvidos em vários países do mundo. Esses cuidados foram assim definidos não pela idade ou tipo de doença, mas tendo como principal referência um diagnóstico de morte iminente. A expressão se origina do latim *pallium* que se refere a “manto”, oferecendo um abrigo ou proteção para aqueles que passam frio, ou seja, aqueles pacientes enfermos com doenças incuráveis que não podem mais

optar pela medicina curativa e terão a opção de ter os cuidados paliativos nos últimos momentos de vida (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014). Nesse sentido,

A Organização Mundial de Saúde (OMS, 1990) conceituou os Cuidados Paliativos pela primeira vez em 1990, como os cuidados ativos e totais aos pacientes quando a sua doença não responde aos tratamentos curativos, quando o controle da dor e de outros sintomas (psicológicos, sociais e espirituais) são prioridade e o objetivo é alcançar a melhor qualidade de vida para o pacientes e familiares (DADALTO; SANTOS, 2018, p. 32).

Para Santoro (2012), adotar cuidados paliativos significa poder proporcionar o procedimento natural de fim da vida, nas melhores circunstâncias viáveis, para o paciente, seus familiares e todas as pessoas comprometidas com o caso. O autor faz menção às obrigações das pessoas envolvidas para que o cuidado paliativo seja exitosamente aplicado, como controle da dor, dos sintomas de desconfortos e preservação, até onde for possível, da consciência e comunicação (verbal ou não) do enfermo, garantia da alimentação, nutrição apropriada, a ajuda necessária de enfermagem e cuidados, bem como propiciar que a família tenha atendimento psicológico necessário. Ademais, ajudar e possibilitar qualidade, dignidade ao enfermo em seus últimos dias (SANTORO, 2012).

Nesse sentido, o art. 2º da Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina, que trata da terminalidade da vida, determinando ao médico a manutenção dos cuidados paliativos:

Art. 2º. O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar (SANTORO, 2012, p. 90).

Os cuidados paliativos foram inspirados por Cicely Saunders, assistente social, médica e enfermeira britânica proclamadora do movimento de *St. Christopher Hospice*, que provém de *Christopher* (Cristovão), que significa

“aquele que carrega Cristo”, tendo em vista que São Cristóvão é o santo dos peregrinos e viajantes (MOREIRA; CABRAL; DADALTO, 2018). Nesse mesmo sentido, segundo Von-Held,

A palavra *hospice* tem origem no latim *hospes*, significando estranho ou estrangeiro. Posteriormente, o termo tomou outra conotação: *hospitalis* significa amigável, bem-vindo ao estranho, evoluindo o significado para hospitalidade. Este movimento começou introduzir um novo conceito de cuidar, e não só de curar, focado no paciente até o final de sua vida (VON-HELD, 2015, p. 160).

Em 1947, em um hospital de Archway de Londres, Cicely, como enfermeira, teve participação no tratamento do enfermo David Tasma, um judeu refugiado de 40 anos, que tinha uma doença incurável, câncer retal avançado, fato que desenvolveu uma amizade entre ambos, o que o fez deixar para ela 500 libras para a finalidade de criar uma instituição para moribundos no final de suas vidas. No ano de 1963, ela começou um planejamento de uma entidade com a finalidade de acolher os pacientes enfermos que não tinham mais possibilidade de cura (MOREIRA; RIBEIRO; PONTES-RIBEIRO; CABRAL, 2020).

Logo em seguida, em 1967, depois de 8 anos reunindo recursos, teve início, em Londres, o primeiro *Hospice*, berço dos cuidados paliativos, almejando a humanização no tratamento dos enfermos nos seus últimos momentos de vida. Surge, então, uma concentração de abstenção à medicalização, resultando a ideia da boa morte, em que se proporciona que os pacientes tenham a chance de se preparar para morrer com dignidade. Nesse *Hospice*, Cicely fez pesquisas descobridoras sobre a morfina e sua amenização da dor nos enfermos, e ainda teve novos entendimentos sobre como controlar os sintomas das dores. Cicely fazia combinações de cuidados, em que os pacientes enfermos poderiam ser tratados com medicação, aulas de artes ou jardinagem, visto que, para ela, os pacientes mereciam tratamentos sociais, emocionais e espirituais, mesmo quando a medicina era contrária e tinha opiniões diferentes (CELINE; RICCO; CABRAL, 2020).

O *hospice* não se amolda ao sentido comumente atribuído de hospício, como uma entidade voltada ao tratamento de portadores de doenças mentais. Trata-se, na verdade, de instituição voltada para o cuidado de pacientes terminais, proporcionando-lhes uma vida agradável, ao cuidar de suas necessidades físicas, espirituais e emocionais com seus entes queridos, sem abreviar nem prolongar sua vida (MOREIRA; CABRAL; DADALTO, 2018, p. 57).

No Brasil, em 1983, o pioneirismo aconteceu por meio da Dra. Miriam Marteleite, que fundou o serviço de cuidados paliativos na cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Com isso, foi-se expandindo para outras cidades brasileiras e, no ano de 1989, aconteceu a criação dos serviços de cuidados paliativos do Instituto Nacional do Câncer (INCA), no Rio de Janeiro. Esse setor brasileiro, até o momento atual, é o que oferece cuidados no padrão e nas referências de *St. Christophe's*. Em seguida, em 1997, foi instituída a Associação Brasileira de Cuidados Paliativos (ABCP), instituição sem fins lucrativos que tem por finalidade fornecer os cuidados paliativos a pacientes com doenças evolutivas. No mesmo ano, em 1997, a ABCP teve a primeira congregação dos paliativistas, e, no ano subsequente, em 1998, houve a inauguração (através do INCA) do hospital Unidade IV, exclusivo para os cuidados paliativos (MOREIRA; CABRAL; DADALTO, 2018). É importante salientar que:

Um dos momentos marcantes na história da medicina paliativa se deu com o advento da Resolução n° 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina (CFM), ao reconhecer a prática dos cuidados paliativos. Ela regulamenta que, quando o paciente estiver numa fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é possibilitado ao médico suspender ou limitar procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (MOREIRA; CABRAL; DADALTO, 2018, p. 64).

A utilização dos cuidados paliativos começa no estágio inicial da doença, objetivando oferecer ao paciente total conforto desde o começo de

seu tratamento, ao evitar que sinta dores ou sofrimentos (PESSINI; BAR-CHIFONTAINE, 2014). Assim sendo,

No mês de novembro do ano de 2018 o Sistema Único de Saúde (SUS) publicou, pelo Ministério da Saúde Brasileiro, a uniformização dos cuidados paliativos. Defende que devem estar aptos em todos os pontos da rede, “na atenção básica, domiciliar, ambulatorial, hospitalar, urgência e emergência.” A resolução tem como objetivo especificar as diretrizes do cuidado paliativo e aprofundar, de forma especializada, o cuidado. Assim como nas melhores conceituações a nível mundial, no SUS, também se especifica que a oferta dos cuidados paliativos deve acontecer o mais cedo possível, ou seja, logo no início do tratamento da doença, abarcando, para tanto, o alívio da dor, todo e qualquer sintoma físico indesejável, assim como o amplo cuidado psicológico de todos os indivíduos envolvidos no processo, desde o paciente até os familiares e cuidadores. Deve-se, ainda, olhar pelo sofrimento psicossocial que a doença pode causar (COSTA; MAGALHÃES; ROCHA, 2019, s.p.).

Os cuidados paliativos são tratamentos básicos que todo paciente deve ter em casos de doenças incuráveis e de quadro irreversível, levando-se em consideração que esse enfermo deve sempre saber de sua situação, cabendo à equipe médica sempre optar pelos melhores tratamentos paliativos, a fim de que diminua seu sofrimento e o de seus familiares, possibilitando uma morte serena. No entanto, os cuidados paliativos são oferecidos e indicados pelos médicos como a última opção quando o fim se aproxima (CABRAL, 2015).

2.2 Os cuidados paliativos e a ortotanásia

Esses dois temas são abordagens que visam à morte digna e no tempo natural da vida. Para que seja aplicada de forma ética no Brasil, a ortotanásia deve preencher três pressupostos já mencionados: estado de terminalidade de doença do paciente, seu consentimento e adoção de cuidados paliativos. Quando esses requisitos são adotados, a ortotanásia é proporcionada ao enfermo com sua autorização expressa, de forma que os médicos iniciam a abordagem dos cuidados paliativos no paciente enfermo.

Ademais, é importante destacar a importância do apoio da família quando essa é a opção ou a única chance de o paciente viver mais um tempo, sem sofrimentos causados por prolongamentos artificiais (CABRAL; RIBEIRO; CABRAL; SOUZA, 2018).

Conforme já se explicou, o próprio paciente decide sobre querer ou não optar pela ortotanásia e os cuidados paliativos, pois tem a liberdade de poder escolher o que acha melhor para si. Mas há casos em que o paciente é incapaz e não deixou nenhum documento que expresse sua vontade, como um testamento vital. Nesse caso, caberá um mandatário da saúde, que é instituído como procurador, que será consultado pelos médicos no momento da tomada de decisão sobre o tratamento. Entretanto, não havendo um mandatário, os familiares tomarão uma decisão, sempre preservando a dignidade do paciente e a sua vontade, que pode ser observada durante a vida, de acordo com sua religião e convicções (GERVASIO; RIBEIRO; NOVAIS, 2019).

Cabe ressaltar que existem duas formas de manifestação de vontade do paciente, expressa por instrumentos jurídicos: o consentimento informado e o testamento vital. O consentimento informado é quando o paciente expressa sua vontade, já que o médico lhe comunicou um diagnóstico irreversível, sendo previsto no artigo 1º da Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina. O testamento vital somente poderá ser feito pelo paciente se ainda possuir o pleno gozo de suas faculdades mentais, havendo condições de decidir livremente (LIMA, 2017). Segundo Santoro,

O avanço do conhecimento técnico-científico não pode levar o homem à submissão a um tratamento cruel e degradante; muito pelo contrário, deve possibilitar que o médico, com precisão, estabeleça o momento exato em que a cura não é mais possível, preservando apenas a função cuidadora. Encontrado esse ponto, deve o médico interromper qualquer atividade heroica e que levaria a uma prolongação indesejável de sua vida (SANTORO, 2012, p. 134).

O direito de viver, previsto na Constituição Federal, não determina que as pessoas optem por tratamentos que não terão resultados de cura. Assim, conforme também previsão da dignidade da pessoa humana na Cons-

tuição, o paciente poderá requerer a ortotanásia e os cuidados paliativos quando o médico não puder mais fornecer a medicina curativa ao paciente (SANTORO, 2012). Nesse sentido, segundo Martins,

Tal prática não encontra impedimento legal nem ofende princípio algum já estabelecido no Direito, mas, por ser obscura ao conhecimento comum da maioria das pessoas, já teve a regulamentação de sua prática impedida por liminar solicitada pelo Ministério Público Federal. Atualmente, a prática não apenas é permitida, como também é vista como caminho para fazer valer a dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2013, s.p).

Os cuidados paliativos se constituem em uma solução para o paciente enfermo não sofrer mais com tratamentos excessivos. Contudo há debates éticos e bioéticos no sentido de ainda haver confusão com relação à instigação à morte ou à suspensão de tratamentos, sendo necessário salientar que os cuidados paliativos são aplicados ao paciente na especialidade médica e não por sua conta própria.

Quando é realizada a opção pela ortotanásia, o seu objetivo é auxiliar no conforto do paciente durante a sua finitude. É um tratamento necessário que visa a um apurado bem-estar mental, físico e social, exigindo-se sempre o melhor para o paciente, pois ser acometido por uma doença incurável afeta vários aspectos, principalmente pessoais e familiares (LÓSS; ROCHA; NOVAIS, 2019).

Nesse contexto, a OMS tece uma análise sobre a abordagem paliativa:

Uma abordagem que aprimora a qualidade de vida, dos pacientes e das famílias que enfrentam problemas associados com doenças ameaçadoras da vida, através da prevenção e do alívio do sofrimento, por meio de identificação precoce. Avaliação correta e tratamento da dor e outros problemas de ordem física, psicossocial e espiritual (LÓSS; ROCHA; NOVAIS, 2019, p. 61).

Diante disso, observa-se o quanto é importante as duas abordagens – cuidados paliativos e ortotanásia – serem aplicadas concomitantemente,

uma vez que, no momento em que o paciente opta pela ortotanásia, está deixando de prolongar sua vida com meios artificiais que seriam fúteis, ao passo que a sugestão dos cuidados paliativos pelos médicos visa ao conforto do paciente, a fim de estar bem na sua finitude.

2.3 O cenário paliativo e a dignidade na finitude humana

A finitude da vida sobrevém na fase em que a doença do paciente avança e as abordagens curativas não fazem mais efeito, passando a ser impossível recompor a saúde do paciente e sequer conseguir prolongar sua vida, não sendo válido nenhum esforço para prolongar sua vida de forma artificial, em respeito à libertação de seu sofrimento. Nesse cenário, o melhor a ser feito é proporcionar tranquilidade e paz ao paciente, principalmente física e emocional, até o momento de sua morte, pois a dignidade é prevista constitucionalmente.

Como o melhor deverá ser realizado ao paciente, a obstinação terapêutica só iria proporcionar sofrimentos, já que seu prognóstico desfavorável é irreversível. Posto isso, pode-se concluir que:

É possível perceber que a obstinação terapêutica, com práticas de postergar a morte a todo custo, não é benéfica para o paciente, gerando dor e desconforto. O tratamento no fim da vida deve objetivar aliviar os sintomas, proporcionando um fim acolhedor. O profissional que se dedica a cuidar de doentes em fim de vida precisa se orientar para a pessoa, objetivando cuidar e aliviar o seu sofrimento e atender às suas diferentes necessidades, não mais se preocupando com o diagnóstico da sua doença (LÓSS; ROCHA; NOVAIS, 2019, p. 63).

No momento da finitude, a dignidade advém de respeito a valores que a pessoa enferma sempre acreditou e preservava consigo mesma, sendo essencial acatar suas crenças, valores espirituais e escolhas para que o paciente possa ter uma morte digna. Paralela à dignidade, a autonomia do paciente enfermo também deve ser preservada, ao representar a capacidade do indivíduo de conduzir a sua própria vida (CELINE; RICCO; CABRAL, 2020).

É sempre significativo levar em consideração os desejos do enfermo, como onde ele deseja estar, em que lugar ele se sente bem, mas é primordial que o paciente tenha sempre uma boa relação com seu médico, esclarecendo junto com sua família sobre o que lhe faz bem, de forma a garantir a efetividade dos cuidados paliativos (CABRAL, 2015). Assim, o paciente com diagnóstico de quadro irreversível pode e deve receber os cuidados paliativos com o apoio de sua família, embora o cenário paliativo seja diversificado em enfermarias hospitalares, *hospices*, instituições e em domicílio (VASCONCELOS; PEREIRA, 2018).

Ademais, é essencial optar por uma equipe multidisciplinar para tratar as necessidades do enfermo e de seus familiares, acrescentando conversas, conselhos para o luto da família, caso o paciente venha a falecer. O tratamento dos cuidados paliativos deve ser sempre iniciado antes do momento da morte do paciente e ter uma equipe central que se componha de médico, enfermeiro, assistente social e terapeuta. Como já mencionado, o apoio psicossocial e espiritual é fundamental caso o paciente tenha suas crenças e queira segui-las com fé (VON-HELD, 2015). Nesse sentido, Moreira diz:

Sob o ponto de vista religioso, percebe-se que é entendimento do pontificado que a autonomia da vontade do paciente em estado terminal ou em condições irreversíveis deve ser reconhecida e respeitada, coadunando-se, portanto, com os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal vigente no país e, por conseguinte, com as diretrizes da Resolução do CFM (MOREIRA, 2015, p. 139).

Diante disso, pode-se observar o quanto é importante que o paciente tome sua própria decisão na finitude da vida quando o médico manifesta que a medicina curativa é um procedimento inválido, mostrando-se necessária a conversa sobre o cenário paliativo com o paciente e sua família logo no início, quando a doença é diagnosticada, de modo que o paciente possa escolher, junto com o seu médico, o melhor no momento de sua finitude.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ortotanásia é uma conduta médica adotada quando o paciente é diagnosticado com uma enfermidade incurável, não cabendo mais a medicina curativa. Sua finalidade é possibilitar que o paciente morra no momento certo e de forma natural, sem nenhuma abreviatura ou obstinação terapêutica, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, que é previsto pela Constituição Federal, e o da autonomia da vontade, que possibilita ao paciente decidir sobre sua vida.

Os cuidados paliativos minimizam o sofrimento do enfermo no processo da morte, sendo adotados recursos para que tenha todo o conforto possível, psicológico e espiritual. Por isso é importante que seja respeitada toda decisão do paciente e, excepcionalmente, de seus representantes legais, em casos em que o enfermo não tenha condições de expressar sua própria vontade.

No Brasil, não há uma legislação específica que discipline a ortotanásia. No entanto, tem-se a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM), juntamente com o Código de Ética Médica (CEM) como normas deontológicas que regularizam essas abordagens apesar de não terem força de lei, mas que deverão servir como norte para as condutas médicas aplicadas aos enfermos com doenças incuráveis, procurando-se sempre amenizar o sofrimento do paciente.

A partir de uma análise constitucional e ética, observou-se que a prática da ortotanásia e dos cuidados paliativos apresenta-se de forma lícita, visto que não há impedimento legal nem ofensa a qualquer princípio estabelecido no Direito, além de ser benéfica ao paciente terminal, na perspectiva do direito de morrer com dignidade, não permitindo que seja sujeito a tortura ou tratamento desumano.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Edson de Oliveira. A Ortotanásia e o Direito Brasileiro. A Resolução CFM n. 1.805/2006 e algumas considerações preliminares à

luz do Biodireito Brasileiro. **Revista do Centro Universitário São Camilo**, 2011. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/82/Art03.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

ARAÚJO, WALTER SANTANA DE. **Ortotanásia e cuidados paliativos: breve análise jurídica**. TCC. 2017. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11376?locale=pt_BR. Acesso em: 10 abr. 2021.

BENEVIDES, Jonatas Ribeiro; GERAIGE NETO, Zaiden. **A terminalidade da vida: ortotanásia como tutela do direito à dignidade humana dos pacientes terminais**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0926dc069ff7d2de>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BOECHAT, Ieda Tinoco; SILVA, Beatriz Cortes. Os cuidados paliativos e o nível de consciência do paciente: consequências que reclamam o tratamento humanizado. *In*: CABRAL, Hildeliza L. T. Boechat; BOECHAT, Ieda Tinoco; NOVAIS, Alinne A. Leite; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros. **Obstinação terapêutica: estudo transdisciplinar dos contornos e limites**. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2019. p. 110-124.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. CFM. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.931/2009. Aprova O Código de Ética Médica. Diário Oficial da União de 24 set. 2009, Seção I, p. 90. Brasília, 2009. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. CFM. CEM. **Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2XNUz-qP>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

BRASIL. CFM. **Resolução n. 1805/2006**. Dispõe que: Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou sus-

pende procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Diário Oficial da União de 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169. Brasília, 2006 Disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/10/tratamentos-na-terminalidade-da-vida.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. CFM. **Resolução n. 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União de 31 ago. 2012, Seção I, p.269-70. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938 &tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. DRE. **Lei n.º 52/2012**. Lei de Bases dos Cuidados Paliativos. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/174841/details/maximized>. Acesso em: 12 mar. 2021.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat *et al.* A bioética deste milênio: cuidado e humanização no acaso da existência humana. *In*: CABRAL, Hideliza Boechat; VON-HELD, Andréa Rodrigues; DADALTO, Luciana. **Cuidados paliativos**: estudos acadêmicos transdisciplinares. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2018. p. 44-53.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Fundamentos filosófico-jurídico-médicos da ortotanásia**: uma análise interdisciplinar. Dissertação de Mestrado. Programa de Cognição e Linguagem, Uenf. Campos dos Goytacazes, 2015. Acesso em: 29 abr. 2021.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Revista Brasileira de Direitos Humanos. Ortotanásia**: Permitir Morrer Não Significa Simploriamente Deixar Morrer. Porto Alegre: Magister, n. 18, p. 53- 61, jul./set. 2016.

CELINE, Lara S. P.; RICCO, Júlia L. de Oliveira; CABRAL, Hideliza L. T. Boechat. Dignidade no momento da morte. *In*: LÓSS, Juliana da Con-

ceição Sampaio; DIAS Vinícius Evangelista; CABRAL; Hildeliza Boe-
chat. **Cuidados paliativos em abordagem multidisciplinar.** Campos dos
Goytacazes: Brasil Multicultural, 2020. p. 10-18

COSTA, Ingrid Vilar da; MAGALHÃES, Juliana Galante; ROCHA,
Marcela Pioto. **Atualidades em cuidados paliativos no Brasil: Avanço ou
Resistência?** 2019. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/avanco-ou-resistencia#:~:text=Cuidados%20Paliativos%20consistem%20na%20assist%C3%Aancia,e%20tratamento%20de%20dor%20e> . Acesso em: 25 mar. 2021.

CUNHA, Caroline Diniz; SILVA, Jonas dos Santos; MOREIRA, Raquel
Veggi. O paradigma da morte digna x distanásia à luz da Constituição Fe-
deral. *In:* CABRAL, Hildeliza L. T. Boechat; BOECHAT, Ieda Tinoco;
NOVAIS, Alinne A. Leite; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros. **Obsti-
nação terapêutica:** estudo transdisciplinar dos contornos e limites. Cam-
pos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2019. p. 43-53.

DADALTO, Luciana; SANTOS, Sarah Carvalho. Cuidados paliativos e
testamento vital: uma relação íntima. *In:* CABRAL; Hildeliza L. T. Boe-
chat, VON-HELD, Andréa Rodrigues; DADALTO, Luciana. **Cuidados
paliativos:** estudos acadêmicos transdisciplinares. Campos dos Goytacazes:
Brasil Multicultural, 2018. p. 55-67.

GERVASIO, Roberta Diniz; RIBEIRO, Rafael Pontes; NOVAIS, Alin-
ne A. Leite. Dilema ético da distanásia: quando a família decide. *In:* CA-
BRAL, Hildeliza L. T. Boechat; BOECHAT, Ieda Tinoco; NOVAIS,
Alinne A. Leite; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros. **Obstinação tera-
pêutica:** estudo transdisciplinar dos contornos e limites. Campos dos Goy-
tacazes: Brasil Multicultural, 2019. p. 125-141.

LIMA, Gilvânklm Marques de. **O paciente terminal e o direito de
escolha.** 2017. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/58278/o-pacien-
te-terminal-e-o-direito-de-escolha](https://jus.com.br/artigos/58278/o-pacien-
te-terminal-e-o-direito-de-escolha). Acesso em: 23 mar. 2021.

LÓSS, Juliana da Conceição S.; ROCHA, Marcelly Agrelos; NOVAIS,
Alinne A. Leite. Continuidade do esforço terapêutico em face da constata-

ção da terminalidade de doença e lesão à dignidade humana. *In*: CABRAL, Hildeliza L. T. Boechat; BOECHAT, Ieda Tinoco; NOVAIS, Alinne A. Leite; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros. **Obstinação terapêutica**: estudo transdisciplinar dos contornos e limites. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2019. p. 54-65.

MARTINS, Carlos Eduardo. **Ordenamento jurídico brasileiro aceita ortotanásia**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-17/carlos-martins-ortotanasia-aceita-nosso-ordenamento-juridico>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MOREIRA, Carlos Vitor Mello *et al.* Quem foi Cicely Saunders?. *In*: LÓSS, Juliana da Conceição Sampaio; DIAS Vinícius Evangelista; CABRAL; Hildeliza Boechat.

Cuidados paliativos em abordagem multidisciplinar. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2020. p. 19-27.

MOREIRA, Raquel Veggi. Aspectos de aplicabilidade. *In*: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Ortotanásia**: Bioética, Biodireito, Medicina e direitos de personalidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 129-142.

MOREIRA, Raquel Veggi; CABRAL, Hildeliza L. Boechat; DADALTO Luciana. Cuidados paliativos: origem e historicidade. *In*: CABRAL, Hildeliza Boechat; VON-HELD, Andréa Rodrigues; DADALTO, Luciana. **Cuidados paliativos**: estudos acadêmicos transdisciplinares. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2018. p. 55-67.

SANTORO, Luciano de Freitas. Morte Digna: o direito do paciente terminal. 2ª reimpr. ed. Curitiba: Juruá 2012.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de P. **Problemas atuais de Bioética**. 11.ed. São Paulo: centro Universitário São Camilo, 2014.

SILVA, Ezequias Martins da. **A Ortotanásia e o direito de morrer à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69887/a-ortotanasia-e-o-direito-de-morrer-a-luz-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 21 abr. 2021.

SILVA, Lyssa Portal; CABRAL, Hildeliza L. Boechat. O consentimento informado e a adoção de cuidados paliativos. *In*: LÓSS, Juliana da Conceição Sampaio; DIAS Vinícius Evangelista; CABRAL; Hildeliza Boechat. **Cuidados paliativos em abordagem multidisciplinar**. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2020. p. 47- 58.

VON-HELD, Andréa Rodrigues. Adoção de tratamentos paliativos. *In*: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Ortotanásia: Bioética, Biodireito, Medicina e direitos de personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 159-169.

O MEIO AMBIENTE COMO ELEMENTO PARA A CONCEPÇÃO DE CIDADES SUSTENTÁVEIS

Gustavo Vieira Silva

Professor do Curso de Bacharelado em Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais – IFSU-DESTEMG. Mestre pelo PPGD da Universidade Estácio de Sá - UNESA.

Submetido em: 10/09/2021

Aprovado em: 04/10/2021 e 05/10/2021

RESUMO: Com o aumento populacional e sua sempre crescente utilização de recursos naturais, torna-se imprescindível a abordagem de temas relacionados à sustentabilidade. Nesse contexto, o presente trabalho irá versar sobre saneamento ambiental, o qual, dentre outros, é necessário para a garantia do direito a cidades sustentáveis. O direito ao meio ambiente foi tratado como direito humano fundamental, encontrando amparo no mínimo existencial e na dignidade da pessoa humana, tendo sido relacionadas leis e doutrinas, a nível nacional e estrangeiro, a fim de demonstrar a importância de tal direito. No que diz respeito aos procedimentos metodológicos, a presente pesquisa baseou-se em uma abordagem qualitativa. Quanto aos objetivos, pode ser classificada como exploratória e explicativa, e, quanto aos procedimentos técnicos empregados, será bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental; Direito humano; meio ambiente; sustentabilidade.

ABSTRACT: With the increase in population and its ever-increasing use of natural resources, it is essential to address issues related to sustainability. In this context, this work will deal with environmental sanitation, which, among others, is necessary to guarantee the right

to sustainable cities. The right to the environment was treated as a fundamental human right, finding support in the existential minimum and in the dignity of the human person, having been related laws and doctrines, at national and foreign level, in order to demonstrate the importance of such right. With regard to methodological procedures, this research is based on a qualitative approach. As for the objectives, it can be classified as exploratory and explanatory and, as for the technical procedures used, it will be bibliographical.

KEYWORDS: Fundamental Right; Human Right; environment; sustainability.

INTRODUÇÃO

As cidades podem ser consideradas locais de realização da dignidade da pessoa humana, sendo que nem mesmo os caóticos problemas urbanos são capazes de fazer com que as pessoas deixem de buscar tal espaço.

Todavia, novos padrões de desenvolvimento são exigidos, tendo a Lei Maior e diversas normas indicado para a temática do desenvolvimento sustentável. Assim, o presente trabalho irá versar especificamente sobre o meio ambiente enquanto elemento para a concepção do direito à cidade sustentável. O direito à cidade sustentável, de acordo com o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), abrange o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

O direito ao meio ambiente equilibrado é caracterizado como direito fundamental de terceira dimensão, consagrando o princípio da solidariedade, razão pela qual se faz imprescindível o seu atendimento. Não há que se falar em qualidade de vida em um ambiente degradado.

Apesar de algumas correntes doutrinárias defenderem que a natureza possui valor intrínseco/inerente, ou seja, independente do homem, a análise fática mostra que referidas posições são incoerentes com o que proclamam, caso contrário, não admitiriam a coisificação/instrumentalização da nature-

za, apenas para a satisfação das ilimitadas necessidades humanas.

De fato, a partir da realidade, bem como da legislação nacional e internacional concernente a tais questões, extrai-se que existe um enraizado paradigma antropocêntrico, que prega não só a concepção da natureza como fonte de recursos, mas também dos próprios seres não humanos.

1 DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

1.1 Definição de natureza

Muito se tem debatido a respeito da natureza, no que tange a ela mesma ser titular de direitos, de forma independente e intrínseca, ou se sua proteção se faz tendo em mira a satisfação do homem. Ou seja, há um embate entre o paradigma ecocêntrico e o paradigma antropocêntrico. Dessa forma, torna-se relevante a delimitação do conceito de natureza, a fim de se arquitetar um deslinde apropriado aos impasses jurídico-ambientais.

A concepção de natureza surgiu na Grécia Antiga, a partir das reflexões sobre o sentido do mundo, o qual era, para os povos antigos, pleno de deuses (pensamento mítico).

Contudo, a visão mítica não se justificava, assim como o direito, que apelava ao mistério, ao sobrenatural. Referido quadro começou a se alterar a partir do pensamento grego no século VI a.C, que passou a buscar a elucidação do mundo com fulcro no real, de início, visando a explicar o mundo natural com fundamento em causas naturais.

Conforme expõe Mota, esse novo pensamento filosófico-científico se assentava sobre:

- a) *physis* – a natureza é ordenada e a explicação causal dos processos e fenômenos naturais deve ser buscada a partir de causas puramente naturais. A chave da compreensão da realidade natural encontra-se nessa própria realidade, e não fora dela; b) causalidade – o estabeleci-

mento de uma conexão causal entre determinados fenômenos naturais constitui a forma básica da explicação científica. [...] c) *argué* – a fim de se evitar a regressão ao infinito da explicação causal os filósofos vão postular a existência de um elemento primordial que serviria de ponto de partida para todo o processo; d) *kosmos* – o cosmo é o mundo natural enquanto realidade ordenada de acordo com princípios racionais, ordenação racional, ordem hierárquica que se opõe ao caos. O cosmo é uma ordem racional, uma ‘razão’, significando a existência de princípios e leis que regem, que organizam essa realidade; e) *logos* – é o discurso, fundamentalmente uma explicação em que razões são dadas. [...] é o discurso racional, argumentativo, em que explicações são justificadas e estão sujeitas à crítica e à discussão. (MOTA, 2008, p. 4).

Tempos depois, a escola atomista elabora uma percepção mais sofisticada a respeito da natureza, a qual postula que o universo é composto pelos átomos (partículas corpóreas, imutáveis, indestrutíveis, invisíveis, plenos, infinitos, dotados de movimento) e pelo vazio. Assim, os seres não surgem do nada, mas dos átomos. Conforme Demócrito de Abdera, o fenômeno sensível é subjetivo. De acordo com Diógenes, apenas o átomo e o vazio são considerados princípios corretos, sendo o remanescente apenas opinião (subjetivo) (DIÓGENES, IX, 44). Ainda de acordo com Demócrito, a necessidade seria o que determina o mundo, o que faz com que a natureza seja causada e presa pela necessidade (MOTA, 2008, p. 6). O fator tempo nesse entendimento só se faria presente na esfera subjetiva, já que a matéria só é eterna e autônoma na medida em que se abstrai da temporalidade (MARX, 1841, p.50).

Um novo entendimento da natureza, holística e determinante do real, surge com Epicuro, que torna objetiva a contradição entre a essência e a existência no conceito de átomo. O epicurismo dá destaque ao tempo, o qual se encontra assentado na “dimensão fenomênica, sendo a temporalidade a marca fundamental dos fenômenos” (MOTA, 2008, p. 7). O tempo passa a ser considerado o acidente do acidente (modificação que reflete sobre si mesma). Ao discorrer sobre as qualidades dos átomos Epicuro fala sobre a grandeza, a forma e o peso, sendo este último existente como relação entre os átomos e, assim, como diferença de peso (MARX, 1841, p.43).

Os gregos acrescentam outro fator a ser considerado para a compreensão da definição de natureza, que diz respeito ao movimento dos átomos. Em virtude de o movimento ser determinado e ocorrer de forma retilínea vertical, não se verificaria o encontro com outros átomos nem a aparição das coisas por composição. Assim, Demócrito concebe a causalidade externa da natureza (MOTA, 2008, p. 8). Já Epicuro diz que o átomo se movimenta através da declinação da linha reta.

Os gregos entendem que a natureza anuncia uma essência que, para tornar-se efetiva, necessita “ser-no-mundo” (MOTA, 2008, p. 10). Para eles não há uma separação entre ser e dever-ser, pois o modo como a natureza se organiza demonstra como a sociedade deve ser estabelecida.

Houve uma acepção filosófica de natureza, para os gregos atomistas, a partir da observação do dado social natural, da indagação da natureza, buscando reencontrar a ordem objetiva. Assim, essa observação do natural seria capaz de fornecer modelos de conduta para a coletividade entender o mundo, visto que a natureza seria um exemplo de “harmonia e equilíbrio para os seres humanos”. (MOTA, 2008, p. 11).

Nesse sentido, leciona Antunes:

A natureza para os gregos era a análise das leis que universalmente poderiam ser extraídas da observação do mundo natural e sua aplicação no mundo político, a pólis. A natureza, portanto, era um conceito socialmente definido. [...] conceito de natureza permitiu que a vida jurídico-social passasse a ser explicada independentemente da vontade humana e [...] independente dos próprios poderes políticos então vigentes. (ANTUNES, 2002. p.3)

Diante do exposto, a questão que se coloca é a seguinte: admite-se a natureza como sendo possuidora de direitos em si mesma, independentes e separados do homem? Tal questão será abordada no próximo item.

1.2 A natureza é titular de direitos?

A partir da previsão dos direitos da natureza, de forma inédita no sistema legal mundial, na Constituição do Equador de 2008 e, após, na Constituição da Bolívia de 2010, muitos partidários da tutela da natureza começaram a se autodeclarar como não antropocêntricos.

A origem do termo “direitos da natureza” não foi idealizada pelas Cartas do Equador e da Bolívia, mas pelo professor da Universidade da Califórnia Roderick Nash, em 1989, no livro *Rights of nature: a history of Environmental Ethics*. Tempos depois recebeu adeptos como Henry Thoreau (final do séc. XIX), Rachel Carson e Aldo Leopold (primeira metade do séc. XX) e, ultimamente, Arne Naess, George Sessions, Bill Devall, Theodore Roszak e Alan Drengson (LOURENÇO, 2013, p. 188).

Os defensores dos direitos da natureza se filiam ao paradigma ecocêntrico, utilizando o termo “ecologia profunda”, criado por Arne Naess em 1972, para se diferenciarem dos adeptos ao antropocentrismo, que usam a expressão “ecologia rasa”. O ecocentrismo tem como foco o ecossistema, ou seja, o todo, e não somente o indivíduo ou as partes, razão pela qual pode ser chamado de “ética ecocêntrica”.

Contudo, mesmo os ecocêntricos acabam por se autocontradizerem, visto que suas formas de agir não diferem, de modo significativo, do paradigma antropocêntrico. É o que se passará a demonstrar.

Os ecocêntricos expõem que “todo ser, animais, plantas, inclusive entes inanimados (montanhas), possuem valor intrínseco, isto é, valor em si, por si mesmo” (LOURENÇO, 2013, p. 189). Em razão disso, por aceitarem ser devido valor intrínseco para seres não humanos, advogam não serem antropocêntricos.

Caso a declaração dos ecocêntricos no sentido de afirmarem que tais seres possuam valor intrínseco/inerente tenha algum significado relevante no mundo real, por qual razão eles admitem a matança de animais apenas para a satisfação do paladar, ou para a confecção de sapatos, ou para a construção de hidrelétricas? Dessa forma, constata-se que a ética ecocêntrica está sendo incoerente com o que proclama, pois se ela efetivamente visasse

ao ecossistema, não haveria problemas em exterminar humanos, os quais são os atores principais do desequilíbrio do planeta.

Infelizmente, os adeptos dos direitos da natureza (ecocêntricos), incluindo Acosta, o grande responsável pela inclusão de tais direitos na Constituição do Equador, permitem que a natureza seja coisificada/instrumentalizada, por isso não é tolhida a pecuária ou a pesca. Tais posições se baseiam em uma Ética do Bem-Estar, de onde brotam expressões como “abate humanitário” e “boi verde”.

Estos derechos defienden el mantenimiento de los sistemas de vida, los conjuntos de vida. **Su atención se fija en los ecosistemas, en las colectividades, no en los individuos. Se puede comer carne, pescado y granos**, por ejemplo, mientras me asegure que quedan ecosistemas funcionando con sus especies nativas. (ACOSTA, 2011, p. 354)

De fato, na linha da ética ecocêntrica, o reconhecimento de valor inerente possui gradações:

[...] A questão da Ética Ecocêntrica é que, **embora afirme que todos os vivos possuem valor inerente, este valor inerente possui gradações**, motivo pelo qual não é uma afronta à moralidade abater uma vaca para fazer um churrasco. Ecocentristas não comem carne (coração, fígado ou língua) humana, mas comem carne de animais. (OLIVEIRA, 2012, p. 229) (grifo nosso)

Analisando alguns dispositivos das Constituições Boliviana e do Equador, a conclusão a que se chega é a mesma, ou seja, a de que o paradigma antropocêntrico ainda se sobrepõe aos que se intitulam ecocêntricos.

A Constituição do Equador dispõe, no artigo 14, sobre o direito da população, e não sobre o direito de outras espécies, de viver em um ambiente saudável e equilibrado. Dessa análise preliminar, já é possível verificar qual é a verdadeira espécie que se deseja resguardar: a humana.

A Carta Boliviana anuncia, no artigo 2º, que: “El Estado y cualquier persona individual o colectiva respetan, protegen y garantizan los derechos

de la Madre Tierra para el Vivir Bien de las generaciones actuales y las futuras”. Nessa passagem, também está manifesto que a Mãe Terra deve servir ao bem viver humano.

Certo é que, ao conferir um peso desproporcional aos direitos da espécie humana, quando em colisão com os direitos da natureza ou de outros seres, acaba ocorrendo o que se pode chamar de “especismo”, ou seja, uma diferenciação estribada apenas na espécie.

Nessa direção, Lourenço e Oliveira:

Os defensores dos direitos da natureza, que comem carne de animais, vestem suas peles, além de muitas outras formas de uso, tem o ônus argumentativo de explicar o motivo pelo qual não incorrem em antropocentrismo, a razão pela qual não são especistas. [...] O especismo está travestido, disfarçada e subjacentemente permanece dando o tom das discriminações entre seres humanos e animais, plantas, ecossistemas, montanhas, mares, enfim. (LOURENÇO, 2013, p. 190). (grifo nosso)

Vislumbra-se que a palavra “direitos”, quando empregada em favor da natureza, ou de outros seres, possui uma acepção frouxa, o que dá azo à instrumentalização/coisificação destes, visando a atender unicamente a espécie humana. Assim, pode-se afirmar que os ecocêntricos, em virtude das ressalvas permitidas, inegavelmente são antropocêntricos e especistas.

Ao discorrer a respeito dos direitos da natureza, de forma apartada do homem, registraram Coimbra e Milaré:

O ambiente e as coisas são meramente elementos implicados nas relações entre as pessoas e os seus interesses, por vezes contraditórios, e nos objetivos da sociedade humana. **Por si só, o direito não reconhece do valor intrínseco do mundo natural nem do da vida e das suas teias. [...] Os ‘interesses’ do mundo natural não-humano simplesmente inexistem, e a Natureza resta abandonada à própria sorte. É incrível como esse vácuo abissal ainda se prolonga no Direito moderno...** (COIMBRA, 2004, p.18) (grifo nosso)

Portanto, conclui-se que a natureza, em decorrência de ser um fenômeno social e filosófico, não possui direitos em si mesma, intrínsecos e separados do homem, mas necessita deste para que alcance o seu verdadeiro sentido.

1.3 Proteção internacional do meio ambiente

A preocupação com a tutela do meio ambiente nasce a partir do momento em que a sua degradação principia a ameaçar não só o bem-estar, mas a própria sobrevivência humana. Com efeito, o planeta se encontra no limite da exaustão, consequência, sobretudo, da cultura da insaciabilidade.

Sobre essa cultura autofágica, impende notar a opinião de Freitas:

Para sair dessa rotina insana, sem mergulhar no desespero ou na apatia, a sociedade do conhecimento terá de se tornar uma sociedade do autoconhecimento, voltada, de um lado, à construção articulada do bem-estar universalizado e da homeostase social e, de outro, para fazer o melhor uso possível da capacidade tipicamente humana de projetar e experimentar os fatos antes que ocorram, o que rende ensejo a não tropeçar e a aprender com os erros sem precisar cometê-los. (FREITAS, 2012, p. 25).

A espécie humana, em função da racionalidade, é mais responsável pelo bem-estar do que as outras espécies com que coabitam o planeta, precisando, urgentemente, começar a pensar e a agir nesse sentido, e não permanecer como meros parasitas, nada fazendo para aprimorar o ambiente em que vive.

Historicamente, o alerta para a proteção ambiental começou a se delinear a partir da segunda metade do século XIX, culminando em alguns estudos e tentativas de frear a degradação do ambiente.

Nesse contexto, foram levados a efeito os Estudos do Clube de Roma, dirigidos por Dennis L. Meadows, o que permitiu a publicação do livro *Limites de Crescimento*, evidenciando que a deterioração ambiental decorre, em particular, do elevado crescimento populacional e sua consequente utilização dos recursos naturais.

Outro evento importante aconteceu em 1972, com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (CNUMAH – Declaração de Estocolmo), em que ficou assentado o direito ao ambiente equilibrado como sendo um direito humano fundamental, impondo-se o dever de protegê-lo e melhorá-lo (ONU, 2021, *on-line*).

Em referida Declaração, constou-se que: “4. Nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais estão motivados pelo subdesenvolvimento. Milhões de pessoas seguem vivendo muito abaixo dos níveis mínimos necessários para uma existência humana digna, privada de alimentação e vestuário, de habitação e educação, de condições de saúde e de higiene adequadas”. Certo é que não há que se falar em existência digna nos casos em que a pessoa não dispor, dentre outros, de meio ambiente salubre.

Mais adiante, ficou consignado que não se deve almejar qualquer desenvolvimento, mas aquele que se compatibilize com o meio ambiente: “Princípio 13 - Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento.”

Em virtude desses e de outros eventos, foi criada pela ONU, em 1983, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida pela primeira ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, a qual ficou conhecida como Comissão Brundtland.

Tal Comissão finalizou os trabalhos em 1987, explanando os problemas ambientais a nível mundial, além de ter cunhado que o desenvolvimento deve estar conectado às questões ambientais, ou seja, desenvolvimento sustentável, concebido como: “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades”.

Anos depois, realizou-se no Rio de Janeiro, em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cúpula da Terra, Rio-92, Eco-92), a qual adotou essa nova forma de desenvolvimento, que

foi objetivo da Agenda 21 (ONU, 2021, *on-line*). Os principais documentos oriundos da Rio-92 foram: a Convenção sobre Mudança do Clima e a de Diversidade; a Declaração de Princípios sobre as Florestas; a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; e a Agenda 21.

Alega-se ter sido a Eco-92 a grande responsável por conferir maior autoridade às questões ambientais a nível mundial (MONTE-RO, 2008. p. 264).

Após, foi realizado em Nova Iorque, em 1997, o evento conhecido como Rio+5, com o intento de aferir a efetividade da implementação das decisões assumidas na Eco-92. Infelizmente, os resultados não se mostraram satisfatórios, uma vez que “havia decorrido pouco tempo para que mudanças de mentalidade e comportamento – importantes e necessárias para impulsionar a economia mundial em transformações de vulto – já se encontrassem em curso” (SILVA, 2002. p. 43).

Em 2002 ocorreu a Rio+10 – Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, na cidade de Johannesburgo, na África do Sul, possuindo como principal escopo avaliar a alteração global após a Rio-92. Os resultados foram frustrantes. Os debates não se restringiram a aspectos de preservação ambiental, abarcando questões sociais como a busca por iniciativas capazes de reduzir o número de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza (com renda de menos de 1 dólar por dia – até o ano de 2015), assim como assuntos relacionados ao fornecimento de água, saneamento básico, saúde, agricultura e biodiversidade.

Já em 2012, realizou-se a Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, no Rio de Janeiro, tendo como objetivo principal assegurar um compromisso político com o desenvolvimento sustentável, além de propor e discutir novos temas. De acordo com decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas, os trabalhos abordariam dois temas: economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza; e estrutura institucional para a promoção do desenvolvimento sustentável.

O documento final da Rio+20 apresentou reflexões e compromissos sobre uma série de assuntos, como erradicação da pobreza, saneamento, energia, cidades sustentáveis, saúde, redução de riscos de desastres, mudança do clima, florestas, biodiversidade e educação, dentre outros. Verifica-se que não foi deixado de lado o direito ao ambiente salubre, uma vez que foi abordado o tema cidades sustentáveis.

Além disso, de 30 de novembro a 11 de dezembro de 2015, aconteceu em Paris a 21ª Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas (COP 21). Os países mantiveram o objetivo de conter o aumento da média de temperatura em 2°C até o fim do século, sendo que se comprometeram em empenhar para que o aumento não passe de 1,5°C.

No intuito de alcançar a tutela ambiental, ainda merecem ser citados: a Convenção de Ramsar sobre Zonas Úmidas (1971), a Convenção sobre Poluição Transfronteiriça (1979), a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985), o Protocolo de Montreal sobre as Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio (1987), a Convenção de Basiléia sobre Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito (1989), o Protocolo de Quioto sobre Mudança do Clima (1997), a Convenção de Minamata sobre Mercúrio (2013) e a Cúpula de Ação Climática (2019).

1.4 Tutela constitucional e infraconstitucional do meio ambiente

A proteção jurídica do meio ambiente sofreu grande modificação. Durante um vasto período prevaleceu o descaso, sendo que não existiam normas vedando, por exemplo, a devastação das florestas, o esgotamento das terras. Tal fato pode ser atribuído à concepção privatista do direito de propriedade, que se apresentava como empecilho à atuação do Poder Público no amparo ambiental.

Aos poucos foram surgindo algumas normas de tutela, mas munidas de incidência restrita, uma vez que se direcionavam a proteger o direito

privado tão apenas na conciliação dos conflitos de vizinhança, por exemplo, os artigos 554 e 584, do Código Civil de 1916. Após, foi criado o Regulamento de Saúde Pública (Dec. nº 16.300/1923), instituindo uma inspetoria de higiene industrial e profissional.

Alude-se à década de 30 como a época em que ocorreu a criação de normas jurídicas com especificidades no campo ambiental, podendo-se citar o Código Florestal (Decreto nº 23.793/1934), o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) e o Código de Pesca (Decreto-lei nº 794/1938).

Em 1967 surgiu a Política Nacional de Saneamento Básico (Decreto-lei nº 248), e o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental (Decreto-lei nº 303), ambos revogados pela Lei 5.318/1967.

Em que pese a criação de tais regras, o meio ambiente ainda não havia auferido o merecido tratamento, necessitando de uma política determinada, com normas propostas a prevenir, controlar e recompor sua qualidade, o que começou a mudar por meio do Decreto 73.030/1973, que criou a Secretaria Especial de Meio Ambiente – SEMA, orientada para a conservação do meio ambiente e o uso racional dos recursos naturais.

No entanto, constatava-se uma carência de normas no plano Constitucional a fundamentar uma visão global do meio ambiente, o que fazia transparecer a total despreocupação com o espaço em que se vive.

Com efeito, da mesma maneira que se verificava a nível nacional, a tutela do ambiente também não era prioridade na maioria das Constituições alienígenas, só recebendo enfoque a partir do momento em que a degradação passa a comprometer a existência humana.

No plano nacional, as Constituições Brasileiras anteriores à vigente nada previram de específico sobre a proteção ambiental, não tendo sequer empregado a expressão “meio ambiente” em seus textos. De fato, inspirado pela Declaração de Estocolmo, de 1972, que alçou o direito ao meio ambiente equilibrado à categoria de direito humano fundamental, o legislador constituinte conferiu guarida a essa temática, de forma específica, apenas na atual 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. (BRASIL, 2020) (grifo nosso)

A Carta Magna atribuiu um salto de qualidade ao direito à vida, inscrito em seu artigo 5º, *caput*. Tendo em vista o artigo 5º, §2º, restou previsto um novo direito fundamental no artigo 225, *caput*, da CF/88, o qual visa a assegurar não apenas o direito à vida, mas o direito à vida sadia, digna, o que só se torna possível através da salubridade do ambiente.

Em se tratando de direito fundamental, são atribuídos ao meio ambiente as características da irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, o que irá coordenar os princípios da ordem pública ambiental (BENJAMIN, 2008. p. 98).

O direito ao meio ambiente é classificado como um direito humano fundamental de terceira dimensão, o que foi bem assentado pelo Ministro Celso de Mello, do STF, da seguinte forma:

[...] os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF – MS 22.164, relator Min. Celso de Mello, DJU de 17/11/1995).

Conforme verificado, os direitos de terceira dimensão consagram o princípio da solidariedade, devendo a geração presente cuidar do meio ambiente para as gerações futuras, por se tratar de direitos de titularidade coletiva e imprescindíveis para uma vida de qualidade. Ademais, a obrigação de zelar pelo ambiente não cabe só ao Poder Público, abrangendo toda a coletividade.

Além disso, a Lei Suprema não visa a assegurar tão somente o direito à vida, mas a existência decente, o que se perfaz, dentre outros, através do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual se fundamenta na dignidade da pessoa humana, sendo expressão do mínimo existencial.

Com a finalidade de assegurar a efetividade do direito fundamental ao ambiente equilibrado, foram impostos deveres específicos ao Poder Público, segundo se verifica no §1º, do artigo 225, da Lei Maior:

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (CRFB, *on-line*)

Dessa forma, observa-se que o legislador constituinte elencou uma série de atribuições para que o Poder Público assegure a salubridade ambiental, prevendo a proteção de áreas ambientalmente relevantes, a fim de garantir a existência com qualidade.

Como se não bastasse, o meio ambiente ainda se encontra tutelado na CF/88 do seguinte modo: artigo 5º, LXXIII, que outorga legitimidade a qualquer cidadão para a propositura de ação popular visando à anulação de ato lesivo ao meio ambiente; artigo 23, VI, que diz competir a todos os entes a proteção do meio ambiente; artigo 24, VI, que confere competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre proteção do meio ambiente; artigo 129, III, que prevê como uma das funções institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do meio ambiente; artigo 170, VI, que dispõe que a ordem econômica deve observar a defesa do meio ambiente; artigo 174, § 3º, segundo o qual o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente; artigo 186, III, que declara que a função social da propriedade rural é condicionada, dentre outros, à preservação do meio ambiente; artigo 200, VIII, que revelou a interconexão existente entre meio ambiente e saúde; artigo 220, §3º, II, que expõe competir à lei federal a criação de meios de proteção contra a propaganda e demais meios de divulgação que sejam nocivos ao meio ambiente.

A Constituição do Estado de Minas Gerais também confiou amparo ao meio ambiente equilibrado:

Art. 214 – Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ao Estado e à coletividade é imposto o dever de defendê-lo e conservá-lo para as gerações presentes e futuras. (MINAS GERAIS. Constituição (1989) 2021).

O Código Civil (Lei nº 10.406/02) (BRASIL, 2021, *on-line*), em atendimento à função socioambiental da propriedade, declara que o dono não pode fazer uso do seu bem da forma que lhe aprouver, mas em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, em 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 (artigo 1.228, §1º).

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) (BRASIL, 2001, *on-line*) manifestou que a propriedade urbana e a cidade devem cumprir a função social, elencando, para tanto, como primeira diretriz, o direito a cidades sustentáveis. Com a finalidade de se obterem cidades sustentáveis, foi arrolado, dentre outros, o direito ao saneamento ambiental (artigo 2º, I).

Também ficou prevista a exigência de a política urbana acatar a proteção ambiental nos seguintes dispositivos do Estatuto: artigo 2º, incisos IV, VI, “a” e “g”, VIII, XII, XIII, XIV; artigo 4º, incisos III, “a” e “c”, V, “e”, VI, artigo 26, inciso VII; artigo 32, §2º, incisos I, III; artigo 35, inciso II; artigo 37; artigo 39; artigo 41, inciso V, artigo 42-B, inciso VI.

O primeiro documento legal que estabeleceu os objetivos, as ações e os instrumentos e que deu ao Brasil as bases de uma política ambiental e várias definições foi a Lei nº 6.938/81, conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) (BRASIL, 1981, *on-line*). A PNMA, em seu artigo 3º, inciso I, apresentou o conceito legal de meio ambiente.

Em 1997, por meio da Lei nº 9.433, surgiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (BRASIL, 1997, *on-line*), que objetiva resguardar, senão o principal, um dos mais indispensáveis recursos ambientais para a manutenção da vida: a água.

A Lei nº 9.605/98, conhecida como Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998, *on-line*), elencou os delitos que atentam contra o meio ambiente da seguinte forma: contra a fauna (artigos 29 a 37), contra a flora (artigos 38 a 53), poluição e outros crimes ambientais (artigos 54 a 61), contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (artigos 62 a 65) e contra a administração ambiental (artigos 66 a 69).

Através da Lei nº 9.985/00, foi criado o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) (BRASIL, 2000, *on-line*), que visa a proteger espaços territoriais com características naturais relevantes.

A Lei nº 11.445/07, alterada pela Lei nº 14.026/2020, criou diretrizes nacionais para o saneamento básico (BRASIL, 2007, *on-line*), o qual impacta diretamente na salubridade ambiental. Assim, firmou-se que os

serviços de saneamento básico devem ser oferecidos, dentre outros princípios, com fundamento na articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante (artigo 2º, VI).

Com base na Lei nº 12.187/09, denominada Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) (BRASIL, 2009, *on-line*), o meio ambiente também foi resguardado, sendo prevista a preservação, a conservação e a recuperação dos recursos ambientais (artigo 4º, VI).

Outra norma jurídica que merece ser aludida é a Lei nº 12.305/10, Política Nacional de Resíduos Sólidos (BRASIL, 2010, *on-line*). Trata-se de norma de relevância, visto que atenta ao direito fundamental ao ambiente equilibrado dispôs, dentre outros objetivos, sobre a conexão existente entre a proteção da qualidade ambiental e da saúde pública (artigo 7º, inciso I).

Preocupada com a sustentabilidade das cidades, devido às consequências desastrosas que os meios de transporte podem provocar no equilíbrio ambiental, a Lei nº 12.587/12, Política Nacional de Mobilidade Urbana (BRASIL, 2012, *on-line*), previu o desenvolvimento sustentável das cidades, nas dimensões socioeconômicas e ambientais (artigo 5º, II).

A Lei nº 12.651/12, conhecida como Código Florestal (BRASIL, 2012, *on-line*), visando a conferir efetividade ao disposto no artigo 225, §1º, III, VII, da CF/88, trouxe regras sobre a proteção da vegetação, das áreas de preservação permanente e das de reserva legal, a exploração florestal, bem como instrumentos econômicos e financeiros para atingir suas finalidades.

Por sua vez, a Lei nº 13.089/2015, Estatuto da Metrópole (BRASIL, 2015, *on-line*), dispôs sobre a delimitação das áreas com restrições à urbanização visando à proteção do patrimônio ambiental ou cultural, bem como das áreas sujeitas a controle especial pelo risco de desastres naturais, se existirem.

1.5 Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana como fundamento para a proteção do meio ambiente

Historicamente, na esfera constitucional, a relação entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana foi apontada, primeiramente, pela Constituição de Weimar (Alemanha-1919) através do artigo 151, que previa que a vida econômica deve corresponder aos ditames da Justiça e tem como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade.

Tal assertiva também pode ser extraída das Constituições Brasileiras desde a de 1934, sendo que, atualmente, encontra-se no artigo 170 da Carta Magna: “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”. Ainda foi abarcada no artigo XXV da Declaração da ONU, de 1948, que confere a todas as pessoas o direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família.

Em que pese não ter sido expressamente previsto o mínimo existencial na Carta Constitucional brasileira, permite-se considerar que o mesmo emana da tutela da vida, da dignidade humana e de alguns direitos sociais, embora não se confunda com estes, razão pela qual não pode ser relegado.

Quanto a esse aspecto, valiosa a lição de Sarlet:

[...] o que importa, nesta quadra, é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira

do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial, notadamente para alguns efeitos específicos [...]. (SARLET, 2021, on-line)

No mesmo sentido, foi firmado que o direito ao mínimo existencial, apesar de não conter dispositivo especial, acha-se implícito na dignidade humana, na igualdade, na disposição do Estado Social de Direito, além de constar em algumas categorizações relacionadas aos direitos fundamentais (TORRES, 1989. p. 31-32).

O desenvolvimento da concepção de mínimo existencial como um direito fundamental ocorreu somente na segunda metade do século XX, notadamente na Alemanha, onde a doutrina e a jurisprudência, com arrimo nos princípios do Estado Social, direito à vida, dignidade, dentre outros, conceberam um direito fundamental a prestações materiais dedicadas a afiançar uma existência condigna a todas as pessoas.

Questão problemática e nem sempre imune de críticas tem sido a de delimitar o que vem a ser o mínimo existencial e as correspondentes condições para que se alcance a dignidade da pessoa humana. Afinal, a própria compreensão do que seja viver com dignidade também gera polêmicas. Argui-se que “a fórmula do mínimo existencial, segundo a qual toda pessoa tem direito a um coletivo de bens indispensáveis para uma vida condigna, em que pese uma pretensão de exatidão ou de absoluto, manifesta uma congênita vaguidade” (OLIVEIRA, 2010. p. 383).

Contudo, em que pesem as dificuldades em se fincarem os contornos exatos do mínimo existencial, ou seja, do conjunto de bens necessários para uma vida digna, há um entendimento básico de sua composição.

[...] não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e, de modo geral, os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial. (SARLET, 2013. p. 39).

Incumbe mencionar, ademais, que o mínimo existencial não deve ser compreendido apenas com um mínimo de sobrevivência, pois este não envolve uma vida condigna. Na maioria das vezes, alude-se a qualidades materiais e físicas, mas o mínimo também deve abranger “os bens ou condições espirituais, psíquicas, pois nem só de coisas palpáveis é construída a vida. O direito fundamental à privacidade, à paz, à liberdade de pensamento, de religião, são ilustrações” (OLIVEIRA, 2010. p. 384).

O mínimo existencial apresenta duas faces: uma negativa e outra positiva. Negativa no sentido de direito de defesa, ou seja, de algo que não pode ser retirado da pessoa. Positivo a indicar prestações a serem garantidas pelo Poder Público.

Nessa linha de pensamento, vale colacionar o magistério de Ricardo Lobo Torres, que ajustou que:

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa. (TORRES, 1989. p. 29, 35). (grifo nosso)

Destarte, um dos temas geradores de controvérsias tange à obrigatoriedade do Estado em ter que assegurar todos os fatores indispensáveis para a sobrevivência digna, como o direito ao trabalho. Algumas ponderações devem ser feitas, visto que o citado ente não reúne as condições físicas e financeiras para, por exemplo, fornecer empregos a todos os desempregados do País. Coaduna-se do entendimento de que o Estado estaria encarregado de “desenvolver projetos, políticas públicas, na direção do pleno emprego” (OLIVEIRA, 2010. p. 385).

Em que pese a ausência da obrigatoriedade do Estado em ter que garantir trabalho a cada um, o mesmo não se furta de ter que prestar auxílios àqueles que não possuem renda, visto que imprescindível para ter uma vida proba. Quanto a isso, existem conflitos em relação à fixação do valor, se pode ser aquém do salário mínimo. Defende-se que o mesmo deve se

pautar, entre outros, na reserva do possível, que pode ser compreendida como os fatores monetários, de pessoal, preferências, que visam a orientar a atividade pública.

Nesse contexto, no que tange ao direito ao ambiente equilibrado, com as devidas ressalvas (por exemplo, reserva do possível), ele deve ser assegurado a todos, por se tratar de direito de terceira dimensão, calcado no princípio da solidariedade, o qual pode constar do rol dos bens do mínimo existencial e, logo, das condições necessárias para atingir a dignidade humana.

Afigura-se irrefutável que o direito fundamental ao meio ambiente salubre se insere no campo do mínimo existencial, visto que pode ser alocado no complexo de bens aptos a gerar uma existência digna, o que implica, conseqüentemente, na interconexão entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. Contudo, também no que se refere a esse direito, deve ser notada a reserva do possível, com os devidos temperamentos, a fim de que não se torne uma chave para acobertar, por exemplo, as mazelas da corrupção, dos desperdícios e da má administração.

Ainda com relação ao direito fundamental ao meio ambiente, cumpre destacar a proibição de retrocesso social, que veda a eliminação, assim como a redução da concretização do direito (CANOTILHO, 1991. p. 131), em virtude de seus efeitos para a vida proba.

Na esfera ambiental, pode-se dizer que o Código Florestal pátrio afrontou a vedação de retrocesso, ou, mais precisamente, a “proibição constitucional de retrocesso ecológico” (CANOTILHO, 2004, p.182, 183), ao encurtar algumas distâncias a serem observadas na recomposição de áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente próximas de cursos d’água. No artigo 225, *caput*, da Lei Suprema, ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger o ambiente – não só em função das gerações presentes, mas também das futuras (equidade intergeracional) –, o legislador constituinte deixou claro que não pode haver retorno nos níveis de proteção já alcançados, sob pena de não restarem os recursos naturais com a desejada qualidade propícia à sobrevivência.

Todavia, a vedação de retrocesso não é tida como algo irrestrito, devendo atentar-se à possibilidade de concretização, visto que “toda a consecução de direito, seja ele qual for, está submetida à viabilidade prática. Logo, se houver uma impossibilidade fatural é inevitável o retrocesso” (OLIVEIRA, 2010. p. 399).

Do que foi averbado, confere-se que, embora o direito fundamental ao ambiente equilibrado possa fazer parte do elenco do mínimo existencial, apresentando-se como indispensável para uma existência digna, o mesmo não se aventa como direito incondicional, podendo ser atrelado, por exemplo, à reserva do possível, desde que aplicada, como explanado, com a devida prudência.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Esta pesquisa caracteriza-se como uma abordagem qualitativa, pois se relaciona com o construtivismo, em que a verdade e o sentido são edificados e interpretados por indivíduos. Os dados são gerados na forma de textos, preocupando-se com a profundidade e intensidade das conclusões (GRAY, 2012. p.163-177).

Além disso, foi utilizado o critério de classificação proposto por Antonio Carlos Gil, que analisa as pesquisas quanto aos objetivos e quanto aos procedimentos técnicos utilizados (GIL 2009. p.41-57). No que tange aos objetivos, esta pesquisa se classifica como exploratória e explicativa. Exploratória, porque visa a conferir um maior entendimento sobre o direito ao meio ambiente, e explicativa, porque se propõe a tornar algo inteligível, identificar os fatores de determinados fenômenos. No que respeita aos procedimentos técnicos empregados, a pesquisa é bibliográfica, porque foi utilizado material já elaborado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com uma população cada vez mais urbana, não se exige qualquer cidade, mas aquela que cumpra sua função social, devendo ser sustentável. A

política de desenvolvimento urbano deve estar alinhada à sustentabilidade. Só desse modo haverá a possibilidade de se resguardarem os requisitos necessários para que a pessoa sobreviva de forma digna.

O Estatuto da Cidade abrigou, dentre outros, o direito ao saneamento ambiental para a concepção da garantia do direito a cidades sustentáveis. Dessa forma, torna-se repugnante o seu não atendimento, por cuidar-se de direito humano fundamental, calcado na dignidade da pessoa humana, destarte, necessário para uma existência decente.

Com efeito, o atual padrão de consumo está sobrecarregando o planeta, culminando em um enorme déficit ambiental. As diversas leis e doutrinas apresentadas neste trabalho, bem como a Carta Magna não deixaram dúvidas quanto à necessidade de se proteger o meio ambiente, pois o mesmo é um direito de terceira dimensão, indispensável para a qualificação de uma sobrevivência honrada.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia. In: ACOSTA, Alberto e MARTINÉZ, Esperanza (Orgs.). **La naturaleza con derechos: de la Filosofía a la Política**. Quito: Abya-Yala, p. 317-369, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 98.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 56.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e**

aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. **Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. **Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. **Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www.pla>

nalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. **Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010. **Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012. **Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. **Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. **Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direi-

to subjectivo. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 177-189, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar; MILARÉ, Édís. Antropocentrismo x Ecocentrismo na Ciência Jurídica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano V, nº 36, out.-dez./2004.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIL, Antonio Carlos. Como classificar as pesquisas? In: _____. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 41-57.

GRAY, David E. **Pesquisa no mundo real**. 2.ed. Porto Alegre: Penso, 2012. p. 163-177.

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Heróis da natureza, inimigos dos animais. **Juris Poiesis: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 181-206, jan.-dez./2013.

MARX, Karl. **Diferença entre a filosofia da natureza em Demócrito e Epicuro**. Tese de doutoramento em filosofia. Apresentada na Universidade de Jena em 1841. São Paulo: Global, s.d.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Minas Gerais**. 28.ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021.

MONTERO, Carlos E. Peralta. O fundamento e a finalidade extrafiscal dos tributos ambientais. In: MOTA, Mauricio (Coord.). **Fundamentos teóricos do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 257-286.

MOTA, Mauricio. O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas. In: _____. **Fundamentos teóricos do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.1-28.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Direitos da natureza e Direito dos animais: um enquadramento. **Juris Poiesis: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 213-238, jan.-dez./2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 21**. 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Table/Agenda-21-RIO-92-ou-ECO-92/>>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

_____. **Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano**. 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez./2013. Disponível em: <<http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>>. Acesso em: 15 de agosto de 2021.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Direito ambiental internacional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul.-set/1989.

ANÁLISE DA TÉCNICA DAS QUEIMADAS CONTROLADAS ENQUANTO FENÔMENO CULTURAL NOS CAMPOS DE CIMA DA SERRA, COMO FORMA DE EVITAR OS DESASTRES AMBIENTAIS NA REGIÃO

Mariângela Guerreiro Milhoranza

Pós-Doutora, Doutora e Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Processo Civil pela PUCRS. Advogada. Professora da Graduação em Direito da IMED - Campus Porto Alegre. Professora da Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS.

José Tadeu Neves Xavier

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (USC/Espanha). Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED/POA). Professor na Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS).

Submetido em: 23/07/2021

Aprovado em: 16/09/2021 e 19/09/2021

RESUMO: O presente estudo analisa os efeitos da prática das queimadas controladas, enquanto tradição no manejo do fogo para o uso do solo, no meio ambiente. Para tanto é tomada como refe-

rência a região do Rio Grande do Sul conhecida como Campos de Cima da Serra. Após a análise de estudos científicos oriundos das áreas da biologia e da ecologia, conclui-se que a técnica das queimadas controladas proporciona benefícios ao ecossistema da região e evita desastres ambientais.

PALAVRAS-CHAVES: Meio ambiente. Queimadas controladas. Benefícios.

ABSTRACT: The present study analyzes the effects of controlled fires, as a tradition in the management of fire for land use, on the environment. For this purpose, the region of Rio Grande do Sul known as Campos de Cima da Serra is taken as a reference. After analyzing scientific studies from the areas of biology and ecology, it concludes that the controlled fires technique provides benefits to the region's ecosystem and avoids environmental disasters.

KEYWORDS: Environment. Controlled fires. Benefits.

INTRODUÇÃO

Na formulação do presente estudo, mediante a utilização de estudos científicos oriundos das áreas da biologia e da ecologia, será demonstrado que a prática bicentenária das queimadas controladas, enquanto tradição no manejo do fogo para o uso do solo, não prejudica o meio ambiente nem interfere nas relações interespecíficas e intraespecíficas harmônicas da região do Rio Grande do Sul conhecida como Campos de Cima da Serra. Pelo contrário, a técnica é utilizada assim para, entre outros benefícios, evitar desastres ambientais.

Os Campos de Cima da Serra constituem uma região situada no nordeste do Rio Grande do Sul. A região possui um ecossistema único: pedregoso, composto por cânions, rios, cachoeiras, florestas de araucárias, campos e fauna diversificada. Culturalmente, a queimada controlada, praticada no local, é chamada de “sapecada” pelos produtores rurais moradores da região.

Esse processo de queima pode se dar por causas naturais ou por ação antrópica. A sapecada que ocorre por ação antrópica é utilizada apenas uma vez por ano, no final do inverno e antes da primavera, para eliminar a macega seca e renovar as pastagens para o alimento do gado quando o vento não está forte.

Na sapecada, o fogo é de pouca intensidade. Como a cinza produzida pelo fogo é alcalina, há a diminuição da acidez do solo. Com isso, o solo torna-se mais produtivo. A sapecada é manejada tendo em vista as especificidades geográficas dos Campos de Cima da Serra: relevo excessivamente desigual e irregular, muita pedregosidade e índice baixo e insuficiente de área mecanizável (em somente 6% da área total dos municípios dos Campos de Cima da Serra pode-se empregar o uso de maquinário mecânico). Entretanto, mesmo que benéfica ao solo da região, a sapecada foi proibida mediante legislação estadual, nos idos de 1992, através do art. 28 do Código Florestal do Estado (Lei Estadual nº 9.519/92).

Após a proibição da queima, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul promulgou a Lei Estadual nº 13.931/2012, que alterou o art. 28 do Código Florestal do Estado e acrescentou nova exceção à proibição do uso do fogo ou das queimadas, permitindo seu uso como prática de manejo controlado em pastagens. Entretanto, a Lei Estadual nº 13.931/2012 foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público, que acabou julgada improcedente, por maioria, pelo Pleno do Tribunal de Justiça. Inconformado, o Ministério Público ingressou com recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que, na data de 18 de dezembro de 2017, teve seguimento negado pelo Relator Ministro Edson Fachin (REXT 777896). Seja como for, ante o julgamento do recurso extraordinário, emerge a urgência de um estudo aprofundado e multidisciplinar (a partir de dados socioculturais, antropológicos, fisiobiológicos e jurídicos) acerca das queimadas controladas nos Campos de Cima da Serra, para sustentar os benefícios da sapecada e, conseqüentemente, a possibilidade da criação de legislação municipal permitindo-a.

É sob esse ângulo de discussão, dentro do Estado Democrático Social e Ecológico (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, p. 215) como vetor da

realização dos direitos fundamentais, que se propõe a criação de legislação, em âmbito municipal, para permitir a prática da queimada controlada nos Campos de Cima da Serra. À luz da fundamentalidade do meio ambiente, inaugura-se o exame da interação do homem com o meio ambiente, denominando-o, na bela expressão de Carlos Alberto Molinaro¹⁻²⁻³, como “lugar de encontro”. E, em observações pontuais articuladas, percebe-se que o uso do fogo, no manuseio do campo, é uma tradição intergeracional, culturalmente utilizada na região.

2. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE QUEIMADAS CONTROLADAS NOS CAMPOS DE CIMA DA SERRA

O meio ambiente é direito fundamental da pessoa humana.⁴ É um direito primacial intrinsecamente arraigado à realidade social, caracterizada pela sociedade de massa, em que o crescimento desordenado e brutal de-ságua em tempos de globalização. É nesse contexto de globalização que a tutela ambiental jurídica manifesta-se como alternativa à proteção da natureza. Nesse viés, a tutela jurídica do meio ambiente emerge com a necessidade, cada vez maior, de coibir a degradação do lugar de encontro (para que este não se transforme em lugar de desencontro), onde as ameaças ambientais se transformam em realidade, em um horizonte onde é perceptível

1 Molinaro, ao aprofundar seu estudo sobre o ambiente como um lugar de encontro, traz como exemplo as culturas africanas. Nesse sentido, pontifica que “a diferenciação é considerada como essencial e pré-requisito funcional para que cada um seja indispensável ao outro. Isso porque, na cultura africana, somente podem viver juntos aqueles que são diferentes, tendo em vista que, na perspectiva africana do mundo, a vida é um processo em que cada um se identifica progressivamente, não com o outro, do qual deve reivindicar sua diferença, mas com a totalidade da comunidade, vale dizer, com a vida cósmica e, especialmente, com a vida divina; aqui evidencia-se um matiz forte de um ‘mínimo existencial ecológico’ como núcleo material do princípio da dignidade humana (MOLINARO, 2006, p. 109-110).

2 “[...] não estamos sós, neste ‘lugar de encontro’, onde somos o encontro; somos com o outro desde uma relação de reconhecimento, respeito, reciprocidade e responsabilidade.” (MOLINARO, 2006, p. 107).

3 Pontifica Molinaro que “Ambiente, já afirmamos, é relação. Ambiente – no sentido de meio ambiente – pode ser definido como um lugar de encontro” (MOLINARO, 2006, p. 55).

4 Acentua Délton Winter de Carvalho que “O direito fundamental ao meio ambiente acompanha, portanto, estas sedimentações históricas e sociais, na formação de uma dupla natureza, uma subjetiva e uma objetiva, ou seja, uma individual e outra transindividual. Como um bem jurídico autônomo e unitário, o meio ambiente adquire uma relevância simultaneamente de direito fundamental da personalidade, como direito subjetivo de caráter público, bem como um direito fundamental de natureza transindividual (difusa ou coletiva).” (CARVALHO, 2008, p. 31).

a possibilidade da aniquilação da espécie humana. Seja como for, é somente através do respeito ao ecossistema e à biodiversidade que pode-se alcançar a tão sonhada sustentabilidade. Assim, e na contramão das técnicas científicas mais modernas, entende-se que métodos bicentenários de manejo do solo podem ser utilizados, ainda hoje, sem agredir o meio ambiente. Um desses métodos é o uso das queimadas controladas. As queimadas controladas são, em verdade, benéficas na região dos Campos de Cima da Serra. Cientificamente, os estudos encabeçados por Butzke comprovam que a sapecada traz a renovação do campo e que a utilização do fogo não altera as características do solo. Mesmo que existam algumas perdas no ecossistema, tais perdas não causam o desequilíbrio ambiental. Com a queima, há um aumento do CO₂ atmosférico. Entretanto, logo após, o capim cresce com tanta rapidez que “[...] fixa com grande intensidade o CO₂ atmosférico. Assim sendo, rapidamente se restabelece o equilíbrio entre a taxa de CO₂ liberada na queima e o fixado a maior parte pelo capim jovem em fase de crescimento acelerado” (BUTZKE; SPAREMBERGER, 2011, p. 29). Portanto, a atmosfera da região não é afetada pela queimada controlada.⁵

Em suma, pode-se dizer que a queimada é uma alternativa viável porque estimula o crescimento do capim, que é o principal alimento para o gado; é uma forma de “limpar” o campo no final do inverno quando o mesmo está não palatável em virtude das geadas; destrói parasitas como carrapatos e pulgas; afasta o perigo de incêndios de resíduos de velhas pastagens acumuladas; quando feita com aceiros, é totalmente controlada; estimula determinadas plantas locais a produzir sementes; e, por fim, torna o

5 No presente estudo, a investigação não se aprofundará sobre os efeitos das queimadas controladas na atmosfera dos Campos de Cima da Serra, eis que, conforme os estudos de Butzke, cientificamente está comprovado que o capim novo brota com tamanha expressão que não causa desequilíbrio entre a taxa de CO₂ liberada na queima e o CO₂ fixado a maior parte pelo novo capim. Ademais, como explanam Butzke e Sparemberger, “Sobre o aspecto da poluição atmosférica pela liberação de CO₂ nas queimadas não há como duvidar. Ela é real. Do que os não especialistas no tema não de dão conta, ou não sabem, é que capim seco não faz fotossíntese. Não retira gás carbônico do ar. No caso da queima, é claro que aumenta o CO₂ atmosférico o que, em princípio, contribui para o aquecimento global. No entanto, quando o capim brota e cresce rapidamente, como foi constatado, fixa com grande intensidade o CO₂ atmosférico. Assim sendo, rapidamente se restabelece o equilíbrio entre a taxa de CO₂ liberada na queima e o fixado a maior parte pelo capim jovem em fase de crescimento acelerado. Provavelmente, essa fixação por ha/ano seja semelhante à de áreas de floresta que oscila entre 4 e 6 toneladas de CO₂ ha/ano (o equivalente à liberação por um carro a cada 30 mil km).” (BUTZKE; SPAREMBERGER, 2011, p. 29).

solo mais fértil em minerais. Destarte, para trazer a queimada controlada para a seara da legalidade, é necessário que haja uma legislação que permita o uso da mesma como técnica de manejo do solo. Assim, cabe ao operador do Direito primar pela criação de legislação municipal permissiva das queimadas controladas nos Campos de Cima da Serra. Ora, sob um enfoque de cunho nitidamente sociológico, o Direito⁶, em suas funções (estabilizadora e dinamizadora), garante tanto a continuidade da vida social quanto a possibilidade de ajustar a ordem estabelecida à evolução social e de promover essa evolução num determinado sentido. Essa revelação consubstancia-se na assertiva de que a sociedade pluralista atual está assentada na ideia de uma modificabilidade do Direito, e postula um sistema jurídico aberto e dinâmico que tenha o condão de solucionar o problema de uma modificação e evolução ordenada: um sistema capaz de, através de transformações lógicas e permanentes, evitar as revoluções periódicas, alcançando assim uma evolução histórica incruenta.

2.1. O “Ir” e “Vir” da Legislação Estadual sobre as Queimadas Controladas no Rio Grande do Sul

O texto original do inciso XIII do art. 251 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul disciplinava que se peculiaridades locais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante autorização do Poder Público⁷, é permitido o uso da sapecada, desde que se circunscreva as áreas e se estabeleça normas de precaução, *verbis*: XIII - combater as queimadas, ressalvada a hipótese de que, se peculiaridades locais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, ocorra permissão estabelecida em ato do Poder Público municipal, estadual ou federal circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução. Desde 2003, tendo em vista que foi declarada a inconstitucionalidade da

6 Sustenta Délton Winter de Carvalho que “O direito, em sua função preventiva à ocorrência dos desastres deve atuar como um observador da gestão técnica e política do risco, controlando o nível de prevenção em situações críticas. Há, assim, uma estabilidade-dinâmica da operacionalidade do direito nas situações críticas. O direito ainda serve para trazer à tona, questionar, e mapear os pressupostos, pré-juízos e pré-compreensões estruturantes da racionalidade social ao longo dos processos de tomada de decisão nas organizações (públicas ou privadas).” (CARVALHO, 2008, p. 48)

7 FARIAS; BIM, 2018, p. 2196.

Emenda Constitucional n.º 32⁸, de 26/06/02, na ADIN n.º 70005054010 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a redação do dispositivo em tela passou a ser a seguinte:

Art. 251 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo, preservá-lo e restaurá-lo para as presentes e futuras gerações, cabendo a todos exigir do Poder Público a adoção de medidas nesse sentido.

XIII - combater as queimadas, responsabilizando o usuário da terra por suas consequências.

Ocorre que o dispositivo carece de regulamentação. Entretanto, mesmo que carecedor de regulamentação, o dispositivo está sendo aplicado⁹.

Por outro lado, o Código Florestal do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual n.º 9.519/1992), em sua redação original, consoante leitura do artigo 28, já autorizava o uso de fogo, mas, tão somente, em situações excepcionais, como forma de tratamento fitossanitário no controle de pragas e doenças e, ainda assim, condicionado à autorização do órgão florestal competente. Pois bem, diante da proibição da queima pelo art. 28 do Código Florestal do Estado, foi promulgada a Lei Estadual n.º 11.498/2000, que introduziu os parágrafos do art. 28 para permitir a utilização do fogo para o controle e eliminação de pragas e doenças, como forma de tratamento fitossanitário, bem como se peculiaridades locais ou regionais assim justificarem. Entrementes, essa lei foi declarada inconstitucional pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no âmbito do julgamento da ADIN n.º 70001436658¹⁰, em 15.02.2001, por afronta ao

8 No ano de 2002, foi introduzida, na Constituição do Estado, uma proposta de emenda, votada em 3 turnos, com maioria de dois terços, para alterar a Constituição no sentido de permitir a queima controlada. Por fim, a emenda constitucional foi declarada inconstitucional através da ADIN n.º 70005054010.

9 Para Adir Ubaldo Rech, "O referido dispositivo constitucional, que não inova em relação à legislação federal, foi aprovado, mas ainda não foi devidamente regulamentado, o que não significa que deva ser desrespeitado." (RECH, 2011, p. 44).

10 ADIN. LEI QUE ALTERA O CÓDIGO FLORESTAL DO ESTADO, AMPLIANDO OS CASOS DE UTILIZAÇÃO DE FOGO E QUEIMADAS NAS FLORESTAS E DEMAIS FORMAS DE VEGETAÇÃO NATURAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL QUE PROPICIA A DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. OFENSA AOS ARTS. 13, V, E 251, § 1º, I, II, VII E XIII, DA CE/89. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO

disposto nos artigos 13, inciso V, e 251, parágrafo 1º, incisos I, II, VII e XIII, da Constituição Estadual.

Mais tarde, em 2011, o Deputado Estadual Edson Brum (juntamente com os Deputados Maria Helena Sartori e Giovani Feltes) propôs o Projeto de Lei nº 175/2011, que tratava da alteração do artigo 28 do Código Florestal do Estado do Rio Grande do Sul, dispondo sobre manejo com fogo em pastagens, considerando que o Código Florestal já autoriza o uso das queimadas em situações especiais. Assim, a proposta era para dar ao art. 28 do Código Florestal do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 9.519/92), *in verbis*, a seguinte redação:

Art. 28. É proibido o uso do fogo ou queimadas nas florestas e nas demais formas de vegetação natural. (Redação dada pela Lei n.º 13.931/12)

§ 1º Em caso de controle e eliminação de pragas e doenças, como forma de tratamento fitossanitário, o uso de fogo, desde que não seja de forma contínua, dependerá de licença do órgão florestal competente, que deverá difundir critérios e normas de queima controlada, assim como campanha de esclarecimento de combate a incêndios. (Redação dada pela Lei n.º 13.931/12)

§ 2º Será permitido uso de fogo como prática de manejo controlado em pastagens, nativas e exóticas, em áreas não mecanizáveis, desde que não seja de forma contínua, para limpeza, remoção de touceiras de palhadas e como quebra de dormência de sementes, mediante permissão de órgão do poder público municipal, até que seja viabilizada tecnologia alternativa que venha a substituir esta prática. (Redação dada pela Lei n.º 13.931/12)

§ 3º A permissão referida no § 2.º será emitida e fiscalizada pelo órgão ambiental municipal competente. (Redação dada pela Lei n.º 13.931/12)

Com base no Projeto de Lei nº 175/2011, a Assembleia Legislativa

SUL. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 70001436658. Tribunal Pleno. Relator: Elvio Schuch Pinto, Julgada em 21/05/2001.)

do Estado do Rio Grande do Sul, em 2012, promulgou a Lei Estadual nº 13.931/2012, que alterou o art. 28 do Código Florestal do Estado e acrescentou nova exceção à proibição do uso do fogo ou das queimadas, permitindo sua prática para o manejo controlado em pastagens. A aprovação da Lei nº 13.931/2012 foi com vinte e oito votos favoráveis e treze votos contrários. Entretanto, a Lei Estadual nº 13.931/2012 foi objeto de ADIN proposta pelo Ministério Público (processo n. 70047341656). O Pleno do Tribunal de Justiça, por maioria, julgou improcedente a ADIN. Em seu voto, o Eminentíssimo Desembargador Genaro José Baroni Borges¹¹ explana que:

Sabe-se, pelas características morfológicas da vegetação rasteira da região dos Campos de Cima da Serra e de outros sítios conhecidos do Estado do Rio Grande do Sul, vocacionados apenas para manejo pastoril, por impossível a mecanização e o uso da terra para atividades agrícolas, é costume secular as queimadas anuais, modo de recompor a massa verde, crestada pelo rigor invernal. Com as queimadas, controladas por suposto, estudos científicos comprovam que a parte das raízes da vegetação rasteira não morre, só a parte aérea, e por pouco tempo da queimada, após as primeiras chuvas, dá-se a total recuperação e o viço da vegetação rasteira.

Não se há, pois, de satanizar as queimadas, quando a própria Constituição Estadual permite seu emprego, como expressamente dispõe o inciso XIII de seu artigo 251. (grifo nosso)

Diz ainda em seu voto¹² que:

O uso de “queima controlada” como fator de produção e manejo das atividades agropastoris é recomendada pelas características da vegetação rasteira especialmente na região dos Campos de Cima da Serra, prática utilizada desde a noite dos tempos sem que até hoje tenha sido constatada degradação do meio ambiente.

11 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ação direta de inconstitucionalidade ADI 70047341656 RS*. Relator Jorge Luís Dall’Agnol. 15/04/2013.

12 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ação direta de inconstitucionalidade ADI 70047341656 RS*. Relator Jorge Luís Dall’Agnol. 15/04/2013.

E vem sendo feita, circunstancialmente, pela impossibilidade de utilização de meios mecânicos de limpeza do campo para permitir o pastoreio e quebrar a dormência de sementes.

Inconformado com o resultado do julgamento, o Ministério Público ingressou com recurso extraordinário, REXT 777896, ao Supremo Tribunal Federal, que, na data de 18 de dezembro de 2017, teve seguimento negado pelo Relator Ministro Edson Fachin. Portanto, diante da improcedência da ADIN nº 70047341656, permanecem eficazes as alterações introduzidas pela Lei Estadual nº 13.931/2012 no art. 28 do Código Florestal do Estado, de modo que é lícito o uso do fogo como manejo de pastagens e, a teor do mesmo dispositivo legal, é da competência dos órgãos municipais a permissão de tal prática. Inclusive, o inciso I do art. 30 da Constituição Federal disciplina que “é competência dos municípios legislar sobre assuntos de interesse local.” Tendo em vista que a prática do manejo do solo, denominada sapecada, é uma prática bicentenária de interesse local, vale dizer, municipal, nos Campos de Cima da Serra, claro está que o município tem competência legislativa para legislar, supletivamente, sobre a matéria (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, p. 346), ante as peculiaridades da região: solo pedregoso e relevo acidentado que prejudicam a utilização de roçada mecânica.

3. ASPECTOS SOCIOCULTURAIS DAS QUEIMADAS CONTROLADAS NOS CAMPOS DE CIMA DA SERRA: TRADIÇÃO BICENTENÁRIA UTILIZADA PARA EVITAR DESASTRES AMBIENTAIS

No cenário jurídico brasileiro, o art. 2º, II, do Decreto 7257/2010 traz a definição legal de desastre ao defini-lo como “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais.” Doutrinariamente, Délton Winter de Carvalho explica que para que um evento seja considerado desastre, é necessária uma análise que determine as causas, as consequências específicas e a estabele-

dade do sistema social. Conforme o autor, consoante dados do Centre for Resarch on the Edidemiology of Disasters – CRED, “desastre é a situação ou evento que supera a capacidade local, necessitando um pedido de auxílio externo em nível nacional ou internacional, bem como um evento imprevisito e frequentemente súbito que causa grande dano, destruição e sofrimento humano” (CARVALHO, 2020, p. 55-56). Elucida, ainda, que para que determinada situação lesiva/prejudicial seja considerada como desastre, são necessários os seguintes fatores:

- a) 10 ou mais mortes humanas (efetivas ou presumidas); b) pelos menos 100 pessoas atingidas (necessitando de comida, água, cuidados básicos e sanitários; desalojados e feridos; c) ter sido declarado estado de emergência; d) ter havido um pedido de ajuda internacional.

Délton Winter de Carvalho (CARVALHO, 2020, p. 54) conceitua os desastres antropogênicos como aqueles que “são constituídos por desastres tecnológicos e sociopolíticos e decorrem de fatores humanos. Sob o ponto de vista sistêmico, pode ser dito que tais desastres decorrem do sistema social (principalmente do científico, do econômico e do político)”.

A partir de uma perspectiva zetética, em que buscam-se questionamentos e indagações, o Direito é convocado a ocupar-se de casos de desastres a partir das cinco dimensões do Direito material dos desastres de acordo com a doutrina de Austin Sarat (também citada por Carvalho), para quem, em apertada síntese, o Direito deve: a) manter a sua operacionalidade; b) lutar contra a ausência de direito; c) fornecer a estabilização e a acomodação; d) promover a identificação das vítimas e responsáveis; e e) reduzir a vulnerabilidade futura (SARAT, 2009, p. 6-8).

No nosso entendimento, poderia ser acrescida uma sexta dimensão relativa ao Direito Processual dos desastres: f) celeridade e efetividade processual no que tange aos processos de cunho indenizatório. Relativamente à palavra “efetividade”, calha referir que o núcleo duro desse substantivo está no latim *facio*, que significa fazer, efetuar, produzir. No Direito, a noção de efetividade é central na produção normativa, pois ela é elemento gené-

tico da validade cultural, heurística e pragmática da norma (princípios e regras) jurídica na perseguição da melhor adequação das relações jurídicas à finalidade do Direito ao atender às necessidades humanas. Afigura-nos um conceito de efetividade como a concretização (e complementaridade da eficácia formal) da norma (princípios e regras) prevista no mundo jurídico incidente no mundo fático realizando-se, implicando na funcionalização social do Direito, onde o dever-ser passa a ser acontecimento na realidade social. Aí mesclam-se os sentidos de eficácia jurídica e eficácia social sem, no entanto, deformar os âmbitos semiológicos de cada expressão.

Seja como for, nos Campos de Cima da Serra, a criação de gado de corte já foi a atividade econômica mais rentável da região. Para tanto, houve destacado o uso das queimadas que, sem a prática da devida técnica das queimadas controladas, acarretava em desastres ambientais. Para evitar esses desastres, a queimada controlada é feita com fogo de baixa intensidade, que nunca atinge temperaturas elevadas. Tal técnica é utilizada há cerca de dois séculos, a cada final de inverno¹³, para eliminar a macega seca e renovar as pastagens para o alimento do gado. Como a queima do campo ocorre uma única vez, após o inverno, acabou se transformando em uma tradição passada de pai para filho, vale dizer, a queima se transformou em um fenômeno intergeracional.¹⁴

E, enquanto tradição¹⁵, a sapecada foi incorporada à cultura local e faz parte da dignidade da comunidade. Ora, se a dignidade é “atribuído emprestado ao humano”, digno é reconhecer ao ser humano do campo

13 Cumpre lembrar que, no período da “sapecada”, mês de agosto, não há filhotes de animais no campo, porque os ninhos são feitos a partir de setembro, início da primavera. Além disso, após essa prática, nunca se encontrou qualquer animal queimado ou asfixiado, razão pela qual ela não ocasionou a extinção de nenhuma espécie animal da região. Dados publicados no Manifesto Serrano – Manifesto Popular elaborado pelo Grupo Serrano (Grupo de Moradores dos Campos de Cima da Serra). Nesse mesmo sentido, Aline Maria Trindade Ramos e Anelise Trindade Ramos aduzem que: “[...] ao passar a máquina (tratores), a toca de animais da fauna local é desmanchada. Um exemplo é o tatu, que não tem tempo de sair da toca e perde sua morada. Na queimada controlada, nada acontece com sua casa (toca), é muito rápido, o animal não precisa escolher outro local para morar, não precisa fugir e, ainda, nada acontece a seus filhotes.” (RAMOS; RAMOS, 2011, p. 185).

14 Rogério Rammê explica que a “[...] preocupação com as futuras gerações ganhou ainda maior notoriedade com a Declaração de Estocolmo em 1972. Nela as futuras gerações passaram a ser objeto de considerações jurídicas mais abrangentes ligadas à tutela do meio ambiente.” (RAMMÊ, 2012, p. 121).

15 Assevera Molinaro que “[...] para a tradição e para as crenças republicanas, o indivíduo só o é em comunidade.” (MOLINARO, 2006, p.111).

o seu direito de manter vivas a sua tradição e a sua cultura (até porque, comprovadamente, estas não desrespeitam o lugar de encontro). Podemos perceber essa tradição, por exemplo, a partir da leitura do Manifesto Serrano – Manifesto Popular elaborado pelo Grupo Serrano (Grupo de Moradores dos Campos de Cima da Serra). Em tal documento, é explanado que a cada final de inverno e início da primavera, a sapecada era feita com festa pelos moradores. Após a queima, a comunidade se reunia e comemorava a chegada da nova estação. Enfim, além de sua utilidade prática, a sapecada aproximava as pessoas e se tornou um dado vivo da cultura local.

Além disso, a sapecada se caracteriza pelo fogo de baixa intensidade empregado quando o vento não está forte. A cinza produzida pelo fogo possui caráter alcalino e, nesse sentido, diminui a acidez do solo tornando-o mais produtivo (TALDEN; BIM, 2018, p. 2187). Tal prática foi adotada devido às peculiaridades geográficas do local: relevo extremamente acidentado, grande pedregosidade e baixíssimo índice de área mecanizável (apenas 6% da área total dos municípios dos Campos de Cima da Serra pode ser manejada mediante a utilização de maquinário¹⁶ mecânico¹⁷).

Em verdade, nos Campos de Cima da Serra, “[...] as queimadas facilitam o manejo e a limpeza dos campos e contribuem para preservar as pastagens naturais, que se apresentam rapidamente mais verdes, tenras e apreciadas pelos animais” (RECH, 2011, p. 40). Ademais, do ponto de vista da sustentabilidade socioambiental dos Campos de Cima da Serra, “o melhoramento do campo nativo via queimadas seria a melhor opção para ganhos de produtividade, tendo a melhor relação custo/benefício, principalmente em terras de difícil manuseio com máquinas tradicionais” (GONÇALVES, 2011, p. 161). Além disso, a atmosfera do local também não é atingida pela

16 Segundo Alindo Butzke e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, “[...] a roçada mecânica é praticamente inviável na maioria das áreas devido ao relevo desfavorável e à pedregosidade na região. Os dados levantados mostram que apenas 6% da área total dos Campos de Cima da Serra, no Rio Grande do Sul, é passível dessa prática agrícola.” (BUTZKE; SPARREMBERGER, 2011, p. 30).

17 Dados coletados na introdução do projeto de pesquisa “Uso do Fogo como Prática Agropastoril na Microrregião Homogênea dos Campos de Cima da Serra: Análise da Situação Atual e Busca de Um Modelo de Desenvolvimento Sustentável”, realizado pelo Departamento de Ciências Biológicas da Universidade de Caxias do Sul (UCS) sob a coordenação do Prof. Dr. Alindo Butzke. (BUTZKE; DALLA ROSA, 2011, p. 209).

emissão do gás carbônico gerado pela queima do solo¹⁸. Comprovadamente, a emissão do gás carbônico gerado pela queima da vegetação seca, “[...] é compensado pela fotossíntese realizada pela gramínea nova que aponta já nos primeiros dias após a sapecada.”¹⁹ Cumpre esclarecer que durante a sapecada há a delimitação da área a ser afetada por essa prática. A delimitação da área é feita através de aceiros: “[...] proteções feitas para que o fogo não avance, por exemplo, para um capão de mato ou uma lavoura e, ainda, para que não ultrapasse a divisa de terrenos dos produtores, vindo a invadir áreas vizinhas” (RAMOS; RAMOS, 2011, p. 183).

Em suma, apresentam-se as seguintes vantagens do uso dessa técnica de manejo do solo nos Campos de Cima da Serra: a) a queima remove o capim velho rejeitado pelo gado e danificado pelas geadas do inverno; b) o fogo tem o condão de estimular a brotação nova; c) a queima elimina endoparasitas e ectoparasitas; d) as cinzas contêm nutrientes aproveitados pela nova vegetação. Portanto, o uso da queima controlada, nos Campos de Cima da Serra, não agride o lugar de encontro²⁰ e até ajuda o ecossistema.

4. TEMPO DE CONSTRUIR E TEMPO DE DESTRUIR: QUANDO CONSTRUIR É MANTER A TRADIÇÃO COMO FORMA DE TECNOLOGIA!

O ser humano precisa aprender a viver em harmonia. Harmonia com o outro, harmonia com o planeta²¹, harmonia com a biodiversida-

18 No tópico, Alindo Butzke e Raquel Sparemberger trazem a opinião do naturalista norte-americano Odun ao revelar que “o fogo ajuda a manter a vegetação arbustiva em regiões quentes ou úmidas.” (BUTZKE; SPARREMBERGER, 2011, p. 27).

19 Dados publicados no Manifesto Serrano – Manifesto Popular elaborado pelo Grupo Serrano (Grupo de Moradores dos Campos de Cima da Serra).

20 Tem-se, portanto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado ao manejar-se o solo da região com a queima controlada anual. Sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, relembra Celso Antonio Pacheco Fiorillo que: “A definição jurídica de meio ambiente ecologicamente equilibrado, no plano constitucional, assegura por via de consequência: 1) a tutela jurídica da pessoa humana – principal destinatário da norma constitucional – em face de suas inter-relações com o ambiente; 2) a tutela jurídica da fauna em face dos princípios fundamentais e demais dispositivos constitucionais aplicáveis; 3) a tutela jurídica da flora em face dos princípios fundamentais e demais dispositivos constitucionais aplicáveis.” (FIORILLO, 2004, p. 34-35).

21 Observam Alindo Butzke e Sieli Pontalti que: “A espécie humana – dentro da diagramação biosférica, é a mais dependente dos recursos naturais, bem como carece de uma diversidade biológica infinita para todas as suas necessidades. Nenhuma outra espécie requer tantos recursos para viver no planeta Terra, incluindo com preeminência alimentos, água, gestão de doenças, regulação climática, satisfação espiritual e apreciação esté-

de²². Respeitar e entender que o planeta é vivo, que seus recursos são finitos e que a extinção da natureza acarretará a extinção da própria espécie humana é o primeiro passo para retroceder a devastação do meio ambiente. Assim, a ocupação²³ humana há de observar e não agredir o meio ambiente, mesmo com o desenvolvimento tecnológico e com o maquinismo científico. Com o afã de proteger a biodiversidade, às vezes, manter a tradição²⁴ significa romper com a tecnologia²⁵ em prol da cultura bicentenária de um local, pois a dignidade da comunidade tem que ser observada. Analisa-se, pois, a dignidade do humano, dos Campos de Cima da Serra, à luz da cultura. Fala-se aqui em dignidade, parafraseando Molinaro²⁶, enquanto “[...] atributo emprestado ao humano” (MOLINARO, 2008). De outra banda, quando trata-se de cultura, trata-se da pessoa humana como “sujeito plural” (ser social), segundo uma perspectiva evolutiva. Cada manifestação cultural da sociedade constrói a sua própria expectativa de mundo, mostrando como a tradição pode ser cultuada. Desse modo, a perspectiva cultural habilita a compreender a existência dos modos pelos quais são possíveis as acepções dos conhecimentos. Atua, portanto, o ser social como ator social. Em verdade, o autor adverte que:

Historicamente o humano que se personaliza vai sendo construído no aprendizado da apropriação dos bens. Deste aprendizado, sua

tica. Assim, segue intrinsecamente vinculada à produção da biodiversidade.” (BUTZKE; PONTALI, 2014, p. 8).
 22 Sobre a biodiversidade do planeta Terra, Alindo Butzke informa que: “Ainda não sabemos ao certo qual é o tamanho da biodiversidade existente no planeta Terra. O total das espécies descritas até o momento está em torno de 1 milhão e quatrocentos mil. O grupo mais expressivo é constituído por insetos e outros artrópodes. Corson (1996) e outros autores estimam que esse grupo possa mesmo alcançar 30 milhões de espécies. Outros taxonomistas ponderam que o total de espécies deve alcançar pelo menos os 14 milhões de espécies. Essa é também a posição de Nebel e Wrigth (1999).” (BUTZKE, 2012, p. 16).

23 Analisa Adir Ubaldo Rech que a “[...] racionalidade de um urbanismo socioambiental deve ter presente que a ocupação humana se dá sobre espaços. Essa ocupação não respeita princípios de racionalidade ambiental e, por necessidade ou especulação imobiliária, simplesmente devasta tudo.” (RECH, , 2014, p. 53).

24 Aduz Délton Winter de Carvalho que: “A cada evolução das estruturas sociais, as anteriores permanecem.” (CARVALHO, 2012, p. 88).

25 No que tange às novas tecnologias, Paulo Affonso Leme Machado refere que a Constituição Cidadã de 1988 (art. 225, caput, e § 1º, I e II) e a nova Constituição da Argentina de 1994 (art. 41) dispõem que a biotecnologia não pode colocar em perigo a saúde da sociedade argentina e brasileira e dos residentes nesses países. (MACHADO, 2001, p. 746).

26 Breve comunicação preparada para o Seminário “Dignidade da Pessoa Humana: Interloquções.” FADIR PPGD PUCRS (Set/2008). MOLINARO, Carlos Alberto. *Dignidade e interculturalidade*. Porto Alegre: PUCRS, 2008.

conduta é função do manejo de seus impulsos psicológicos e biológicos, seja mediante a satisfação ou frustração na aquisição desses bens, ademais, que possui também desejos e necessidades provenientes da vida em comunidade que são transmitidos não somente por sua interação, mas pela herança de suas representações. (MOLINARO, 2008).

Mas, afinal, é tempo de mudar ou é tempo de respeitar a tradição? Respeitar a tradição significa construir? A técnica utilizada ajuda a evitar desastres ambientais como, por exemplo, a queima descontrolada da floresta de araucárias?

Tempo²⁷ é fato que ocorre em sociedade²⁸. É tempo de reconhecer a tradição como fato social. Nesse sentido, Pontes de Miranda diz que fato social “é a relação de adaptação (ato, combinação, fórmula) do indivíduo à vida social, a uma, duas ou mais coletividades (círculos sociais) de que faça parte, ou adaptação destas aos indivíduos, ou entre si” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 158). Nos Campos de Cima da Serra, a tradição da sapecada é, visivelmente, uma forma de cultura. Mesmo que seja diferente, ainda assim essa prática tem que ser reconhecida como uma manifestação cultural, praticada por diferentes gerações, da região. Não é pelo fato de ser diferente que a prática pode ser criticada. Reconhecer a sapecada é trazer à tona que o reconhecimento do outro como igual, “[...] ainda que suas qualificações naturais e culturais sejam distintas, de outro grau de desenvolvimento de percepção do mundo e de sua realidade (aquela que ele pode perceber)” (MOLINARO, 2008). Reconhecer a sapecada é dar o devido respeito à cultura e à tradição equanto direito intergeracional das populações que povoam os Campos de Cima da Serra.

27 O tempo, no Direito, constrói-se a partir daquilo que determinam as regras previstas em lei. Segundo François Ost, quando dizemos que podemos “dar” o tempo, quando dizemos que podemos “tomar” o tempo, em verdade, estamos construindo ou temporalizando o tempo. Assim, temporalizar significa construir o tempo. Segundo o autor, o conceito de temporalização se presta para que se veja o tempo como uma instituição social (OST, 1999, p. 13).

28 Esse, talvez, seja um dos maiores ensinamentos do maior jurista brasileiro de todos os tempos sobre o significado do tempo. (PONTES DE MIRANDA, 1980, p. 15).

Observe-se que a queimada é uma forma de queima de biomassa.²⁹ A queima pode ocorrer ou por causas naturais ou por ação antrópica. Conforme Roberto Birch Gonçalves, “[...] a queima da matéria orgânica produz primariamente água e dióxido de carbono” (GONÇALVES, 2011, p.162). Seja como for, as queimadas controladas estão previstas especificamente na legislação brasileira. Para poder utilizar esse método de manejo do solo, é necessário que haja a delimitação física do local onde será feita a queimada e que haja licença prévia municipal permitindo a realização da mesma.

Nesse diapasão, entende-se que quando há a peculiaridade local, a tradição, a cultura e a prática bicentenária de uma técnica de manejo do solo que não agride o lugar de encontro (nos Campos de Cima da Serra), tal método pode ser objeto de legislação municipal, mesmo que exista legislação estadual carecedora de regulamentação.

Por outro lado, novamente, relembra-se que tendo em mira as características de alta pedregosidade e da vegetação rasteira da região dos Campos de Cima da Serra, é impossível qualquer forma de mecanização para o uso da terra nas atividades agrícolas. Em vista disso, é costume secular a utilização das queimadas anuais. Esse costume, avoengo e tradicional, já está mais que incorporado à cultura local, e é o modo empírico utilizado para recompor a massa verde, aniquilada pelo rigor do inverno.

Não se pode esquecer que a existência do ser humano está condicionada a um esteio de sustentação: o planeta Terra. Se o planeta ruir, todos os seres humanos perecerão. Entretanto, mesmo conhecedora de que a Terra é nosso pilar e nosso lar, a humanidade insiste em priorizar a existência individual e o progresso tecnológico desenfreado em detrimento das relações sociais e do meio ambiente. A humanidade esquece que há uma interação entre o meio ambiente e as relações humanas, e mais: esquece que “tudo

29 Conforme Roberto Birch Gonçalves, a fórmula da reação química das queimadas controladas é a seguinte: $[CH_2O] + O_2 \rightarrow CO_2 + H_2O$, sendo que o elemento CH_2O representa a composição média da biomassa. Além desses elementos, também são produzidas outras espécies de químicas, tais como monóxido de carbono (CO), óxidos nitrosos (NOx), hidrocarbonetos e partículas de aerossóis (Andrea apud Freitas et al, 2005), os quais são incorporados à atmosfera, sendo a ela misturados e transportados. GONÇALVES, Roberto Birch. Análise das queimadas de campos sob o ponto de vista da teoria da *Path Dependence*. In BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). Queimada dos Campos. O homem e o Campo - A Natureza, o Fogo e a Lei. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 157-176, p. 162.

no mundo real são relações”, em que tudo está interligado e interage entre si. Como tudo está interligado, a ação antrópica de hoje terá resultados no meio ambiente de amanhã. O ser humano esquece que o meio ambiente é um lugar de encontro, um local onde tudo está inter-relacionado e onde todo e qualquer ato traz consequências à coletividade, e não apenas a um determinado indivíduo. Como as consequências da interação antrópica são para todos, é necessário que existam regras de controle, de modo que os processos de adaptação social sejam construídos para que haja a harmonização da sociedade.

Nesse sentido, emerge o Direito como um produto das relações sociais para reger e direcionar os comportamentos com o intuito de priorizar a convivência pacífica do todo. O Direito é uma realidade social. Nada obstante, a mutabilidade é característica própria da evolução da humanidade. Tudo o que é mutável também varia, não existindo, nessa via, estagnação absoluta. Segundo Pontes de Miranda: “[...] se chamamos realidade ao que é, realidade será Espaço, Tempo, Matéria, e qualquer deles, insuladamente, será abstração, como a linha, o ponto” (PONTES DE MIRANDA, 1980, p. 83).

A consciência humana produz a união de conceitos, a priori antagônicos entre si, para promover o desenvolvimento da própria historicidade. Logo, a conciliação de conceitos como finito-infinito, singularidade-universalidade e mutabilidade-imutabilidade se revela possível unicamente no que tange à evolução da consciência da sociedade, sendo que tais conceitos advêm da capacidade de percepção³⁰ e de sensação³¹ do ser humano. A consciência humana não é estanque e está em constante transformação, assim como o meio em que o homem vive. O meio ambiente é mutável, modificável e, portanto, está sempre se transformando. Tendo em vista esse

30 No que refere à percepção, diz Pontes de Miranda: “A percepção junta a cada sensação o que completa o *percepto*, mas o *percepto* é composto de sensações, quiza de sensações e representações. É o que colhemos no fluxo do nosso viver, onde as sensações puras são teóricas [...]. O saber, que é um *posterius* em relação à sensação, insinua-se como algo de adulto que assistisse e auxiliasse o nascer da percepção, fato infantil da vida psíquica. Se o nosso espírito se desfizesse dos seus atos, se se tornasse puro, as sensações poderiam ser puras e as percepções só seriam complexos de sensações.” (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 71).

31 No que concerne às sensações, afirma Pontes de Miranda: “O que não há dúvida é que, dado pelas sensações, o tempo é fisiológico, acústico, ótico: no seu nascedouro, encontramos o pluralismo, a descontinuidade.” (PONTES DE MIRANDA, 1980, p. 73).

caráter flexível do meio ambiente, normas de conduta são necessárias tanto para a proteção ambiental quanto para a organização da vida social³². Assim, a presença do Direito no universo do existir humano é deveras indispensável para a manutenção do convívio social e para evitar que conflitos se acentuem a ponto de tornar-se a coexistência impossível.

Destarte, mesmo com toda essa evolução, observa-se que determinados fenômenos do passado podem e devem continuar a ser repetidos, tanto no presente quanto no futuro, quando constata-se que sua aplicabilidade premia a proteção ao meio ambiente e o bom convívio social. Como exemplo de prática utilizada no passado, calcada no bem comum dos homens, nos fatos da coexistência e nas relações sociais, traz-se as queimadas controladas (prática bicentenária) utilizadas como técnica de manejo do solo na região dos Campos de Cima da Serra. A sapecada é uma técnica muito antiga, e sua origem se perdeu no tempo, permanecendo viva, intergeracionalmente, segundo a tradição. Aliás, é uma prática tão antiga que os mais remotos habitantes de *terrae brasilis*, no período conhecido como pré-colombiano, já a utilizavam.

Legalmente, a lei federal estabelece cinco formas de tratamento da terra através de queimadas, deixando apenas pequena margem supletiva aos Estados e aos Municípios, mas apenas para a hipótese em que a legislação, mercê de peculiaridades locais, venha a ser mais restritiva, não de forma ampliativa, como é o caso da possibilidade da criação de legislação municipal permissiva da queimada controlada, afinal, como diz Leonel Severo Rocha, “O direito deve ser analisado sob a ótica sistêmica, que amplia o seu campo de atuação e o faz ser pensado como algo muito maior, mais contextual e mais do que sua hierarquização e forma de análise verticalizada/organizacional” (ROCHA, 2005, P. 67). Assim, o Direito, no sentir de sistema, deve dar importância vital à defesa e proteção de recursos naturais como o solo, a água e o ar. Para garantir a alimentação das futuras gerações,

32 Paulo Affonso Leme Machado, ao trazer o pensamento de Maguelonne Déjant-Pons, revela a real importância do papel do Direito Ambiental na atualidade: “O direito ao meio ambiente é um dos maiores direitos humanos do século XXI, na medida em que a humanidade se vê ameaçada no mais fundamental de seus direitos – o da própria existência.” (MACHADO, 1994, p. 25).

é imperioso que se legisle sobre a proteção ambiental, à luz da função social da propriedade. Alçado à categoria dos direitos e garantias fundamentais, e direitos e deveres individuais e coletivos, o direito à propriedade é referido já no *caput* do art. 5º da CF, pois o inciso XXII garante o direito constitucional de propriedade, e o inciso XXIII determina o atendimento de sua correspondente função social.

De outra senda, a preocupação do legislador constitucional sobre o tema ambiental transparece, particularmente, no *caput* do art. 225, cujo texto garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Tanto no alhures referido art. 23, VI, como em outros dispositivos constitucionais, por exemplo o art. 170, que apresenta em seu *caput* a ordem econômica, fundada na valorização dos ditames da justiça social, é observada (entre outros) a função social da propriedade: busca a CF assegurar o bem-estar do ser humano através da política de desenvolvimento urbano e rural, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei. Nesse sentido, vê-se que tanto a Constituição Cidadã, quanto a legislação em vigor trouxeram mecanismos para permitir que o Município possa, supletivamente, legislar sobre os temas que mais lhe pertence e que, também, pode o Município se manifestar acerca das leis protetivas ao meio ambiente: esta possibilidade nada mais é do que uma forma de democracia (MACHADO, 2006, p. 49.).

6. CONCLUSÃO

O ser humano se auto concebeu como superior a todas as coisas que o cercam. Com essa postura egocêntrica, o humano se considerou o verdadeiro “dono” do planeta Terra. E, a partir desse fio condutor, desrespeitou a natureza almejando, unicamente, o desenvolvimento e o lucro. Consequentemente, houve a destruição da biodiversidade e o inegável esgotamento de recursos naturais³³. A falta de preocupação com a própria coletividade

33 Conforme Alindo Butzke, Giuliano Ziembowicz e Jacson Roberto Cervi, a Fundação Mundial para a Vida

fez com que o outro fosse esquecido; fez com que as relações sociais³⁴ se tornassem mais complexas e que os conflitos existentes entre proteger o meio ambiente e buscar o desenvolvimento tecnológico a qualquer preço ficassem, a cada dia, mais latentes. A diversidade cultural³⁵ produzida pelos grupos sociais, ao longo da evolução e da organização da vida social e política, revela as relações da sociedade com o meio ambiente.

É a partir de um prisma sociológico (a partir de um *sistema de conclusões sociológicas*) que emerge a base para o entendimento da sociedade atual, de sua cultura e, em especial, de sua interação com a natureza à luz do Direito. O homem é um produto biosociocultural³⁶ resultado das interações e das relações³⁷ dentro de um grande contexto: nada pode ser considerado em si mesmo³⁸, tudo está interligado.

E nesse contexto de interligação, emerge a tradição como reflexo do costume local: seja vista como costume, seja vista como tradição, a sapecada é uma realidade biosociocultural dos Campos de Cima da Serra, inclusive, utilizada como técnica a evitar desastres ambientais. Enquanto realidade biosociocultural, a sapecada há de ser preservada e pode ser manuseada em

Selvagem trouxe a público um relatório onde demonstrou que, apenas durante o ano de 2003, “[...] o homem gastou 25% de recursos a mais do que o planeta produziu.” (BUTZKE; ZIEMBOWICZ, 2006, p. 29).

34 Sobre essa nova concepção social, Agostinho Koppe Pereira, Cleide Calgare e Henrique Mioranza Koppe Pereira estipulam que: “As novas concepções sociais – vinculadas às ideias de globalização, de preservação ao meio ambiente, de realidade virtual e muitas outras que vêm se desenvolvendo, aprofundadamente a partir do século XX – tornam as dimensões jurídicas tradicionais insuficientes para dirimir os problemas advindos com a complexidade de uma sociedade que se torna, cada vez mais, pós-moderna.” (CALGARO; PEREIRA, PEREIRA, 2012, p. 70).

35 Para Carlos Alberto Molinaro, “[...] atualizamos e distinguimos nosso conhecimento segundo o contexto sociocultural em que nos incluímos, desde nossas crenças, educação e experimentação em perseverante reflexão sobre nossas ideias, sentimentos e emoções; [...]” (MOLINARO, 2011, p. 2).

36 No que tange à relação do homem com o ambiente, o ser humano não é biológico, de um lado, e socio-cultural, de outro. O ser humano é biológico e sociocultural. Por isso, traz-se o termo biosociocultural; o ser resultado de todas as interações com o entorno.

37 Nesse passo, sobressai a avaliação elaborada por Carlos Alberto Molinaro acerca da “relação” homem versus ambiente. Explicita o autor que as relações são “[...] acrônicas em sentido estrito, isto é, existem dentro e fora de um tempo determinado, e possibilitam o conhecimento do mundo.” (MOLINARO, 2007, p. 21-22).

38 Joaquín Herrera Flores assevera que “Todo producto cultural surge en una determinada realidad, es decir, en un específico e histórico marco de relaciones sociales, morales y naturales. No hay productos culturales al margen del sistema de relaciones que constituye sus condiciones de existencia. No hay productos culturales en sí mismos. Todos surgen como respuestas simbólicas a determinados contextos de relaciones. Ahora bien, los productos culturales no sólo están determinados por dicho contexto, sino que, a su vez, condicionan la realidad en la que se insertan. Este es el circuito cultural. No hay, pues, nada que pueda ser considerado en sí mismo, al margen del contexto específico en que surge y sobre el que actúa.” (FLORES, 2010, p. 74).

um *continuum* que proporciona a preservação e que, ao preservar, não deixa de proporcionar uma certa evolução, pois o humano está sempre evoluindo.

Nesse sentido, preservar a tradição significa, em última análise, evoluir e evoluir em uma vivência pessoal e civilizacional, pois afirma-se, categórica e cotidianamente, que a homogeneidade temporal está fora de questão. Ademais, cumpre destacar que sob a égide da legislação atual, a possibilidade de se utilizar a sapecada, como técnica de manejo do solo, *há* de ser vista como aquilo que a lei denomina de “[...] peculiaridade local” o que, nos Campos de Cima da Serra, deve-se à geomorfologia do relevo e ao intenso inverno da região.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUTZKE, Alindo; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direito ambiental e direitos humanos: a relação homem versus ambiente e o problema do fogo nos Campos de Cima da Serra. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimadas dos campos: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei.** Caxias do Sul: Educs, 2011.

BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli. Sustentabilidade planetária. In: RECH, Adir Ubaldo (Org.). **Instrumentos de desenvolvimento e sustentabilidade urbana.** Caxias do Sul: Educs, 2014.

BUTZKE, Alindo. O Homem e a natureza. In: BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli (Org.). **Os recursos naturais e o homem: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado frente à responsabilidade solidária.** Caxias do Sul: Educs, 2012.

BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. **O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.** Caxias do Sul: Educs, 2006.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. A Sustentabilidade ambiental e a teoria dos sistemas na sociedade transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 70-83, 2012.

CARVALHO, Délton Winter de. O Papel do direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção dos desastres. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 75, p. 45-76, jul.-set. 2014.

CARVALHO, Délton Winter de. A sociedade do risco global e o meio ambiente como um direito personalíssimo intergeracional. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 52, p. 27-36, 2008.

CARVALHO, Délton Winter de. Regulação constitucional e risco ambiental. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 12, p. 13-31, jul./dez. 2008.

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e Sua Regulação Jurídica. Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GONÇALVES, Roberto Birch. Análise das queimadas de campos sob o ponto de vista da Teoria da Path Dependence. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimadas dos campos: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei**. Caxias do Sul: EducS, 2011.

FARIAS, Talden; BIM, Eduardo Fortunato. Limites ao Uso do Fogo (Queima Controlada) no Canavial e em Outras Práticas Agropastoris ou Florestais. In **Revista de Direito da Cidade**, vol. 10, nº 4, p. 2182-2218, 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental – Aula 1: Introdução ao Pensamento Ecológico**. São Paulo: CEI, 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do processo ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: CARVALHO, Salo de; FLORES, Joaquín Herrera; RÚBIO, David Saches. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais.

In KRELL, Andreas J (Org.). **A Aplicação do direito ambiental no estado federativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 157.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **O Uso do fogo na floresta e demais formas de vegetação**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/nat_sucroalcooleiro/Documentos/documentos_art/13.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2013.)

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Hipoteca social: direito à informação. **Gazeta de Piracicaba**, Piracicaba, 22 jun. 2006.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. 2006. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, Porto Alegre, 2006.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Dignidade e interculturalidade**. Breve comunicação preparada para o Seminário “Dignidade da Pessoa Humana: Interlocações.” FADIR PPGD PUCRS, Set/2008.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Pensando a intervenção regulatória do sistema jurídico nas fases iniciais dos sistemas tecnológicos em um estado socioambiental e democrático de direito**. Porto Alegre: Faculdade de Direito, PUCRS, 2011. Texto de aula cedido pelo autor no Curso de Doutorado em Direito.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

OST, François. **O Tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução à sociologia geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, t. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução à sociologia geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **O problema fundamental do conhecimento**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 71.

RAMMÊ, Rogério. **As dimensões da justiça ambiental e suas implicações jurídicas**: uma análise à luz das modernas teorias da justiça. 2012. Dissertação (Mestrado) - UCS. Caxias do Sul, 2012.

RAMOS, Aline Maria Trindade; RAMOS, Anelise Trindade. Meio ambiente natural e cultural: impactos da proibição de queimadas controladas na região dos Campos de Cima da Serra. In BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimadas dos campos**: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei. Caxias do Sul: Educs, 2011.

RECH, Adir Ubaldo. Fundamentos legais para a conservação e o manejo dos campos sulinos. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimada dos campos**: o homem e o campo - a natureza, o fogo e a lei. Caxias do Sul: Educs, 2011.

RECH, Adir Ubaldo. Instrumento para um urbanismo socioambiental. In: RECH, Adir Ubaldo (Org.). **Instrumentos de desenvolvimento e sustentabilidade urbana**. Caxias do Sul: Educs, 2014.

RECH, Adir Ubaldo. Fundamentos jurídicos da tutela do meio ambiente e a profusão de normas sem efetividade e eficácia. In: BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli (Org.). **Os recursos naturais e o homem**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado frente à responsabilidade solidária. Caxias do Sul: Educs, 2012.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAN, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação da obra estado socioambiental e direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANAÃ - UMA REFLEXÃO SOBRE A OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO CAPIXABA: POSSE E PROPRIEDADE

Letícia Zeferino de Oliveira

Letícia Zeferino de Oliveira. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professora de Sucessão e Empresarial da Universidade de Vila Velha.

Milena Dalla Bernardina

Milena Dalla Bernardina. Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA). Professora dos Cursos Técnicos Profissionalizantes do Estado do Espírito Santo.

Submetido em: 13/08/2021

Aprovado em: 16/08/2021 e 14/09/2021

RESUMO: Canaã é uma obra literária considerada realista e naturalista, escrita por Graça Aranha no início do século XX. Trata-se de um romance entre Maria e Milkau. A história se passa durante a ocupação territorial capixaba por imigrantes europeus. A questão sobre a qual pretendemos discorrer e questionar é a seguinte: existem questões culturais relacionadas à ocupação territorial do Espírito Santo que dificultam o acesso ao Direito de Propriedade, constitucionalmente previsto, no interior dessa obra literária? É o que descreveremos ao longo deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: Território, Propriedade e Posse.

ABSTRACT: Canaã is a literary work considered realistic and naturalistic, that was written by Graça Aranha in the beginning of the 20th century. It tells the story of the romance between Mary and Milkau. The story takes place during the Capixaba territorial occupation by European immigrants. This article aims to discuss the following:

are there cultural issues related to the territorial occupation of Espírito Santo, which hinder the access to property right, constitutionally secured, within this literary work? This is what will be described throughout this article.

KEYWORDS: Territory, Property and Possession.

INTRODUÇÃO

A preocupação com a efetiva ocupação territorial capixaba nasceu durante o início do século XIX. Até aquele momento, o Espírito Santo servia como uma barreira verde, que protegia a produção extrativista que ocorria até então nas Minas Gerais. Em 1890, Graça Aranha foi nomeado Juiz de Direito naquele Estado. A partir de suas análises do campo, ele construiu o plano de fundo em que desenvolverá o enredo amoroso entre Milkau e Maria. Contudo, em alguns pontos da sua obra, ele retrata as dificuldades encontradas pelos imigrantes em se inserir nesse novo território, que deveria ser desbravado. Destaca, inclusive, algumas dificuldades burocráticas ocorridas no final do século XIX e início do século XX, intimamente relacionadas com o registro e a ocupação das terras, as quais produzem seus efeitos prejudiciais até a atualidade.

Assim, este artigo explora uma perspectiva de análise crítica da referida obra literária, para compreender um problema sociojurídico contemporâneo, qual seja, as questões que envolvem posse e propriedade no estado do Espírito Santo, o que, por si só, justifica a importância do debate do tema.

Ademais, a metodologia aplicada é de análise bibliográfica – jurídica e literária – bem como de pesquisa empírica, que incluiu pesquisa de campo por meio de entrevistas com personagens que estavam envolvidos nas situações a serem investigadas.

1. O ESPÍRITO SANTO E A SUA OCUPAÇÃO TERRITORIAL TARDIA

O Espírito Santo era um território entre as doze capitanias entregues à iniciativa privada portuguesa, para que fosse realizado o povoamento. Seu primeiro donatário foi Vasco Fernandes Coutinho. Este encontrou várias dificuldades em relação à colonização, como o confronto com indígenas, pouca mão de obra, sem falar na falta de investimento da coroa portuguesa, bem como na ausência de instrumentos necessários para realizar a colonização. Na verdade, dos doze territórios subdivididos, a capitania do Espírito Santo foi um dos que não prosperaram economicamente (CUNHA, 2013, p. 105-126).

Durante um longo período na história do Brasil, o povoamento do território capixaba não foi incentivado. Em nosso país, o processo de ocupação territorial por imigrantes europeus não ocorreu de forma uniforme, haja vista que o interesse da coroa não era comum em toda a dimensão territorial brasileira. Em 1783, o então Capitão Mor dessa sesmaria encaminhou um pedido à Coroa solicitando o fim do impedimento à navegação no Rio Doce e a ocupação dessa área. Em 1800, seu pedido foi atendido. Então encaminharam para cá Antônio da Silva Pontos, que recebeu ordens expressas para povoar essa região (Spíndola, 2007, p.41-62). Quando as navegações efetivamente se iniciaram, os colonizadores encontraram as tribos indígenas dos Botocudos, que resistiram à ocupação territorial. Em virtude disso, foram caracterizados como monstros, antropófagos, selvagens, bravos, entre outras várias características, que foram encaminhadas a Dom João VI¹. Ele autorizou a guerra contra esses índios na Carta Régia em 13 de maio 1808². Outro documento oficial, datado de 13 de julho

1 MARINATO, Franciele Aparecida. Nação e civilização no Botocudos e o Discurso de Pacificação no Primeiro Reinado. Rev. Dimensões, vol. 21, p.41-62, 2008. Disponível em: <http://www.publicacoes.ufes.br/dimensoes/article/viewFile/2482/1978> Acesso em: 16 de fev. de 2018.

2 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação. Legislação Informatizada – Carta Régia de 13 de maio de 1808 - Publicação Original. Carta régia manda fazer guerras aos índios botocudos. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-40169-13-maio-1808-572129-publicacaooriginal-95256-pe.html . Acesso em: 16 de fev. de 2018.

de 1809³, determina a ocupação do Espírito Santo. Os colonos deveriam medir as sesmarias para receberem a isenção de tributos durante o período de dez anos, para nelas cultivar trigo e linho; a mesma isenção ocorre em 1814⁴. Raimundo Faoro, em seu livro, faz a seguinte citação, que se encaixa perfeitamente nas informações aqui apresentadas: “(...) A administração, a justiça, o controle fazendário assentam, em última análise, sobre a paz interna e a defesa, voltada esta contra o indígena e as agressões externas. (...)” (FAORO, 2001, p. 219).

Portanto, diante da baixa densidade populacional de europeus, alguns documentos históricos comprovam que existiam sesmarias indígenas no Espírito Santo. Algumas eram comandadas e altamente organizadas pelos próprios índios, como a Vila de Nova Almeida, que possuía Câmara Municipal e Capitão indígenas. No Poder Judiciário, havia dois juízes, um deles era índio. Entretanto, isso não era o que acontecia em Reritiba, próximo ao Rio Benevente, pois os indígenas não conseguiram se organizar muito bem; a posse e a propriedade das terras foram mais facilmente retiradas dessa população em troca de aguardente e invasão⁵. “Desse modo, em 1818, as terras indígenas de Benevente já eram um objeto de disputa que envolvia, entre outros setores, índios, fazendeiros, Câmaras Municipais e governo regional...”⁶ Já na Vila Nova Almeida, os dados comprovam que ocorreu interferência administrativa do governo regional para o seu desmantelamento.

“O progressivo desenvolvimento de Nova Almeida demonstrou, aliás, o quanto as previsões de Saint-Hilare estavam corretas. Em 1848, foi retirada a Câmara Municipal de Nova Almeida o rendimento dos foros e ainda, no mesmo ano, boa parte da população, das terras

3 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação. Legislação Informatizada. Carta Régia de 13 de julho de 1809 – Publicação Original. Carta régia permitindo aos colonos do Rio Doce. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-40083-13-julho-1809-571754-publicacaooriginal-94874-pe.html Acesso em 16: de fev. de 2018.

4 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação. Legislação Informatizada. Carta Régia de 17 de janeiro de 1814 – Publicação Original. Carta régia autoriza a concessão de sesmarias e isenta de pagamento dos dízimos as culturas do trigo e linho da Capitania do Espírito Santo. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-39556-17-janeiro-1814-569933-publicacaooriginal-93097-pe.html . Acesso em: 16 de janeiro de 2018.

5 Ibid.

6 Ibid.

e das economias da Câmara foram destinadas à criação da Vila de Santa Cruz. Em 1852, mais uma vez, Nova Almeida foi atingida por medidas políticas que enfraqueciam a municipalidade, pois perdia nova porção do seu território, então cedido à vila da Serra. Finalmente, perdeu também a autonomia administrativa, pois a partir de 1853 passou a subordinar-se à vila da Serra. Tal foi o destino da antiga Missão Jesuítica, que Cezar Augusto Marques, escrevendo em 1878, observou: “Parece que havia tenção firme ou capricho em apressar a ruína desta vila”. (MOREIRA, 2018, *on-line*)

Logo, ainda no século XIX, poucos eram os europeus que residiam no Espírito Santo. Na verdade, a maior parte de sua concentração permanecia nas áreas próximas à corte, na região do Rio Itapemirim. A efetiva ocupação do território capixaba se deu juntamente com o fim de várias questões sociais e políticas importantes em âmbito nacional, que repercutiram na política local: o fim do império e, principalmente, o fim da escravidão. A chegada dos imigrantes para substituição da mão de obra escrava pela assalariada provocou o desmantelamento dos grandes latifúndios que existiam próximos à corte. Na verdade, “Os fazendeiros agiram tardiamente em relação à abolição.” (CAMPOS JÚNIOR, 2013).

“Acredita-se que o isolamento e a grande quantidade de áreas costeiras desertas no Espírito Santo tenham favorecido o tráfico nessa província até bem próximo da abolição. O que ajudaria a explicar a preocupação tardia dos fazendeiros com a abolição e com as consequências que dela adviriam.” (CAMPOS JÚNIOR, *in* Bergamini, 2013. p. 166).

Diferentemente de São Paulo, em que os imigrantes italianos tiveram a função de substituir a mão de obra escrava pela assalariada, no Espírito Santo, a eles eram concedidas duas oportunidades: ou cumpririam esse papel nos grandes latifúndios de Cachoeiro e Itapemirim ou receberiam sua gleba de terra, tornando-se proprietários de pedaço de chão, haja vista que a quantidade de terras devolutas era muito grande. Enquanto em São Paulo a função do imigrante era apenas a substituição da mão de obra, no Espírito Santo também existia a função da ocupação do território. (PER-

RONI e MOREIRA, 2007. p. 59). “(...) Essas boas condições abreviaram a sua permanência na grande propriedade. Conseguiu amealhar recursos e comprar sua terra...” (CAMPOS, 2013, p. 67).

Graça Aranha, em seu romance realista, *Canaã*, utilizou esse contexto para o enredo do romance entre Milkau e Maria. Nessa obra literária, existe uma passagem que descreve muito bem o sentimento do grande latifundiário capixaba. O autor narrou com clareza as condições em que se encontravam os coronéis capixabas após o fim da escravidão:

“Milkau cumprimentou, tirando cortesmente o chapéu; o homem lá no alto correspondeu, erguendo indolente o sombreiro de palha. O dono da fazenda, de pés nus, calça de zuarte, camisa de chita sem goma, parecia, com a barba branca, muito velho, atestando na alvura da tez a pureza da geração. A fisionomia era triste, como se ele tivesse consciência de que sobre si recaía o peso do descalabro da raça e da família; o olhar turvo, apagado para os aspectos da vida como o de um idiota; o esgotamento das suas faculdades, das emoções e sensações era completo e o reduzia a uma atitude miseranda de autômato. Mas, ainda assim, ele representava a figura humana, a mesma vida superior envolta na queda das coisas, arrastada na ruína geral. E não há quadro mais doloroso do que este em que a ação do tempo, a força da destruição não se limita somente às tradições e aos inanimados, mas envolvendo delas o eixo central da morte e aumentando a sensação desoladora de uma melancolia infinita. (...) Milkau notou, além disso, no grande desleixo da casa abandonada, restos de maquinismos espelhados pelo chão, tubos, caldeiras, rodas dentadas, atestando ter havido ali uma instalação melhor, que o homem, caindo de prostração, perdendo todo o polido de uma civilização artificial, abandonara agora em sua decadência...”. (ARANHA, 1982, p. 31)

Fica claro que a forma de ocupação do Espírito Santo foi diferente da dos demais estados do Brasil. Aqui não se enquadram obras como “Casa Grande e Senzala” ou “Coronelismo, Enxada e Voto”, este cuja autoria é de Victor Nunes Leal. O autor citado ressalta exatamente isso:

“A decadência das fazendas, mormente em consequência das crises econômicas e da agricultura depredadora que praticamos, é também um fator que não se limita a São Paulo, mas está generalizada pelo menos a toda a região do Café: no seu deslocamento constante, a lavoura cafeeira irá deixando para trás terras cansadas e já impréstáveis para grandes lavouras, estas terras depreciadas serão muitas vezes aproveitadas pelas categorias mais modestas da população rural que nelas se instalam com pequenas propriedades. O fato pode ser facilmente observado no Espírito Santo, Estado do Rio e das Minas Gerais, em particular no Vale do Paraíba...” (LEAL, 1973, p. 26).

Como vimos, não foi apenas o empobrecimento das terras em decorrência da lavoura cafeeira que promoveu a ruína dos grandes latifúndios no estado do Espírito Santo. Questões políticas e sociais promovidas ao longo do Império e da República fizeram com que surgissem pequenas propriedades rurais espalhadas por todo o território. Diante do fim da escravidão e da dificuldade de competir com melhores oportunidades apresentadas aos imigrantes, o grande latifundiário vendeu ou arrendou suas terras para os estrangeiros (CAMPOS, 2013, p. 166 a 168). Em trecho de sua obra, Graça Aranha retrata essa desilusão do povo capixaba com as políticas implementadas pelo governo central brasileiro:

“- Ah, tudo isso, meu sinhô moço, se acabou... Cadê fazenda? De-funto meu sinhô morreu, filho dele foi vivendo até que o Governo tirou os escravos. Tudo debandou. Patrão se mudou com a família para Vitória, onde tem seu emprego; meus parceiros furaram esse mato grande e cada um levantou casa aqui e acolá, onde bem quiseram. Eu, com minha gente, vim para cá, para essas terras de seu coronel. Tempo hoje anda triste. Governo acabou com as fazendas, e nos pôs todos no olho do mundo, a caçar de comer, a comprar de vestir, a trabalhar como boi para viver. Ah! Tempo bom da fazenda! A gente trabalhava junto, quem apanhava café apanhava, quem debulhava milho debulhava, tudo de parceria, bandão de gente, mulatas, cafuzas...” (ARANHA, 1982, p.34).

Logo, o Espírito Santo não é marcado por grandes latifúndios, coronéis, jagunços, apadrinhamentos como ocorreu no nordeste brasileiro.

Muito pelo contrário, aqui encontraremos várias colônias, que são pequenas propriedades rurais fortemente marcadas pela agricultura familiar de produção. Na verdade, a solidariedade que irá se formar entre os europeus, que chegaram para desbravar a mata atlântica e se proteger da ameaça indígena, vai girar ao redor da necessidade de sobrevivência diante do ambiente inóspito que aqui existia. Estas eram as condições que os imigrantes encontravam quando chegavam à terra prometida:

“As populações que imigravam para o Espírito Santo enfrentavam uma série de obstáculos: péssimas condições de viagem, a opressão dos latifundiários, a falta de escrúpulos dos agenciadores de mão de obra, o suborno dos funcionários do governo etc. Além desses infortúnios, deparavam-se com a dureza das condições materiais: as terras não eram férteis, o governo e os agentes de imigração não cumpriam as promessas ou os compromissos firmados, como o pagamento pela construção de estradas, a derrubadas de árvores e edificação de casas, e o adiantamento dos instrumentos para a lavoura ...” (COLBARI, 1998, p. 135)

Desbravar a mata atlântica em um terreno extremamente acidentado e cortado pela Serra do Mar evidenciava condições de trabalho muito difíceis. O trabalho se iniciava na madrugada e se estendia até a aurora. Muitas vezes, para sustentar a família, era necessário trabalhar em sua gleba de terra e na de outros colonos. Plantava-se café, milho e feijão. A questão burocrática que aqui pretendemos discutir é como se dava a demarcação dessas terras? Diante das dificuldades aqui descritas para realizar a ocupação, elas se estendiam para a demarcação e registro das áreas utilizadas pelos imigrantes? Graça Aranha descreveu isso em sua obra? Por fim, compreenderemos se essas dificuldades geram consequências na atualidade.

2. A DEVASTAÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E A DEMARCAÇÃO DA SERRA DO MAR

Ao longo de todo o trecho anterior, demonstramos que ocorreu uma ocupação tardia do solo capixaba, principalmente quando partimos do re-

ferencial dos outros estados do Sudeste, como Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais. Portanto, no início do século XX, o território capixaba era composto por uma densa Mata Atlântica, que cobria toda a extensão de um relevo acidentado, onde predominavam as montanhas da Serra do Mar.

Com a chegada dos imigrantes italianos, deu-se a ocupação desse último estado no Sudeste. Nele, era preciso ocupar, registrar e demarcar as terras existentes. Todavia, várias dificuldades eram encontradas, como a densidade da Mata Atlântica, o contato com os índios, o relevo acidentado, a falta de instrumentos para iniciar a lavoura e o desconhecimento sobre a utilização dos instrumentos que auxiliavam a demarcação.

Como mencionamos anteriormente, Graça Aranha era juiz de direito na Comarca de Santa Leopoldina, cidade portuária por onde os imigrantes desembarcavam para ocupar as terras no interior do Estado. Sua obra *Canã* é classificada como realista, pois retrata com detalhes questões sociais e culturais do período no qual o enredo da história se desenvolveu. Logo, Graça Aranha se utilizará de seus conhecimentos como juiz de direito daquela comarca para embasar o plano de fundo do romance entre Maria e Milkau. Nesse contexto social, podemos perceber questões relativas à ocupação do território capixaba, que produzem seus efeitos até os dias atuais. Em um dos trechos da obra, a personagem de Milkau descreve o seu sentimento sobre derrubar a mata para estabelecer em seu lugar o cafezal:

(...) Compreendo bem que é ainda a nossa contingência essa necessidade de ferir a Terra, de arrancar do seu seio pela força e pela violência a nossa alimentação; mas virá o dia em que o homem, adaptando-se ao meio cósmico por uma extraordinária longevidade da espécie, receberá a força orgânica da sua própria e pacífica harmonia com o ambiente, como sucede com os vegetais; e então dispensará para substituir o sacrifício dos animais e das plantas. Por ora nos conformaremos com este momento de transição... Sinto dolorosamente que, atacando a Terra, ofendo a fonte da nossa própria vida, e firo menos o que há de material nela do que o seu prestígio e imortal na alma humana ... (ARANHA, 1982, p. 92)

Nos diálogos e nos trechos de sua obra, Graça Aranha descreve com destreza não apenas a forma de ocupação através da derrubada da Mata Atlântica, mas também os equipamentos utilizados e a forma como eram utilizados:

Os trabalhadores começaram a desatrelar os instrumentos e os seus apetrechos acessórios. O agrimensor acompanhava-os com uma compenetração religiosa, e foi com certa sofreguidão que viu abrir-se uma caixa e dela se retirar um instrumento, que recebeu em suas mãos com febril ansiedade. Pediu a tripeça, que um homem lhe apresentou rápido, e sobre aquela passou o agrimensor a atarraxar o instrumento. Havia uma calma grave em todos, e o moço cearense entregava-se à sua tarefa com extrema atenção. Depois de algum tempo, tomou posição com o seu aparelho e ordenou a três trabalhadores que seguissem pela frente da estrada com balizas pintadas em zonas brancas e encarnadas. E virando-se para Milkau e Lentz, disse com solenidade:

- Não sei se os senhores conhecem. Isto é o teodolito. Estupenda invenção! Hoje fazemos medições enquanto o diabo esfrega um olho, porque, como sabem, é a combinação do nível e da altura: Tomase um ângulo horizontal e um ângulo vertical ao mesmo tempo ... Grande invento! Sem ele não sei como me arranjaría! (ARANHA, 1982, p. 94)

O teodolito é um instrumento utilizado pelos agrimensores para medir ângulos horizontais e verticais. “Indiretamente, pode-se medir distâncias que, relacionadas com os ângulos verticais, possibilitam obter tanto a distância horizontal entre dois pontos quanto a diferença de nível entre os mesmos”⁷. Apesar da existência do equipamento, poucos sabiam utilizar com maestria. Isso o autor nos narra neste trecho de sua obra literária realista:

Os novos colonos conheceram pasmos um novo Felicíssimo, e não sorriram. O agrimensor calou-se ainda mais solene e entregou-se todo ao instrumento; mirava na objetiva, abaixava-se, erguia-se todo ao instrumento; mirava na objetiva, abaixava-se, erguia-se para espiar

7 Ferraz, Antônio Santana; D’Antonio, Luiz Carlos. <https://www.ufpe.br/documents/801160/801815/verif.pdf/225da961-e369-4034-8902-e2295ddfdb9> Acesso em 08 de agosto de 2019.

por cima, voltava a retificar as lentes, torcendo-as, ora demais, ora de menos, sempre com insucesso. Já o tomava a angústia de não acertar, ora teimava em seus movimentos, ora abandonava o aparelho e ia mirá-lo de longe. Voltava ao instrumento, tornava a ajeitá-lo, espiava outra vez e sempre o mesmo resultado negativo. Em roda faziam um tímido silêncio os trabalhadores, que conheciam esse movimento do teodolito. E só neles Felicíssimo se transformava, a ponto de insultar e espancar os seus homens. Cada um o temia e instintivamente se ia afastando do aparelho perturbador, com medo de algum desabafo. E a aflição do agrimensor naquele dia redobrava à vista de Milkau e Lentz, para quem ele preparava cena da sabedoria. O sol esquentava; no chão os pés queimavam; um suor frio e extenuante alagava o agrimensor. O tempo ia correndo, sem resolver-se a medição, e para Felicíssimo, atado em sua angústia, parecia interminável.

- Ah! - disse aos hóspedes - Ele tem hoje o diabo no corpo: Não consigo ver nada. Com certeza foi quebrado por um desses miseráveis. (ARANHA; 1981, p. 94-95).

A personagem Felicíssimo desempenhava a função similar à do agrimensor. Cabia a ele a medição e demarcação das terras, mas, na obra, Graça Aranha ressalta o despreparo técnico do cidadão ao utilizar o equipamento anteriormente descrito. Na passagem acima, o autor de Canaã faz referência a essa circunstância envolvendo a personagem que não conseguia fazer a medição pelo aparelho teodolito porque não sabia usar. Após um comentário de seus companheiros, o agrimensor Felicíssimo chegou à seguinte constatação:

- É melhor deixarmos isto para amanhã. Hoje está muito quente ... Almoçamos bem, tínhamos andado antes, o senhor está fadigado. Deixe para amanhã com a fresca. E, depois, quem sabe? O teodolito pode estar quebrado, e em casa mais à vontade o desarma para ver.

- Sim, é melhor. Com certeza há alguma coisa ali dentro ... Mas, para não perdermos tempo, se fizermos a medição com a fita? ... É um sistema atrasado e de que não gosto, mas, enfim se o aparelho está quebrado, não há remédio... (ARANHA, 1982, p. 95).

Graça Aranha nos passa a informação ao longo de sua obra literária de que o agrimensor não tinha conhecimento para utilizar esse equipamento e que muitas medições eram realizadas sem a sua utilização. Após a apresentação desse diálogo, ele ainda esclarece:

Os trabalhadores miravam-se todos com ar de inteligente. Cumprira-se a velha e costumada comédia do teodolito. Eles sabiam bem que o agrimensor, em mais de duzentas medições, não conseguia trabalhar com o maldito instrumento, que sobre ele exercia uma influência satânica, lhe alterava o caráter, o punha fora de si e era causa desse terror, cujos prenúncios lhe sombreavam o espírito desde o fim do almoço. À medida que o teodolito ia desaparecendo na caixa, a alma de Felicíssimo ia-se libertando da angústia, e o seu jovial humor o retomava fracamente, apagando os traços da agonia científica. (ARANHA, 1982, p. 95).

Diante de tudo o que foi aqui apresentado dessa obra realista, escrita no início do século XX, qual a relação existente entre o conteúdo aqui apresentado e a aquisição do direito de Posse e Propriedade existente no interior do estado do Espírito Santo? É a questão que responderemos no próximo ponto.

3. OS REFLEXOS DA MEDIÇÃO REALIZADA POR FELICÍSSIMO NOS DIAS ATUAIS

Através de dados coletados por meio de entrevistas realizadas durante a feitura da pesquisa empírica que deu origem à tese de doutorado em Direito intitulada a “Via *Crucis* do Cidadão Capixaba: Herança e Propriedade” (BERNARDINA, 2019), algumas informações sobre problemas registraes em relação à medição e demarcação das terras no final do século XIX e início do século XX foram identificadas e geram efeitos burocráticos maléficis até os dias atuais. Uma delas foi a medição da terra por correntes e cordas. Analise a fala de uma das entrevistadas sobre o problema por ela narrado:

“O negócio é o seguinte: na escritura não tem terra suficiente, porque faltam trezentos metros para cada terreno ter sua escritura. Só que quando o agrimensor mediu, deu uma diferença. A gente

acredita que é por causa da medição. (...) Antigamente, a medição era feita de corrente, eles pulavam os buracos, as valas, os lugares que eram mais íngremes, eles não mediam, passavam. Hoje em dia, é medido por satélite, é uma medida exata, tem muito mais tecnologia, então foi feita com mais precisão. Então deu uma diferença, uma diferença grande”.⁸

Como identificamos no ponto anterior, essa questão foi observada pelo juiz de direito Graça Aranha, que a transmitiu para o contexto factual, ao qual inseriu o romance por ele criado, entre Milkau e Maria. Essa dificuldade em demarcar e registrar as glebas de terra são evidenciadas no interior da história e, como vimos, repercutem na administração dos conflitos fundiários até os dias atuais. É possível identificar os conceitos de posse e propriedade, apesar de não estarem diretamente presentes no livro. Vejam o que o autor acima em destaque relata:

“- É só para combinar tudo e quando chegar lá não haver demora. O negócio é fácil, o senhor requer um prazo, e o juiz comissário, que está agora para os lados do Guandu, despacha, mas não precisamos dele para fazer a medição. **Na sua ausência estou autorizado a tudo, até mesmo a entregar os lotes aos colonos que os vão trabalhando ... Entre nós as coisas não são feitas com luxo ... Não temos formalidades... Tudo se arranja e legaliza depois.** O que é preciso é pagar logo as custas ...” (GRAÇA, 1984, p. 40).

Não é muito difícil compreender esse trecho da obra literária. Ora “(...) a entregar os lotes aos colonos que os vão trabalhando...” (GRAÇA, 1984, p. 40) é o exercício da posse pelos imigrantes; já o outro trecho do livro “(...) Entre nós as coisas não são feitas com luxo... Não temos formalidade...” (GRAÇA, 1984, p. 40) evidencia a falta do registro das terras. A obra literária em destaque reflete a realidade social do seu tempo e ratifica as informações apresentadas tanto pelos atores sociais entrevistados quanto pelos dados coletados nas pesquisas históricas apresentadas. Nesse estado, a pedra de toque foi a ocupação, e não o registro. Aqui a primeira preocupação era

⁸ Entrevista realizada em 30 de agosto de 2018, na casa da cidadã.

ocupar, povoar, cultivar, para depois registrar, dado o fato de grande parte do território ser caracterizado como terra devoluta no início do século XX. Uma das entrevistadas mencionou, quando perguntei sobre a quantidade de terrenos com propriedade no local: “Não. Infelizmente eu não sei te dizer a porcentagem, mas a grande maioria dos imóveis em Cariacica; isso não é só neste município, é geral, não são registrados!”⁹

Agora, faz-se necessário relatar os problemas enfrentados pela entrevistada, pois a prejudicou o fato de as medições das terras terem sido feitas por cordas e correntes e não estarem descritas, como efetivamente ocorre na realidade no interior da escritura.

Trata-se de um conflito agrário que envolve vários processos. Na verdade, ele se iniciou com a morte dos antigos proprietários da gleba de terra, o que resultou no inventário. Foi apurado que havia uma diferença no que estava descrito na escritura e o que efetivamente existia na prática. Essa diferença não foi retificada no interior dos autos do inventário, pois, como menciona o artigo 669, inciso III, do CPC não é permitida dilação probatória no inventário. Diante disso, o imóvel localizado na zona rural permaneceu em condomínio. Um novo processo precisou ser ajuizado – a ação de demarcação de terras –, na mesma medida em que um procedimento extrajudicial de retificação de dados registrais precisou ser concretizado. Todavia, cabe salientar que essa diferença na metragem se deu em virtude do surgimento de novas tecnologias, que proporcionaram uma medição da área de forma mais precisa. Ou seja, diante da dificuldade do registro da terra lá nos primórdios do final do século XIX e início do século XX, perpetuou-se um problema relacionado à burocratização estatal, que, de certa forma, dificultou a administração desse conflito agrário. Haja vista que, além do inventário, mais uma ação judicial e outra extrajudicial precisaram ser utilizadas para partilhar a propriedade rural entre os herdeiros. O processo judicial consiste na Ação de Demarcação de Terras, enquanto o extrajudicial está relacionado à retificação dos dados registrais no Cartório de Registro Geral de Imóveis.

⁹ Entrevista realizada no Cartório de Registro Geral de Imóveis em 23/10/2018.

Cabe salientar que existem algumas limitações ao acesso ao direito de propriedade, e uma delas é a exigência de estabelecer uma metragem mínima para registro da gleba de terra. Na localidade em que a cidadã que deu o depoimento acima reside, a metragem mínima para registro é de vinte mil metros quadrados. Ela possui um pouco mais de vinte e cinco mil metros quadrados. Todavia, como foi medido errado, ela precisa passar pelo processo de retificação para dar continuidade ao processo de demarcação e, assim, conseguir a escritura de forma exclusiva de sua gleba de terra. Portanto, hoje ela detém a posse exclusiva sobre seu terreno, mas a propriedade está em condomínio.

4. EFEITOS: POSSE E PROPRIEDADE

É importante compreender a diferença entre esses conceitos. Qual é a diferença entre posse e propriedade? Quais são os seus efeitos? Quais são as limitações existentes na Compose e na Propriedade Condominial? Esses são assuntos de que trataremos aqui.

Para explicar o conceito da posse, exporemos duas teorias utilizadas em sua definição e destacaremos a adotada no Código Civil de 2002. Iniciaremos identificando a Teoria Subjetiva de Savigny, que assim é elucidada por Maria Helena Diniz:

“Logo, para esta concepção, dois são os elementos constitutivos da posse: *o corpus e o animus rem sibi habendi*. O *corpus* é o elemento material que se traduz no poder físico sobre a coisa ou na mera possibilidade de exercer esse contato, ou melhor, na detenção do bem ou no fato de tê-lo à sua disposição. O *animus domini* consiste na intenção de exercer sobre a coisa o direito de propriedade. De maneira que se houver apenas o *animus*, a posse será tida como um fenômeno de natureza psíquica que não interessará ao direito e, se houver tão somente o *corpus*, ter-se-á mera detenção, ou seja, “Posse Natural”, e não jurídica.” (DINIZ, 2007, p. 34)

Na verdade, nessa teoria, para a posse ser caracterizada, é preciso que estejam presentes dois elementos fundamentais: um é o corpo, o objeto que o

direito chama de *corpus*; sobre ele recairá a vontade de deter os objetos para si, isso será denominado de *animus domini*. A autora acima em destaque ressalta quais os requisitos que deverão estar presentes para essa teoria ser adotada:

- “(...) a) a posse só se configura pela união de *corpus e animus*;
- b) a posse é o poder imediato de dispor fisicamente do bem, como o *animus rem sibi habendi*, defendendo-a contra as agressões de terceiros;
- c) a mera detenção não possibilita invocar os interditos possessórios devido à ausência do *animus domini*” (DINIZ, 2007, p. 34)

Outra teoria que explica o nascimento da posse é a objetiva, defendida por Ihering. Nosso direito positivo adotou essa teoria. P para esse teórico, “o que importa é o uso econômico ou a destinação socioeconômica do bem, pois qualquer pessoa é capaz de reconhecer a posse pela forma econômica de sua relação (...)” (DINIZ, 2007, p. 34) A grande diferença entre a teoria subjetiva e objetiva é a vontade do ser humano em ser dono. A teoria objetiva acredita que esse desejo está implícito na forma como o cidadão se relaciona com o objeto. Diante disso, a autora acima destaca os requisitos dessa tese:

“Assim sendo, na definição de Ihering, a posse é a exteriorização ou visibilidade da propriedade, ou seja, a relação exterior intencional existente normalmente entre o proprietário e sua coisa.

Para essa escola:

- a) a posse é condição de fato da utilização econômica da propriedade;
- b) o direito de possuir faz parte do conteúdo do direito de propriedade;
- c) a posse é meio de proteção do domínio; e
- d) a posse é uma rota que conduz à propriedade, reconhecendo, assim como veremos, logo mais a posse como um direito” (DINIZ, 2007, p. 34).

Ihering, em sua obra a “Teoria Simplificada da Posse”, ressalta o mesmo que foi identificado pela defensora pública quando cita que o pobre não

sabe a diferença entre posse e propriedade. O autor esclarece “Na linguagem comum, empregam-se com grande frequência essas expressões como equivalentes.” (IHERING, 2004, p. 07). Todavia, o que mais me chamou a atenção nessa obra escrita no início do século XIX foi a seguinte observação: “A posse como tal não tem nenhum valor econômico e não o adquire senão porque torna possível a utilização econômica (de fato ou de direito) da coisa, ainda quando se tratasse somente de mera contemplação de um quadro ...” (IHERING, 2004, p. 07). Para esse autor, a posse, por si só, apesar de ser caracterizada como um direito, não tem valor econômico. O que terá valor financeiro é como o sujeito se relaciona com ela.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro ter adotado a teoria objetiva de Ihering, o Código Civil menciona: “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.”¹⁰ Todavia essa informação não consta na obra clássica acima mencionada. Portanto, os civilistas brasileiros acreditam que a posse é um direito que faz parte da propriedade.

Apesar de o Código de Civil não definir o conceito de propriedade, ele identificará quem são os proprietários (Art. 1.228). O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”¹¹ Sobre a aquisição dos direitos reais, nosso ordenamento jurídico ainda esclarece: “Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos.”¹²

Poucas pessoas sabem a efetiva diferença entre o conceito de posse e propriedade. Na verdade, esses conceitos se tornam muito abstratos

10 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 01 de nov. de 2018.

11 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 de Nov. 2018.

12 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 de Nov. 2018.

diante de uma prática cotidiana presente no interior da nossa realidade jurídica. Sobre esses conceitos e abstrações, Marcus Eduardo de Carvalho Dantas ressalta:

“É essa abstração que permite pensar a propriedade como uma noção que não tem relação com a forma pela qual ela se materializa através do exercício das faculdades inerentes ao domínio, tornando-se um conceito meramente ‘operacional’, segundo o qual a referência aos fatos passa a ser uma ilusão conservadoramente instrumentalizada pela dogmática. Ao ganhar essa ‘independência perante a realidade’, o conceito deixou de ter um conteúdo exclusivo, pois mesmo o possuidor pode ter, ‘de fato, o exercício’, inclusive ‘pleno’, dos poderes inerentes ao proprietário, fazendo com que, muitas vezes, a diferença entre o possuidor e o proprietário seja visível apenas pela inscrição no registro.” (DANTAS, 2015, p. 28)

Com isso, apesar de não haver uma hierarquia jurídica entre os institutos, existe uma hierarquia valorativa, na qual acredita-se que a propriedade é mais segura do que a posse, dado que aquela deve ser registrada no cartório de registro geral de imóveis e se enquadra em um seletivo grupo, que é denominado de Direitos Reais. Percebamos o que descrevem Cláudia Franco Corrêa e Irineu Carvalho de Oliveira Soares sobre o assunto:

“O princípio *numerus clausus*, também conhecido como princípio da taxatividade, determina que os direitos reais sejam apenas aqueles que estão exclusivamente elencados no artigo 1.225 do Código Civil de 2002. São eles: a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca, a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.” (CORREA, IRINEU, 2013, p. 450 – 468).

Percebamos que a posse, conceito que explicamos anteriormente, não faz parte desse grupo de direitos. Estes, por sua vez, possuem características próprias que aqui precisam ser ressaltadas:

a) “oponibilidade *erga omnes*;

- b) seu titular possui direito de sequela e de preferência;
- c) adere imediatamente ao bem corpóreo ou incorpóreo, sujeitando-o, de modo direto, ao titular;
- d) obedece ao *numerus clausus*, pois é estabelecido pelo Código Civil e leis posteriores, não podendo ser criado por livre pactuação;
- e) é passível de abandono;
- f) é suscetível de posse;
- g) a usucapião é um dos meios aquisitivos” (DINIZ, 2007, p. 20)

Dentre as características dos direitos reais, está presente o exercício da posse, mas esta não é considerada como um dos bens que fazem parte do círculo fechado de direitos, que, supostamente, possui uma garantia de conservação maior ao seu redor. Supostamente, pois, em artigo publicado no Rio Grande do Sul, o falecido ministro do Supremo Tribunal Federal declara que em alguns casos ela é até mais protegida do que a propriedade:

“Assim também pode ocorrer, eventualmente, entre direito de propriedade e função social da propriedade. Não obstante sua inegável relação de complementaridade e, quando vistos no plano normativo, da natural aptidão para sua convivência harmônica, pode ocorrer que, em determinadas situações concretas, não seja possível o pleno atendimento de um deles sem comprometer, ainda que em parte, o outro, ou vice-versa. É o que ocorre, por exemplo, quando, em relação a determinado bem, o detentor da titulação jurídica é omissos no desempenho da função social, a qual, todavia, vem sendo exercida por longo tempo e em sua plenitude por outrem, possuidor não proprietário. Em casos tais, atender pura e simplesmente a eventual reivindicação do bem pelo proprietário representará, certamente, garantir seu direito de propriedade, mas significará também, sem sombra de dúvida, comprometer a força normativa do princípio da função social. Já a solução contrária aos interesses do reivindicante operará em sentido inverso: atenderá a função social, mas limitará a força normativa do princípio norteador do direito de propriedade.” (ZAVASCKI, 2007, p. 07- 28)

Ou seja, quando desrespeitado o princípio da função social da propriedade, poderá ocorrer uma maior proteção daquele que detém a posse do bem. Portanto, essa crença valorativa que consiste em acreditar que a propriedade é mais segura que a posse não é concreta, mas produz seus efeitos de exclusão. A cidadã que fez o relato no capítulo anterior, menciona os prejuízos causados em virtude de não ter o seu pleno exercício do direito de propriedade de modo exclusivo:

“Eu tive sim, eu tive passagem para energia elétrica. E um dos irmãos não quis assinar a passagem, alegando que havia outros herdeiros que estavam em débito. Eram três pessoas que tinham que devolver o dinheiro na cidade. Só um devolveu até agora, os outros dois não devolveram o dinheiro. Então ele alegava que se assumisse, esse dinheiro não ia aparecer. Que desde o momento em que ele assinasse permitindo que cada um assumisse o seu pedaço, que ele não ia receber o seu dinheiro, que esses herdeiros aqui na rua tinham que devolver (...) Senti. Eu tive prejuízo, porque se eu tivesse o título, eu teria direito a energia gratuita, a energia rural. Aí eu podia pegar a escritura para pedir essa energia, só com a escritura na mão, eu poderia fazer esse pedido. (...) Foi de sete mil e quinhentos reais, aproximadamente. (...) Porque eu tive que pagar para empresa de luz. (...) Comprar o material para fazer o poste e colocar os fios. Eu tinha esse direito; se eu tivesse a escritura do terreno, seria tudo gratuito. Porque eu não tinha escritura, porque meu pai já tinha um ponto lá, que estava em nome do meu pai. O terreno é um condomínio fechado. Então eles alegaram que tinha um ponto de energia lá que era do meu pai. Ou eu puxava a energia do meu pai e colocava no meu terreno. Ou tinha que pagar o poste separado. Uma força separada. Mas eu, estudando a situação, achei que ia ficar muito mais caro, puxando a energia do meu pai. Era muito mais longe. Em vez de sete ia ficar muito mais, ia ficar uns dez mil reais. Só para puxar a energia do meu pai. Eu ia fazer um outro padrão, porque o padrão é velho, porque o poste é de madeira ainda. Pra mim, pedir energia para o meu pai, eu ia ter que pedir força. Eu tive que pegar a assinatura dos irmãos, tinha que fazer o processo de todo mundo junto. Eu tive que fazer um novo padrão. Eu não sabia se todos iam concordar em fazer esse novo padrão. Eu ia ter que colocar um poste de cimento, no lugar do

de madeira, porque ele está todo cheio de cupim. Eu não quis mexer em troço velho, preferi pagar.”¹³

Atenção, a problemática identificada por Graça Aranha no início do século XX, sobre a dificuldade de medição e demarcação das terras, produz seus efeitos maléficis até os dias atuais. Haja vista o prejuízo descrito pela cidadã. No ponto anterior, foi mencionado que o imóvel que ela ocupa, em que uma casa foi edificada, não foi medido de maneira precisa. Portanto, registrado abaixo da metragem que efetivamente existia, o que ocasionou dificuldades burocráticas para realizar a partilha entre os coproprietários.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi aqui apresentado, constatamos que a obra realista escrita por Graça Aranha no início do século passado, denominada de Canaã, identifica questões culturais de ocupação do espaço territorial capixaba. Apesar de não estarem bem definidos conceitos de posse, propriedade, demarcação e registro, estes estão presentes no interior da obra. A dificuldade na demarcação e no registro das terras ficou evidente nos trechos aqui em destaque, que repercutem até os dias atuais em relação à aquisição da propriedade dos bens imóveis. Tal fato acarreta vários prejuízos aos cidadãos, que necessitam desembolsar alta quantia em dinheiro para ocupar suas terras, ou simplesmente entrar com vários procedimentos judiciais e extrajudiciais para ter a propriedade de forma exclusiva.

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Graça. **Canaã**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

BERNARDINA, Milena Dalla. *A Via Crucis do Cidadão Capixaba: Herança e Propriedade*. Rio de Janeiro: UVA, 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://>

¹³ Entrevista realizada na casa da cidadã no dia 30 de agosto de 2018.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm .Acesso em 01 de nov. de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação. Legislação Informatizada – Carta Régia de 13 de maio de 1808 - Publicação Original. Carta régia manda fazer guerras aos índios botocudos. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-40169-13-maio-1808-572129-publicacaooriginal-95256-pe.html . Acesso em: 16 de fev. de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação. Legislação Informatizada. Carta Régia de 13 de julho de 1809 – Publicação Original. Carta régia permitindo aos colonos do Rio Doce. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-40083-13-julho-1809-571754-publicacaooriginal-94874-pe.html Acesso em 16: de fev. de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação. Legislação Informatizada. Carta Régia de 17 de janeiro de 1814 – Publicação Original. Carta régia autoriza a concessão de sesmarias e isenta de pagamento dos dízimos as culturas do trigo e linho da Capitania do Espírito Santo. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-39556-17-janeiro-1814-569933-publicacaooriginal-93097-pe.html . Acesso em: 16 de janeiro de 2018.

CAMPOS JÚNIOR, C. T. Imigração italiana e a constituição da pequena propriedade no Espírito Santo. *In: Kamila Brumatti Bergamini. (Org.). Adeus Itália: imigração italiana ao Espírito Santo*. 1ªed. Vitória: Scult-ES, 2013. Pg. 166 a 168.

COLBARI, Antônia de L. Família e trabalho na cultura dos imigrantes italianos, p.129-146, *In: Castiglioni, Aurélia H. (Org.). Imigração Italiana no Espírito Santo: uma aventura colonizadora*. Vitória, UFES, 1998.

CÔRREA, Claudia Franco; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Uma Análise Crítica Ao Princípio *Numerus Clausus* Dos Direitos Reais Sob A Perspectiva Da Função Social Da Posse. **XXII Congresso Nacional do Conpedi**. São Paulo/SP – Uninove. 2013. P. 450-468. Disponível em:

<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec62f93b5e03666f> . Acesso em 12 de nov. 2018.

CUNHA, Maria José dos Santos. Vasco Fernandes Coutinho: Notas Históricas e Genealógicas. Revista Dimensões. Vitória. Vol. 31, 2013, p.105-106. Disponível em <http://www.periodicos.ufes.br/dimensoes/article/view/7572> . Acesso em 30 de jul. 2019.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. **Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: Uma proposta de releitura do princípio constitucional**. N° 52. Brasília: Informação Legislativa, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001. Pg. 219.

Ferraz, Antônio Santana; D'Antonio, Luiz Carlos. <https://www.ufpe.br/documents/801160/801815/verif.pdf/225da961-e369-4034-8902-e-2295ddfddb9> Acesso em 08 de agosto de 2019.

IHERING, Rudolf Von, **1818 -1892. Teoria Simplificada da Posse**. Bragança, Fernando Trad. Belo Horizonte: Lider, 2004.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 1975. Pg. 26.

MARINATO, Franciele Aparecida. **Nação e civilização no Brasil: os índios Botocudos e o discurso de pacificação do Primeiro Reinado**. . **Rev. Dimensões, vol. 21, p.41-62, 2008**. Disponível em: <http://www.publicacoes.ufes.br/dimensoes/article/viewFile/2482/1978> Acesso em: 16 de fev. de 2018.

MOREIRA, Vânia Maria Losada. Terras Indígenas do Espírito Santo sob o Regime Territorial de 1850. **Rev. Bras. Hist. vol.22 , no.43 São Paulo. 2002**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882002000100009. Acesso em: 16 de fev. de 2018.

PERRONI, Adriano; MOREIRA, Thais Helena. **História e Geografia do Espírito Santo**. 8ª ed. Vitória: Gráfica Sodré, 2007. Pg. 59.

SPINDOLA, Half Salmen. A Navegação do Rio Doce 1800- 1850. **Rev. Navigator**, v.3, n.5, p.50-72, 2007. Disponível em: http://revistanavigator.com.br/navig5/art/N5_art4.pdf. Acesso em: 16 de fev. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Novo Código Civil. **Rev. Direito e Democracia**. vol. 5, n.1 1º sem. 2004. P. 07-28. Disponível em: <http://www.ulbra.br/upload/a954f8bb8c9c808c78fef52a20cb3d21.pdf> Acesso em: 26 de out. de 2018.