



## Arel Faar

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE  
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)  
PERIÓDICO INDEXADO NOS DIRETÓRIOS DOS SISTEMAS  
DIADORIM, LATINDEX, LIVRE, ENTRE OUTROS

Vol. 4, número 2, Direito Público Contemporâneo  
Mai. 2016  
ISSN 2317-8442

Arel Faar, Rondônia, v. 4, número 2, p. 1-132, mai. 2016.

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE  
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

**DIRETORIA INSTITUCIONAL**

**Diretor Presidente**

Ivanilde José Rosique

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia - Brasil

**Coordenadora Pedagógica**

Marli Oliveira Silvestre

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia - Brasil

**Coordenadora Acadêmica**

Elenice Cristina da Rocha Feza

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia - Brasil

**Biblioteca Acadêmica**

Valéria Botelho

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Ariquemes - Rondônia - Brasil

## **CCONSELHO CIENTÍFICO TÉCNICO**

### **Editor Chefe**

**Prof. Dr. David Alves Moreira**

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes*

*Departamento da Coordenação do Curso de Direito*

*Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil*

### **Revisão em Língua Portuguesa e da padronização das normas da ABNT**

**Prof.ª MSc. Jakline Brandhuber Moura**

*Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes*

*Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil*

### **Revisão em Língua Estrangeira**

**Prof. Gary Cohen**

*Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades*

*Associadas de Ariquemes Departamento da Coordenação de Extensão e*

*Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil*

### **Projeto de Capa e Diagramação**

**Jorge Raul de Souza**

*Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades*

*Associadas de Ariquemes Departamento da Coordenação de Extensão e*

*Pesquisa - Ariquemes - Rondônia - Brasil*

## **CONSELHO EDITORIAL**

**Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello**

*Universidade Presidente Antônio Carlos*

*Departamento do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito*

*Juiz de Fora - Minas Gerais (MG) - Brasil (BR)*

**Prof. David Todd Ritchie - PhD**  
Walter F. George School of Law  
School of Law and Philosophy - Department of International Initiatives  
Macon - Georgia - United States (US)

**Prof. Dr. Demócrito Ramos Rinaldo Filho**  
Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes  
Departamento da Coordenação do Curso de Direito  
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil (BR)

**Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**  
Universidade Estácio de Sá  
Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa  
Departamento do Programa de Pós graduação stricto sensu  
em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil (BR)

**Prof. Muruga Ramaswamy - PhD**  
University of Macau  
Faculty of Law - International Law Department: LLM International Law  
Taipa - Macau - China (CN)

**Prof. Pablo Jiménez Serrano**  
Centro Universitário Salesiano de São Paulo  
Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa Programa de Pós graduação Stricto  
Senso em Direito - São Paulo - São Paulo (SP) - Brasil (BR)

**Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho**  
Universidade Federal da Paraíba - Campus I  
Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Departamento de Ciências Jurídicas  
João Pessoa - Paraíba (PB) - Brasil (BR)

**Prof. Muruga Ramaswamy - PhD**  
*University of Macau*  
*Faculty of Law - International Law Department: LLM International Law*  
*Taipa - Macau - China*

**Prof. Pablo Jiménez Serrano**  
*Centro Universitário Salesiano de São Paulo*  
*Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa*  
*Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito*  
*São Paulo - São Paulo - Brasil*

**Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio**  
*Escola de Direito do Rio de Janeiro*  
*Vice-Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa - Departamento do Programa de Pós*  
*graduação stricto sensu em Direito - Rio de Janeiro - Rio de Janeiro - Brasil*

**Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho**  
*Universidade Federal da Paraíba - Campus I*  
*Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Departamento de Ciências Jurídicas*  
*- João Pessoa - Paraíba - Brasil*

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE  
RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

Os direitos de publicação desta Revista Científica são do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR).

A Revista Científica é um dos veículos de divulgação científica do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito.

Os textos publicados na Revista Científica são de inteira responsabilidade de seus autores.

**Endereço para correspondência, convênios e permutas:**

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR)

Endereço: Av. Capitão Silvio, n°. 2738, Grandes Áreas  
Ariquemes - Rondônia - Brasil

CEP: 78932-000

Telefone: (69) 3535-5008 - Fax: (69) 3535-5005

*E-mail: revistaarelfhaar@gmail.com*

## **PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)**

Esta publicação periódica é distribuída nos termos da licença Creative Commons Atribuição. Uso não comercial - vedada a criação de obras derivadas 3.0 Brazil (by-nc-nd). O leitor tem o direito de:

Compartilhar – copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença. De acordo com os termos seguintes:

Atribuição – É obrigatório fazer a atribuição do trabalho, da maneira estabelecida pelo autor ou licenciante (mas sem sugerir que este o apoia, ou que subscreve o seu uso do trabalho).

Não Comercial – Você não pode usar o material para fins comerciais.

Sem Derivações – Se você remixar, transformar ou criar a partir do material, você não pode distribuir o material modificado.

Sem restrições adicionais – Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

Qualquer utilização não prevista nesta licença deve ter prévia autorização por escrito da Editora.

**Revista AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*, v. 4,  
número 2 - Rondônia: IESUR, 2014. 132 p.**

**ISSN 2317-8442**

**Direito - Periódicos. Quadrimestral. Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito (NUPES/DIR).**

**CDD 341  
CDU 342 (81)**

# SUMÁRIO

<b>Editorial.....</b>	<b>4</b>
<b>Artigos</b>	
<i>Estudio de la contaminación difusa del agua en los ordenamientos de la Unión Europea.....</i>	<i>6</i>
<i>Estudo da contaminação difusa da água nas leis da União Europeia</i>	
Dra. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza – UA – Espanha; Dr. Andrés Molina Giménez – UA – Espanha	
<b>Dano ambiental: caracterização e efetividade das medidas adequadas e desjudicializadoras de solução de conflitos .....</b>	<b>26</b>
<i>Environmental damage: characterization and effectivity of adequate measures non judicial for conflicts solution</i>	
Dra. Márcia Michele Garcia Duarte – UC – Coimbra –Portugal	
<b>A Milica: Constituição de 1967, anticomunismo e segurança nacional .....</b>	<b>48</b>
<i>The Milica: Constitution 1967, anticomunism and national security</i>	
Dr. Mateus Gamba Torres - UNB - DF - Brasil	
<b>Socioambientalismo e consumo consciente na sociedade do espetáculo .....</b>	<b>63</b>
<i>Socioenvironmentalism and conscious consumption in the spectacle society</i>	
Dr. Antônio Carlos Efing Doutor em Direito – PUC – PR e Esp. Andrew Toshio Hayama – PUC – PR - Brasil	
<b>Estudo de caso de jurimetria.....</b>	<b>78</b>
<i>Jurimetrics'case study</i>	
Ms. Fernando Rangel Alvarez dos Santos – UVA – RJ - Brasil	
<b>Bases teóricas da funcionalização ou instrumentalidade de perspectiva utilitária1 no Século XX- eras moderna e contemporânea.....</b>	<b>98</b>
<i>Theoretical basis of findionalization or intrumentality of the utilitarian perspective in the XX Century – modern and contemporaneous eras</i>	
Ms. Hudson Augusto Dalto – UNESC-COLATINA- ES - Brasil	
<b>Informações sobre a Revista Científica AREL FAAR .....</b>	<b>121</b>

## EDITORIAL

Prezados Leitores,

É com grande satisfação que se apresenta o número 2 do volume 4, no ano de 2016 da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law - publicação online quadrimestral do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Permanece-se com a mesma missão de publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico.

As linhas editoriais são “Sociedade, Empresa e Sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas Dimensões”, aprovadas em dezembro do ano de 2012 e 2013, respectivamente, pelo Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

Este número traz artigos de autores filiados em instituições nacionais e estrangeiras, resultado do trabalho de divulgação da AREL em eventos nacionais e estrangeiros, conforme diretiva de internacionalização do periódico, aprovada em dezembro de 2015, pelo Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP), a qual estamos avançando e buscando ampliar.

Ressalta-se que todos os artigos científicos foram, depois de recebidos, submetidos aos avaliadores pelo método double blind, ou seja, todos os trabalhos foram analisados por 02 (dois) pareceristas “ad hoc”, bem como pelos membros do Conselho Editorial, em colegiado.

As edições são alocadas na plataforma OJS, pelo Conselho Editorial Técnico do IESUR/FAAr, cumprindo a meta de prestigiar autores de diversas regiões do Brasil.

A Revista possui o International Standart Serial Number (ISSN nº 2317-8442) está indexada regionalmente - na Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes -, nacionalmente - no Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER) e no portal Diadorim, ambos do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) - e internacionalmente LATINDEX.

Desde de 2015, as edições da AREL passaram a contar com a indexação DOI. A infraestrutura do sistema DOI é definida pela norma ISSN 26324, denominada Information and documentation: digital object identifier system, e é promovida pela International DOI Foundation (IDF). O endereço DOI é atribuído a um objeto de forma permanente a uma propriedade intelectual, através de um link na rede que remete às suas informações atualizadas, assegurando-lhe credibilidade, com a vantagem de ligar os usuários aos conteúdos dispostos pelos editores, gerenciando a comunicação por meio de uma rede que possibilita,

inclusive, o acompanhamento das citações dos artigos.

A AREL FAAr tem seu próprio DOI® (digital object identifier): 10.14690/2317- 8442. Os autores poderão fazer o registro no Currículo Lattes utilizando o DOI® individual de sua produção, informação que consta no rodapé de cada artigo publicado no portal, ressalvando que esse link vincula o artigo ao ano de 2015. Todo o conteúdo da Revista Científica está sob Licença Creative Commons, que reveste de segurança as informações, protege os direitos autorais e facilita o acesso e utilização pelos seus leitores.

Os interessados estão convidados interessados a fazerem parte da relação de autores da Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law. Para isso, basta conferir a CHAMADA PARA PUBLICAÇÃO no fim desta edição e conhecer as DIRETRIZES PARA AUTORES, acessando o ícone SOBRE do portal da Revista Científica Eletrônica, local onde deverá submeter seu artigo. O fluxo de envio de artigos é contínuo, ampliando as possibilidades de submissão e aprovação dos materiais na AREL.

**Prof. Dr. David Alves Moreira**

Editor Chefe

Revista AREL FAAr

# **ESTUDIO DE LA CONTAMINACIÓN DIFUSA DEL AGUA EN LOS ORDENAMIENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA<sup>1</sup>**

## ***ESTUDO DA CONTAMINAÇÃO DIFUSA DA ÁGUA NAS LEIS DA UNIÃO EUROPEIA***

**Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza<sup>2</sup>**

Doutora em Direito Ambiental

*Universidad de Alicante (UA) - Alicante (ES) - ESPAÑA*

**Andrés Molina Giménez**

Doutor em Direito Ambiental

*Universidad de Alicante (UA) - Alicante (ES) - ESPAÑA*

**RESUMEN:** Esta investigación tiene como objeto análisis de la contaminación difusa del agua en los ordenamientos en la Unión Europea. Probablemente es la mayor amenaza actual para la protección de la calidad ambiental de las masas de agua, y probablemente una de las más difíciles de abordar en términos jurídicos. Como objetivos analizar la contaminación difusa del agua de la Unión Europea. Justificado el estudio antes de las características propias y específicas que conforman la regulación de la contaminación difusa, la política agraria Común Europea y acuerdos ambientales. En la metodología fue utilizado el método inductivo en la fase de investigación; en la fase de tratamiento de datos el método cartesiano y en el informe de la pesquisa fue empleada la base inductiva. Fueron también accionadas las técnicas del referente, de la categoría, de los conceptos operacionales, de la investigación bibliográfica y del registro de datos.

---

<sup>1</sup>Este artículo ha contado con financiación del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación de España, actualmente Ministerio de Economía y Competitividad (este artigo conta com o financiamento de projeto de investigação do Ministério de Ciência e Invenção da Espanha, atualmente Ministério de Economia e Competitividade). «Calidad de losacuíferos e impacto de fuentes agrarias», con número de referencia DER2011-27765; em pareceria como Projeto de Pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Análise comparada dos limites e das possibilidades da avaliação ambiental estratégica e suaefetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha”.

<sup>2</sup>Doutora e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante - Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. E-mail: mclaudia@univali.br.

<sup>3</sup>Doutor e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante - Espanha. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante (España).E-mail: andres.molina@ua.es.

**PALABRAS-CLAVE:** Contaminación difusa. Agua. Protección de las aguas subterráneas

**RESUMO<sup>4</sup>:** Esta pesquisa tem como objeto a análise da contaminação difusa da água nas leis da União Europeia. Provavelmente é a maior ameaça atual para a proteção da qualidade ambiental das massas de água e uma das mais difíceis de abordar em termos jurídicos. O objetivo do estudo é analisar a contaminação difusa da água na União Europeia. Justifica-se o estudo ante as características próprias e específicas que conformam a regulação da contaminação difusa, a política agrária comum europeia e acordos ambientais. Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento dos dados, o método cartesiano, e no informe da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da investigação bibliográfica e dos registros dos dados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contaminação difusa. Água. Proteção das águas subterrâneas.

**ABSTRACT:** This investigation has as aim the analysis of the diffuse contamination of water in the laws of the European Union. Probably this is the biggest actual/current threat to the protection of the environmental quality of the water masses and one of the most difficult to approach as to juridic terms. Its objectif is to analyse the diffuse contamination of water in the European Union. It is valuable the study due to the peculiar and specific characteristics that configurate the regulation of the diffuse contamination, the agrarian politics of European community and the environmental agreements. As to the methodology it was used the inductif method in the investigation phase; as to the treatment of the data phase, the cartesian method, and in the information of the research it was employed the inductive basis. Also used the techniques of the reference, the category, the operational concepts, the bibliographic investigation and the data records.

**KEY WORDS:** Diffuse contamination. Water. Protection of subterranean water.

---

<sup>4</sup>Este trabalho foi apresentado em espanhol, tendo uma professora espanhola como coautora. Assim, foi necessário fazer o requerimento aos autores que elaborassem o resumo em português.

## INTRODUCCIÓN

Las fuentes de contaminación difusa de las aguas, tales como la introducción de nutrientes mediante actividades de irrigación agrícola (uso de fertilizantes: nitratos y fosfatos) es la principal causa de contaminación de las aguas en muchos países, incluidos algunos Estados miembros de la Comunidad Europea (Gran Bretaña, Bélgica, Países Bajos, etc). Probablemente es la mayor amenaza actual para la protección de la calidad ambiental de las masas de agua, y probablemente una de las más difíciles de abordar en términos jurídicos.

Como objetivos analizar la contaminación difusa del agua de la Unión Europea. Justificado el estudio antes de las características propias y específicas que conforman la regulación de la contaminación difusa, la política agraria Común Europea y acuerdos ambientales.

Como resultado, las autoridades competentes suelen ser muy tolerantes con los incumplimientos y huyen de aplicar mecanismos de carácter sancionador y restrictivo. Esto es especialmente visible en los niveles regional y local, que son precisamente en los países descentralizados como España los directamente responsables para implementar las políticas.

En la metodología fue utilizado el método inductivo en la fase de investigación; en la fase de tratamiento de datos el método cartesiano y en el informe de la pesquisa fue empleada la base inductiva. Fueron también accionadas las técnicas del referente, de la categoría, de los conceptos operacionales, de la investigación bibliográfica y del registro de datos.

## 1 Regulación de la contaminación difusa en el derecho comunitario

### 1.1 Política Agraria Común Europea y Acuerdos ambientales.

La política agraria común (PAC) es una de las áreas más relevantes en las políticas europeas. Una parte importante del presupuesto comunitario está dirigido precisamente a financiar la agricultura en Europa. La PAC nació a mediados de los años 80 del anterior siglo con la finalidad de proporcionar a los agricultores ayudas directas para garantizar la subsistencia de una agricultura no competitiva en el entorno global<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup>De acuerdo con Cardwell, M. The European model of agriculture, Oxford University Press, 2004, p. 8 et seq, durante el periodo 2000-2006 alrededor de la mitad de todo el presupuesto anual de la Comunidad Europea fue asignado a la agricultura.

Aunque la PAC tradicional ha venido exigiendo a los agricultores el cumplimiento de fines ambientales básicos como condición para obtener financiación, existen nuevas herramientas que permiten promover dichas estrategias de manera más eficiente. Una de ellas son los denominados “acuerdos ambientales”. Básicamente, supone recompensar de manera complementaria a aquellos agricultores que voluntariamente aseguren servicios ambientales adicionales.<sup>6</sup>

La legislación vigente es el Reglamento del Consejo 2078/92/CE de 30 de junio de 1992, sobre métodos de producción agrícola compatibles con la protección del medio ambiente y el mantenimiento del paisaje. En su artículo segundo establece claramente: “*Siempre que ello tenga unos efectos positivos para el medio ambiente y el espacio natural, el régimen podrá incluir ayudas destinadas a los agricultores que se comprometan: a) a reducir sensiblemente la utilización de fertilizantes y/o productos fitosanitarios o a mantener las reducciones ya iniciadas o introducir o mantener métodos de agricultura biológica*”. Esta es una alternativa muy interesante para mejorar los resultados en materia de contaminación derivada de prácticas de irrigación.<sup>7</sup>

Los acuerdos ambientales pueden limitarse a zonas designadas por los Estados como “áreas ambientalmente sensibles”; se trata de espacios con reconocidos valores ecológicos y paisajísticos. El alcance de estos acuerdos es amplio y pueden ser discutidos libremente por las partes. Una vez aprobados, supondrán un ingreso adicional para los agricultores comprometidos en poner en marcha medidas de protección y restauración ambiental. Estos acuerdos pueden incluso suponer compensaciones para aquellos que acepten restricciones en sus prácticas agrarias tradicionales.<sup>8</sup>

Este esquema pretende proteger los paisajes, las zonas rurales tradicionales,

<sup>6</sup>Los acuerdos agro-ambientales tienen su origen en la experiencia realizada en Norfolk Broads (Gran Bretaña). En enero de 1985 se creó el denominado: “BroadsGrazingMarshesConservationScheme”, que pretendía asegurar financiación a los agricultores que aceptaran continuar con sus actividades de ganadería. Muchos de ellos habían ido abandonando esta actividad pasándose a la agricultura intensiva, con el correspondiente daño a las zonas húmedas próximas. El modelo fue muy exitoso y contribuyó además a proteger el paisaje tradicional. El caso hizo que la Comisión Europea aprobara un Reglamento (Reglamento 797/1985, sobre la mejora en la eficiencia de las estructuras agrícolas), cuyo artículo 19 permite a los Estados introducir medidas agro-ambientales. Aunque el Reglamento no establecía normas vinculantes para los Estados, algunos de ellos como Gran Bretaña, Alemania, Países Bajos, o Dinamarca, aprobaron esquemas de financiación de este tipo. Finalmente, el Reglamento del Consejo 2078/1992 convirtió las medidas agro-ambientales en obligatorias para todos los Estados Miembros. Sobre el particular, véase Brian, J. “Agriculture and European Union environmental law”, Journal of Environmental Law, nº 22:3, pp. 111-113.

<sup>7</sup>De acuerdo con, Idem, p. 118, los informes de evaluación muestran que los Estados miembros y las Regiones han utilizado los acuerdos agro-ambientales para alcanzar los objetivos comunitarios en material de aguas.

<sup>8</sup>En lo relativo a la reducción de nutrientes, los acuerdos agro ambientales deben ser compatibles con la Directiva nitratos. Deben portantocumplirlos estándares comunitarios. Véase: VI/7655/98 DGVI Commission working document: “State of application of regulation (EEC) no. 2078/92: evaluation of agri-environment programs”, (1998), p. 118.

viejas prácticas rurales, y cualquier otro objetivo medio ambiental. Supone un importante cambio en los paradigmas de la PAC, que siempre se ha centrado en promocionar el crecimiento de la producción sin prestar demasiada atención a los resultados ambientales. Los Estados están obligados a financiar el 75% del coste de estos acuerdos, mientras que el resto lo financia directamente el presupuesto comunitario.

## **2 La exclusión de las fuentes de contaminación difusa de las autorizaciones de vertido de aguas contaminadas bajo el derecho europeo**

De acuerdo con el Derecho comunitario europeo, las Fuentes difusas de contaminación no se consideran vertidos puntuales, y por tanto quedan excluidos de cualquier tipo de esquema autorizatorio.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCEE) en el caso: “Nederhoff v Dijkgraf en Hoogheemraden van hetHoogheemraadschapRijnland” excluyó la contaminación difusa del concepto “vertido directo”. De acuerdo con dicha interpretación, los vertidos directos son solo aquellos que pueden quedar plenamente identificados y vinculados a una acción humana. Como resultado, solo los vertidos en un punto concreto quedan bajo el ámbito de aplicación de la Directiva 76/464/CE de 4 de mayo de 1976 relativa a la contaminación causada por sustancias peligrosas vertidas al medio acuático de la Comunidad.<sup>9</sup>

El Tribunal justifica su decisión en la dificultad de aplicar a los vertidos difusos esquemas autorizatorios que precisan conocer exactamente la cantidad de efluente contaminante y su carga contaminante.

## **3 La directiva 60/2000/CE Marco del Agua**

### **3.1 Planificación de demarcación**

La Directiva marco es un esquema regulatorio común en material de aguas para Europa. Tanto las decisiones sobre distribución del agua como relativas a la preservación de su calidad son reguladas en la Directiva. Las anteriores Directivas en materia de aguas, que seguían vigentes cuando se aprobó la DMA, fueron confirmadas e incluidas en el marco jurídico de la Directiva en la medida en que fueran compatibles con ella. Otras, sin embargo, quedaron derogadas al no resultar compatibles con los fines de la DMA. Todas las Directivas que se han aprobado

<sup>9</sup>Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, caso: C-232/97 Nederhoff v Dijkgraf en Hoogheemraden van hetHoogheemraadschapRijnland [1999] ECR I-6385.

con posterioridad quedan integradas en el marco del DMA, en la medida en que constituyen instrumentos complementarios.

Una de las estrategias clave de la DMA es generalizar la planificación de las cuencas hidrográficas para alcanzar el “buen estado ecológico” en todas las masas de agua<sup>10</sup>. Por lo tanto, toda acción debería enfocarse en alcanzar dicho objetivo para 2015. La Directiva, no obstante, permite excepciones conforme a las circunstancias existentes y características singulares de cada masa de agua (condiciones del suelo, usos del agua existentes, vertidos actuales, etc)<sup>11</sup>. De no alcanzarse el objetivo previsto la Comisión Europea podría iniciar procedimientos de infracción contra los Estados incumplidores. Por el momento, la Comisión ha preferido centrar sus esfuerzos en acciones positivas<sup>12</sup>.

Cuando la DMA fue aprobada, la mayoría de los Estados europeos no contaban con una planificación de cuenca integral.<sup>13</sup> Aprobar este tipo de planificación no es fácil. Precisa grandes esfuerzos para obtener información y diseñar las políticas necesarias para gestionar los temas del agua tanto en distribución como en preservación de la calidad. Es necesario realizar inventarios, contar con redes de detección de la calidad del agua, realizar estudios hidrogeológicos, identificar los patrones de uso, los usos del suelo, así como multitud de estudios pluridisciplinares. Se requiere por tanto tiempo y un importante esfuerzo económico para realizar los planes. Además, la aprobación de los planes precisa un proceso de participación pública. El plazo para culminar la planificación era el 22 de diciembre de 2009, y varios Estados no cumplieron a tiempo con este cometido (Bélgica, Portugal, España y Grecia).

Los planes están regulados en el artículo 13 de la DMA. Deben describir las características de todas las cuencas fluviales incluidas en la Demarcación. Resu-

<sup>10</sup>El término “buen estado ecológico” es complejo y en buena medida ambiguo; de hecho, su alcance queda en buena medida derivado a una decisión discrecional técnica que los Estados han de abordar en cada masa de agua. Para el agua superficial el criterio determinante es su “estado químico” y el “estado ecológico”, mientras que para el agua subterráneo los criterios de referencia son “estado cuantitativo” y “estado químico”, de acuerdo con los parámetros establecidos en el Anexo V de la DMA. Sobre el particular, véase: Lee, M. “Law and governance of water protection policy”, en Scott, J. (ed.) Environmental Protection: European Law and Governance, 2009, p. 30.

<sup>11</sup>Jans, J.H., and Vedder, H.B. European environmental law, 2012.cit, p. 395, consideran que buena parte de la complejidad de la DMA se debe a sus excepciones, incluidas aquellas que se refieren al plazo del 2015 para alcanzar el buen estado ecológico. Así mismo, aquellas que permiten establecer objetivos menos estrictos atendiendo a consideraciones técnicas o económicas. También se observan excepciones en relación con las masas de agua artificiales o fuertemente modificadas. Todo ello introduce factores de inseguridad e incertidumbre y pone en cuestión la consecución de los objetivos ambientales que se derivan del concepto.

<sup>12</sup>Véase, Louka, E. Water law and policy. Governance without frontiers. Oxford University Press, 2008, p. 75.

<sup>13</sup>Sólo algunos de ellos, tal como España los habían aprobado antes de la DMA. En el caso español los planes de cuenca datan de 1998.

mirán a su vez las presiones e impactos más importantes de la actividad humana, incluyendo la contaminación difusa. Además, cada plan debe identificar las áreas ambientales protegidas como las zonas húmedas y zonas vulnerables a la contaminación por nitratos. Deben incluir además un mapa de las redes de monitorización de la calidad de las aguas.

Controlar la calidad de las masas de agua mediante redes de teledetección es fundamental, ya que proporciona a las autoridades información real para apoyar los procesos de decisión. Los planes deben fijar objetivos de calidad para cada masa de agua superficial o subterráneas. Esto es básico, toda vez que decisiones como la autorización de vertidos se basan no solo en controles de emisión o mejores prácticas ambientales, sino en valores límite que son fijados en relación con la calidad actual de la masa de agua y los objetivos de mejora planteados para la misma.

Por otra parte, cada plan incluye un análisis económico. Alcanzar la sostenibilidad ambiental precisa establecer un balance entre los fines ambientales y los objetivos económicos. El plan incluirá además los programas de medidas y las autoridades responsables para desarrollar todas las políticas diseñadas en el plan.

Tanto los planes hidrológicos como los programas de medidas son el resultado de procesos de planificación pública. Ciudadanos, ONGS, participantes cualificados tales como organizaciones empresariales, sindicados, etc, son llamados a participar activamente en el diseño de los planes. Todos los resultados del proceso participativo pasarán a formar parte del plan.

Finalmente, la DMA incluye un Anexo VIII titulado “lista indicativa de los principales contaminantes”. Esta lista debe tenerse en cuenta durante el proceso de planificación y el correspondiente proceso de toma de decisiones. Entre ellas encontramos las “sustancias que pueden contribuir a la eutrofización, en particular nitratos y fosfatos”.

### 3.2 Programas de medidas

El plazo establecido en la DMA para que los Estados aprobaran los programas de medidas incluidos en la planificación hidrológica expiró igualmente en diciembre de 2009. Debían estar operativos en diciembre de 2012. Evidentemente, los países que no han aprobado a tiempo los planes hidrológicos no han podido cumplir con este objetivo, toda vez que ambos documentos, planes y programas, forman parte del mismo proceso de aprobación.

Los programas de medidas están expresamente regulados en el artículo 11 de la DMA. Deben incluir “medidas básicas” para cada demarcación. Numerosas estrategias pueden ser incluidas en los programas para alcanzar el buen estado ecológico de las masas de agua. Entre ellas, cabe mencionar por lo que aquí interesa: “medidas para prevenir o controlar la introducción de contaminantes de fuentes difusas”.

La Directiva no especifica qué medidas deben ser adoptadas, dado que pueden ser muy diferentes atendiendo a las circunstancias de cada Cuenca. Por ello, Buena parte de su contenido en lo referente al control de las fuentes de contaminación difusa dependerá de lo establecido en la Directiva Nitratos. Con todo, la DMA menciona dos posibles medidas: la prohibición de entrada de contaminantes en el agua y la autorización y registro previo de la actividad.

Junto a estas medidas de carácter básico, la DMA incluye un conjunto de “medidas suplementarias”, mediante una lista no exclusive. En el Anexo VI, parte B, vienen recogidas algunas que pueden resultar relevantes para el control de fuentes difusas. Se trata de los acuerdos medio ambientales, incentivos económicos y fiscales, así como proyectos educativos.

### 3.3 Designación de áreas especialmente protegidas

Dado que la DMA configura un marco general para todas las políticas hidráulicas europeas, establece un conjunto de áreas protegidas, algunas de las cuales son específicas de la DMA mientras que otras son recogidas a partir de lo establecido en otras Directivas.

Por consiguiente, la DMA establece un registro de áreas protegidas incluyendo las siguientes:

- a) Masas de agua destinadas a la extracción de agua potable. Aunque esta categoría no fue creada por la Directiva 98/83/CE de noviembre, relativa a la calidad del agua requerida para consumo humano, la DMA permite la identificación de este tipo de áreas protegidas;
- b) Áreas designadas para proteger especies acuáticas económicamente relevantes. Se trata de espacios protegidos bajo la Directiva 2006/44/CE de 6 de septiembre, sobre la calidad de las aguas para la vida de los peces. También se

<sup>12</sup>KELSEN, Hans. Teoria geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 98.

<sup>13</sup>CORDINI, Giovanni. Diritto Ambientale Comparato. Padova, 1997, p.5.

<sup>14</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6a.ed.

incluyen áreas protegidas de acuerdo con la Directiva 2006/113/CE de 12 de diciembre, sobre calidad de las aguas para la cría de moluscos;

c) Masas de aguas destinadas a usos recreativos. Se trata de áreas protegidas conforme a la Directiva 2006/7/CE de 15 de febrero, sobre calidad de las aguas para baño;

d) Áreas sensibles a la contaminación por nitratos. Se trata de espacios protegidos bajo la Directiva 91/676/CE de 12 de diciembre, sobre la protección de las aguas frente a la contaminación causada por nitratos procedentes de la agricultura. Otras áreas protegidas pueden ser identificadas conforme a la Directiva 91/271/CE de 21 de mayo, sobre aguas residuales urbanas;

d) Áreas designadas para la protección de hábitats o especies en las que el mantenimiento o mejora de las condiciones del agua es un factor determinante. Se incluyen los espacios de la Red Natura 2000 designados conforme a la Directiva 2009/147/CE de 30 de noviembre, sobre la conservación de aves y sus hábitats, así como los designados conforme a la Directiva 92/43/CE de 21 de mayo, sobre conservación de hábitats naturales y de la flora y fauna salvaje.

Todos estos espacios serán gestionados por los Estados miembros no solo para alcanzar los objetivos fijados en sus directivas específicas, sino también para alcanzar los objetivos de la DMA, y singularmente el buen estado ecológico de las aguas.

#### **4 Estrategias específicas para abordar la contaminación por nitratos (Directiva 91/676/CE)**

##### **4.1 Designación de zonas vulnerables: concentración de nitratos superior a 50mg/l y áreas afectadas por eutrofización**

El primera paso para resolver un problema es conocer sus características y particularidades. Ésta es precisamente la finalidad que se persigue al identificar las zonas vulnerables a la contaminación por nitratos y comunicar su existencia a la Comisión Europea. Esta tarea tuvo que realizarse antes de diciembre de 1993. Tras ello, todos los Estados deben revisar las designaciones cada cuatro años de acuerdo con los resultados del control de las masas de agua. Hasta ahora, la ten-

---

Coimbra: Almedina, 2003, p.532.

<sup>15</sup>BACHELET, Michel. Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 38.

<sup>16</sup>LOMBARDI, Giorgio M. Contributo Allo Studio Di Doveri Constituzionali. Milano: Dott. A. Diuffrè Editore, 1967, p. 45 e 46

<sup>17</sup>HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. Dialética da secularização: sobre razão e religião. São Paulo: Ideias & Letras, 2007, p. 39.

dencia ha sido el progresivo incremento del territorio incluido.<sup>14</sup>

Algunos Estados optaron por no especificar áreas concretas como zonas vulnerables,, eligiendo como alternativa la aprobación de programas de acción sobre la totalidad de su territorio<sup>15</sup>. Esta estrategia pretende extender el control a todas las prácticas agrarias, allí donde se realicen, y ayuda a evitar distorsiones económicas y regulatorias entre regiones. La parte negativa es que este sistema limita la capacidad de la Unión Europea en cuanto a controlar que los estándares perseguidos por la Directiva se cumplen realmente. Monitorizar grandes áreas puede resultar ciertamente difícil, mientras que enfocar zonas concretas e identificadas parece más efectivo.

Las condiciones para merecer la designación como zona vulnerable vienen establecidas en el Anexo I de la Directiva. Para las aguas superficiales se establecen dos criterios principales. Uno de ellos se refiere a estándares numéricos fijados por la Directiva 75/440/CE de 16 de junio, sobre calidad de las aguas superficiales requerida para la extracción de agua potable. Para aquellas masas de agua no asociadas a ningún abastecimiento urbano, el criterio se fundamenta en la presencia de fenómenos de eutrofización. Respecto al agua subterránea, se establece un criterio numérico: así, las masas de agua no deberán albergar una concentración de nitratos superior a 50 mg/l.

Una vez una zona queda declarada como vulnerable, los códigos de buenas prácticas agrarias, que como regla general son de voluntario cumplimiento, pasan a ser vinculantes. Además, debe aprobarse un programa de acción específico para establecer obligaciones adicionales para la protección del espacio.

Dado que muchas cuencas hidrográficas europeas son compartidas entre varios Estados, es probable que determinadas zonas vulnerables lo sean como consecuencia de contaminantes procedentes de otros Estados. La Directiva demanda a los Estados que aborden estos conflictos a través de acuerdos bilaterales o multilaterales. Bajo la supervisión de la Comisión Europea, los Estados afectados deben alcanzar soluciones que permitan aplicar medidas vinculantes<sup>16</sup>.

<sup>14</sup>N Desde 1991 a 1999 se incrementaron las zonas protegidas de acuerdo con los datos siguientes: Gran Bretaña (desde 2,4% a 32,8% de su territorio), España (desde el 5% al 11%), Italia (desde el 2% al 6%), Suecia (desde el 9% al 15%), Bélgica (desde el 5,8% al 24%). Aunque incluir estos espacios bajo los esquemas de protección de la Directiva tiene un efecto indudablemente positivo, debe notarse que también significa que existe un importante número de espacios afectados por riesgos de eutrofización de las aguas superficiales o costeras, así como masas de agua amenazadas por la contaminación por nitratos. Del total de la Comunidad Europea a 15 Estados, la designación de zonas vulnerables se incrementó desde un 35,5% del territorio al final de 1999 al 44% al final de 2003.

<sup>15</sup>Es el caso de Países Bajos, Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Dinamarca y Austria.

<sup>16</sup>Véase, por ejemplo, el Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas, hecho «ad referendum» en Albufeira el 30 de noviembre de 1998.

## 4.2 Programas de actuación

En términos aplicativos, el instrumento clave de la Directiva nitratos son los programas de acción. La designación de zonas vulnerables proporciona a los decisores políticos suficiente información sobre las áreas que deben ser protegidas y restauradas. También proporciona a los ciudadanos la capacidad de comprobar qué políticas se están desarrollando y cuáles son sus resultados. Así pues, el paso inmediato es pasar a la acción. A tal efecto la directiva configura estos programas como instrumentos directamente ejecutivos que los Estados deben activar.

A finales de 2003 todos los Estados miembros, con la excepción de Irlanda, habían aprobado uno o más programas de actuación. Irlanda finalmente cumplió esta exigencia en 2006. En 2003 aproximadamente 110 programas habían sido aprobados en los diferentes Estados de la Comunidad.

Las medidas más comunes que se incluyen en este tipo de instrumentos son prohibiciones de uso de determinados fertilizantes, así como el establecimiento de limitaciones temporales para su utilización, o incluso medidas dirigidas a restringir la cantidad de ganado o de la aplicación de estiércol. También se exigen mínimos de capacidad de almacenamiento estanco de estiércoles, toda vez que es fundamental almacenar correctamente este producto para evitar percolación. Los programas establecen habitualmente valores límite para la aplicación de fertilizantes mediante el riego, de acuerdo con las prácticas agrarias más adecuadas y teniendo en cuenta las características de la zona vulnerable.

Aquellos programas de actuación que no establezcan criterios vinculantes adecuados no serán aceptados por la Comisión Europea y deberán reformularse. Sin embargo, hasta el momento no tenemos constancia de ninguna medida de carácter sancionador aplicada por la Comisión frente a incumplimientos en esta materia.

Ciertamente, los ambiciosos estándares establecidos por la Directiva nitratos resultan difíciles de cumplir por los Estados. La restricción de 170 kg N/año/hectárea para la aplicación de estiércoles es muy difícil de aplicar en Estados con grande densidad de explotaciones ganaderas. En ocasiones no existe suficiente capacidad de almacenaje de este producto y su procesamiento resulta muy costoso. Internalizar estos costes podría suponer severas limitaciones para industrias relacionadas con el ganado y especialmente los productos lácteos. La doctrina discute sobre la conveniencia de establecer excepciones en este campo.<sup>17</sup>

<sup>17</sup>Véase. Claeys, D. et al. "Derogation of the EU Nitrates Directive: does it make a difference?", 12th Congress of the European Association of Agricultural Economists - EAAE 2008, p. 1-5. Otro análisis interesanteen Van der Straeten, B. et al, "The effect of EU derogation strategies on the compliance costs of the nitrated directive", Science of the Total Environment, vol 421-422, p 94 et seq.

La Directiva, de hecho, prevé excepciones, permitiendo a los agricultores operar con niveles de exigencia menos demandantes. Sin embargo, las excepciones deben ser concedidas por la Comisión Europea y están sujetas a condiciones muy restrictivas. El Estado solicitante debe asegurar que las operaciones agrícolas y ganaderas que superen los estándares no suponen ningún riesgo adicional. Sólo unos pocos Estados han conseguido excepciones a favor de explotaciones específicas hasta 250 kg N/año/ hectárea.

#### 4.3 Códigos de buenas prácticas agrarias

Se trata de documentos no vinculantes, si bien juegan un importante papel proporcionando información a los agricultores sobre prácticas agrarias sostenibles. Además, siempre que un espacio es declarado zona vulnerable pasan a ser vinculantes. En estos casos es necesario aprobar un programa de actuación, que de acuerdo con el artículo 5.4 de la Directiva nitratos, deberá incluir todos los criterios establecidos en los códigos, junto a acciones adicionales diseñadas conforme a lo establecido en el Anexo III.

Los aspectos más típicos incluidos en los códigos son los siguientes:

- a) Periodos en los que la aplicación de fertilizantes no es apropiada;
- b) Aplicación de fertilizante en zonas escarpadas;
- c) Aplicación de fertilizantes en tierras saturadas de agua, inundadas o cubiertas de nieve;
- d) Condiciones para la aplicación de fertilizantes en zonas próximas a cursos fluviales;
- e) Capacidad de almacenaje necesaria para estiércoles, incluidas las medidas necesarias para impedir la contaminación del agua tanto subterránea como superficial por filtración o escorrentía; y
- f) Procedimientos para la aplicación de fertilizantes, incluida la cantidad, periodo, uniformidad en la aplicación de fertilizante químico y biológico (estiér-

<sup>24</sup>Os reconhecidos autores brasileiros: Kazuo Watanabe, Celso Ribeiro Bastos e Rodolfo Mancuso, também relacionam interesse apenas a pessoas.

<sup>25</sup>Rodolfo Mancuso diferencia interesse legítimo (protegidos juridicamente) de interesse simples, sendo este apenas as circunstâncias que reportam, anseios, aspirações não protegidas ou fomentadas pelo Estado. (In: MANCUSO, Rodolfo Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimização para agir. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 68).

<sup>26</sup>No Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro, por exemplo, encontra-se a expressão “direito”, nos conceitos legais de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

<sup>27</sup>CANOTILHO. J. J. Gomes. Estudos sobre os direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 184 e ss.

<sup>28</sup>MANCUSO, Rodolfo Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimização para agir. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 68

col), entre otros, con el objeto de prevenir la contaminación a niveles aceptables.<sup>18</sup>

La lista de buenas prácticas incluye un conjunto de estrategias básicas que todo código debe incluir, aunque la Directiva menciona medidas adicionales relativas a la gestión de los suelos, sistemas de rotación de cultivos, mantenimiento de cantidades mínimas de cubierta vegetal durante períodos de lluvia, planes de fertilización a nivel de explotación, entre otros.<sup>19</sup>

#### **4.4 Medidas de supervisión y sanción.**

La supervisión es esencial para comprobar el cumplimiento efectivo de los objetivos de la Directiva nitratos. De acuerdo con el artículo 6 de la Directiva, las autoridades de cuenca deben instalar su propia red de estaciones de monitoreo, y periódicamente tomar muestras de la calidad del agua para comprobar si los criterios de calidad requeridos se cumplen en ríos, lagos, presas, y aguas costeras. Los datos resultantes mostrarán la evolución de los parámetros de calidad del agua, incluidos nitratos y fosfatos.

Dado que tanto los códigos de buenas prácticas agrarias como los programas de actuación deben ser periódicamente revisados y actualizados por los Estados miembros, programar análisis y realizar una labor de supervisión son aspectos básicos para el sistema. De acuerdo con los resultados de la supervisión los Estados pueden modificar las zonas actualmente designadas como vulnerables, incrementando o reduciendo su superficie, y actualizando las medidas incluidas en los programas.

Todos los Estados deben informar cada 4 años a la Comisión Europea acerca del grado de aplicación de la Directiva. Los informes deben incluir un análisis completo del grado de implementación de los códigos y programas. Deben constatar los resultados de los análisis efectuados en las masas de agua y resumir las acciones que se han adoptado en las zonas vulnerables. La Comisión, a la vista de los informes, emitirá su resolución bien positiva o, eventualmente, requiriendo información adicional o imponiendo correcciones.

Siempre que la Comisión detecte que un Estado está incumpliendo sus de-

<sup>18</sup>Véase el Anexo II de la Directiva del Consejo 91/676/EEC de 12 de diciembre relative a la protección de las aguas contra la contaminación causada por nitratos procedentes de fuentes agrarias.

<sup>19</sup>Idem, Anexo II.

beres de cumplimiento de la Directiva puede llevar el caso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Si el Estado resulta responsable, el Tribunal podrá ordenar la reposición de la situación vulnerada, así como, en caso de desobediencia, imponer sanciones económicas al Estado.<sup>20</sup>

## **5. Estrategias adicionales conforme a la directiva 2006/118/CE relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro**

### **5.1 Identificación de valores umbral.**

Teniendo en cuenta que la DMA establece el principio del buen estado ecológico del agua, la Directiva 2006/118/CE de 12 de diciembre, de protección de las aguas subterráneas obliga a los Estados miembros a evaluar los riesgos actuales, presiones e impactos, sobre las aguas subterráneas. Los Estados deben establecer sus propios estándares de calidad (valores umbral) para cada una de las sustancias identificadas en el Anexo II de la Directiva.

El objetivo es identificar con claridad las masas de agua subterráneas en riesgo de no alcanzar el buen estado ecológico que demanda la DMA. Todas las masas de agua deben ser clasificadas como de buena o mala calidad, debiendo las autoridades hidráulicas de actuar directamente para resolver los problemas de calidad.

### **5.2 Identificación de tendencias y reversión de riesgos**

La contaminación del agua subterránea es el resultado de una tendencia creciente de introducción de sustancias nocivas en el medio. Por ello, una vez una masa de agua subterránea es clasificada como masa en riesgo de no alcanzar el buen estado ecológico, y una vez las presiones han sido identificadas, la Directiva impone a las autoridades realizar actuaciones para revertir la situación.

En particular, cualquier tendencia sostenida eventualmente conducente al incumplimiento de los objetivos de calidad exigibles debe ser revertida. Se considera que estamos ante dicha tendencia cuando cuando se alcanza el 75% de los valores máximos de contaminación admitidos por la normativa europea para las masas de agua.

---

<sup>20</sup>Los procedimientos frente al incumplimiento de los Estados de los objetivos vienen establecidos en los artículos 258-260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007). Sobre el particular, Craig, P. TheLisbonTreaty, law, politics and Treatyreform, Oxford UniversityPress, 2010, p. 124 et seq.

Las acciones dirigidas a revertir la entrada de contaminantes en las masas de agua subterránea deben ser desarrolladas a través de los programas de medidas contemplados en la DMA. Aquí se observa de nuevo la íntima conexión de las directivas del agua con relación a la DMA, que conforma el marco común de actuación. También deberán incluirse medidas en otros planes y programas que se deriven de la aplicación de otras directivas. En relación con la contaminación por nitratos y fosfatos, las exigencias de la Directiva de aguas subterráneas deberán incluirse en los códigos de buenas prácticas agrarias y los programas de actuación previstos en la Directiva nitratos.

La Directiva permite excepcionar el cumplimiento de los valores umbral de acuerdo con las circunstancias concurrentes.

### **5.3 Estrategias para limitar la entrada de contaminantes**

La Directiva para la protección de las aguas subterráneas, como la legislación precedente, prohíbe introducir sustancias peligrosas en el medio, tales como los pesticidas. Respecto a los nitratos y fosfatos, que no están obviamente clasificados como sustancias peligrosas, sólo autoriza a las autoridades competentes a establecer criterios basados en las mejores prácticas ambientales y en las mejores tecnologías disponibles.

Además, el artículo 6.2 de la Directiva claramente establece que: “*siempre que sea técnicamente posible, se tendrán en cuenta las entradas de contaminantes procedentes de fuentes de contaminación difusas que tengan un impacto en el estado químico de las aguas subterráneas*”. Esta aproximación no es suficientemente ambiciosa, toda vez que apelar a condiciones técnicas es ciertamente insuficiente. Reducir las descargas de nutrientes es en la mayor parte de los casos perfectamente posible, aunque en ocasiones es bastante caro. Por tanto, este marco legal en realidad deja la puerta abierta a numerosas excepciones y es poco beligerante contra estas prácticas.

### **6 Aplicación efectiva de los mecanismos de protección de las masas de agua frente a la contaminación difusa. El caso de España.**

Disponer de un buen marco legal es ciertamente fundamental para alcanzar objetivos ambientales. Sin embargo, casi tan importante es que dichos esquemas legales lleven en la práctica a ejecutar acciones reales y efectivas. La calidad del agua se ha elevado significativamente en Europa en los últimos años, si bien

el control de la contaminación difusa está todavía lejos de contribuir significativamente a este objetivo.

El marco legislativo europeo incluye obligaciones vinculantes para los Estados. La normativa es básicamente correcta y suficiente, sin embargo, las directivas relacionadas con el agua no suelen especificar los procedimientos y sanciones que los Estados deben imponer a los ciudadanos para asegurar el cumplimiento de los estándares legales. En otras palabras, no determinan las medidas de ejecución y la respuesta de los Estados frente a los incumplimientos de agricultores, comunidades de regantes, y el resto de actores relevantes.

Merece la pena recordar que las Directivas establecen objetivos pero dejan a los Estados libertad para especificar el marco legal, designar a las autoridades competentes, los procedimientos, las medidas de ejecución y sanción, etc. Cada Estado puede decidir de acuerdo a los esquemas de su propio ordenamiento interno cómo se alcanzarán dichos fines. En Estados fuertemente descentralizados como España no siempre es fácil cumplir con estas exigencias en tanto en cuanto autoridades regionales o locales son las obligadas en muchos casos a implementar las políticas europeas.

Realizar una valoración sobre el grado de cumplimiento efectivo de las Directivas relacionadas con la contaminación difusa procedente de prácticas agrícolas es tarea muy compleja. Las situaciones y resultados varían de manera importante no sólo entre Estados, sino entre las diferentes regiones dentro de cada Estado miembro.

Análisis recientes muestran que las concentraciones de nitratos en las masas de agua no son suficientemente satisfactorias. La Comisión Europea elevó al Consejo y al Parlamento Europeo un informe para el periodo 2000-2003 en el que se mostraba que 7 de los 15 Estados miembros obligados a cumplir estas Directivas (los 10 Estados incorporados más recientemente no están obligados en las mismas condiciones) habían sido objeto de procedimientos de incumplimiento por insuficiente designación de zonas vulnerables o por la no conformidad de sus programas de actuación<sup>21</sup>.

El último periodo evaluado (2004-2007) dio lugar a un documento de trabajo elaborado por la Comisión con los resultados siguientes: los datos muestran que

<sup>21</sup>Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva del Consejo 91/676/CE, relativa a la protección de las aguas frente a la contaminación causada por nitratos procedentes de fuentes agrarias para el periodo 2000-2003 [COM(2007)120]. Disponible en: [http://ec.europa.eu/environment/water/waternitrates/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/environment/water/waternitrates/index_en.html)

las mayores concentraciones de nutrientes tanto en aguas superficiales como subterráneas afectan fundamentalmente a Gran Bretaña, Países Bajos y Bélgica, aunque están también presentes en numerosas demarcaciones europeas. Las aguas subterráneas son con mucho las más afectadas por este problema<sup>22</sup>.

En conclusión, podemos afirmar que las políticas conducentes al cumplimiento efectivo de las Directivas en relación con la contaminación por nitratos no son totalmente satisfactorias. Para exemplificar esta aseveración, conviene centrarnos en el estudio de un caso: España.

España tiene 17 demarcaciones hidrográficas de las que 6 tienen carácter internacional, compartidas con Francia y sobre todo Portugal. Las responsabilidades en la ejecución de políticas hidráulicas y ambientales son compartidas entre el Estado central y las Regiones autónomas. Estas últimas tienen plenas competencias en aquellas demarcaciones en las que las aguas discurren exclusivamente por la Región. Sin embargo, aun cuando las Regiones tienen un papel importante en la gestión y protección del agua, el único sujeto político responsable frente a la Unión Europea es el Estado.

Desde el año 1924 España gestiona el agua a nivel de cuencas hidrográficas unitarias al frente de las cuales están las Confederaciones Hidrográficas, entes estatales autónomos con funciones exclusivas en el manejo del agua. Colaboran con estas instituciones numerosas Comunidades de Regantes y Usuarios, a las que la Ley confiere naturaleza de Administraciones corporativas. El modelo es altamente participativo. Las autoridades de la demarcación están integradas por representantes de los usuarios, comunidades de regantes, y administraciones públicas territoriales. La planificación hidrológica de cuenca fue aprobada en 1998, y la de ámbito nacional en 2001. La primera está actualmente en proceso de revisión.

La Ley de Aguas de España fue aprobada en 1985 y ha sido modificada en varias ocasiones. La Directiva marco así como el resto de Directivas del agua han obligado a realizar estos cambios, si bien hay que indicar que muchos de los principios incluidos en la Directiva marco son propios del Derecho español desde hace muchos años. El Derecho europeo, sin embargo, ha permitido avanzar significativamente sobre todo en aspectos relacionados con la calidad de las aguas.

Un actor relevante en la gestión del agua en España son las Comunidades de regantes. Estas instituciones, algunas de las cuales han contribuido a gestionar la

<sup>22</sup>Vease, el document de trabajo de la Comisión Europea sobre la ejecución de la Directiva 91/676/CE. {COM(2010) 47 final/2}. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0047:FIN:EN:PDF>

distribución del agua desde hace siglos, ostentan derechos sobre el agua y están autorizadas para distribuir el agua a sus miembros. Estas entidades asociativas son plenamente participativas y disponen en ocasiones de estatutos muy antiguos que siguen vigentes. El valor de la tradición es muy importante y ayuda a gestionar de manera más eficiente las aguas conforme al saber acumulado.

De acuerdo con la legislación española todo agente contaminador debe obtener una autorización administrativa para poder verter agua contaminada al medio, con independencia de si se trata de masas de agua superficial o subterránea. No obstante, las descargas directas de contaminantes en las aguas subterráneas están prohibidas. Para obtener permisos de vertido el contaminador debe probar que las sustancias emitidas cumplen dos condiciones básicas.

En primer término, el efluente debe cumplir con los parámetros y estándares cualitativos establecidos en el Real Decreto 849/1986 de 11 de abril (modificado por el Real Decreto 9/2008 de 11 de enero). Se trata de estándares numéricos en un listado de parámetros biológicos y químico. En segundo lugar, debe demostrar que el vertido no provocará que la masa de agua incumpla los parámetros cualitativos que la planificación hidrológica ha establecido como mínimos para la misma.

Todo lo anterior, sin embargo, es sólo aplicable a los vertidos directos (industriales, urbanos, etc). Es decir, vertidos perfectamente localizados en un punto concreto. En lo referente a los vertidos difusos, y en particular los producidos por la actividad agrícola a través de la introducción de fertilizantes en la irrigación, las autoridades hidráulicas sólo disponen de poderes indirectos. De acuerdo con la DMA, la autoridad de demarcación debe velar porque se alcance el buen estado ecológico de todas las masas de agua. Para ello se concretarán las actuaciones en la planificación hidrológica y en los programas de medidas. Sin embargo, frente al vertido difuso estas autoridades no están habilitadas legalmente para intervenir, debiendo notificar a las autoridades responsables la existencia de actividades de este tipo que pudieran poner en riesgo alcanzar dicho estándar de la DMA.

El título competencial aplicable al control de los regadíos es tanto política agrícola como protección del medio ambiente. Ambas políticas corresponden a las Regiones. De ahí la necesidad de una adecuada coordinación entre la autoridad de aguas, que debe informar sobre las situaciones que ponen en riesgo los objetivos de la DMA y las autoridades regionales, encargadas de aplicar la normativa específica sobre protección de zonas vulnerables y ordenar en términos generales la actividad agrícola, conforme a la Directiva nitratos.

En consecuencia, el mayor problema en España es asegurar que las Regiones cumplen adecuadamente con sus deberes en materia de protección ambiental y gestión agraria, sin que las autoridades estatales competentes en materia de gestión del agua tengan instrumentos efectivos para exigir su cumplimiento. Los posibles conflictos entre ambas instituciones derivarán en contenciosos judiciales que desde luego resultan muy poco operativos para desarrollar políticas activas de protección de las aguas.

## Consideraciones finales

Las fuentes de contaminación difusa de las aguas, tales como la introducción de nutrientes mediante actividades de irrigación agrícola (uso de fertilizantes: nitratos y fosfatos) es la principal causa de contaminación de las aguas en muchos países, incluidos algunos Estados miembros de la Comunidad Europea (Gran Bretaña, Bélgica, Países Bajos, etc). Probablemente es la mayor amenaza actual para la protección de la calidad ambiental de las masas de agua, y probablemente una de las más difíciles de abordar en términos jurídicos.

En algunos países, como ocurre en los Estados Unidos, la respuesta ante estos retos se produce a través de medidas no vinculantes, apoyos económicos a la agricultura sostenible, mecanismos de subsidiación cruzada entre actividades, etc. Como regla general, los países no sujetan la contaminación difusa a autorizaciones de vertido como si hacen frente a los vertidos directos. Esta situación conduce a una menor regulación de este problema y pobres resultados. En los países de la Unión Europea se ha optado por instrumentos de intervención vinculantes (programas de actuación, declaración de zonas vulnerables, etc), sin embargo, los resultados tampoco son del todo satisfactorios por problemas de implementación.

En realidad, el principal problema que se presenta al abordar el control de las fuentes de contaminación difusa no es tanto el marco jurídico sino su aplicación efectiva. La imposición de restricciones al uso de fertilizantes puede derivar en serios problemas de pérdida de competitividad, productividad, alza de precios, etc. Se enfrentan además a la oposición directa de los agricultores, que además están a menudo fuertemente movilizados en asociaciones estructuradas y muy reivindicativas a modo de lobbies.

Como resultado, las autoridades competentes suelen ser muy tolerantes con los incumplimientos y huyen de aplicar mecanismos de carácter sancionador y restrictivo. Esto es especialmente visible en los niveles regional y local, que son precisamente en los países descentralizados como España los directamente responsables para implemen-

tar las políticas.

Se observa finalmente un bajo nivel de coordinación entre las diferentes Directivas del agua, así como entre las autoridades estatales y regionales responsables para su implementación. Así, si bien la DMA establece como objetivo irrenunciable la consecución del buen estado ecológico de las aguas, y las autoridades nacionales deben alcanzarlo, los vertidos difusos procedentes de la agricultura, sujetos a la regulación de la Directiva nitratos, son controlados por las autoridades regionales. Sin controlar adecuadamente este tipo de vertidos difícilmente se podrá alcanzar el objetivo de la DMA. Por ello, mayores esfuerzos de coordinación y ejecución efectiva de las respectivas políticas serían deseables.

## REFERENCIAS

BRIAN, J. Agriculture and European Union environmental law. In: *Journal of Environmental Law*, nº 22 v. 3, 2007.

\_\_\_\_\_.*Commission working document: State of application of regulation (EEC) no. 2078/92: evaluation of agri-environment programs*. 1998.

CIEE - Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso: C-232/97 Parts: Nederhoff v Dijkgraf en Hoogheemraden van het Hoogheemraadschap Rijnland ECR I-6385.1999.

CARDWELL, M. *The European model of agriculture*, Oxford University Press, 2004

LEE, M. Law and governance of water protection policy, en Scott, J, (ed.) In: *Environmental Protection: European Law and Governance*, 2009.

JANS, J.H., and Vedder, H.B. *European environmental law*, 2012.

LOUKA, E. Waterlaw and policy. *Governance with out frontiers*. Oxford University Press, 2008.

\_\_\_\_\_.Comisión Europea sobre la ejecución de la Directiva 91/676/CE. {COM(2010) 47 final/2}. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0047:FIN:EN:PDF>. Acessado em 20 out. 2014.

Artigo recebido em: 13.03.2016

Revisado em: 15.04.2016

Aprovado em: 17.04.2016

# **DANO AMBIENTAL: CARACTERIZAÇÃO E EFETIVIDADE DAS MEDIDAS ADEQUADAS E DESJUDICIALIZADORAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

## ***ENVIRONMENTAL DAMAGE: CHARACTERIZATION AND EFFECTIVITY OF ADEQUATE MEASURES NON JUDICIAL FOR CONFLICTS SOLUTION***

**Márcia Michele Garcia Duarte<sup>1</sup>**

Pós-doutora em Direito

*Universidade de Coimbra (UC) - Coimbra -Portugal*

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo investigar a aplicação das formas adequadas de solução de conflitos, notadamente partindo dos parâmetros de mediação e conciliação redigidas nas fontes do direito, bem como das medidas desjudicializadoras, potencializadas pelo marco normativo da mediação e da alteração da lei de arbitragem, que ampliaram a margem de negociação dos direitos inerentes à administração pública e ao interesse público. Para tanto, assenta-se a investigação especificamente sobre o dano ambiental, parametrizando o objeto das negociações reparatória do interesse público ambiental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dano Ambiental. Formas Adequadas de Solução de Conflitos. Termo de Ajustamento de Conduta. Mediação e Conciliação.

**ABSTRACT:** The present study has as aim to investigate the application of adequate forms of conflict solution, mainly beginning from the parameters of mediation and conciliation proposed in the law sources, as well as the non judicial measures made potential by the normative mark of mediation and the modification of the arbitration law which amplified the negotiation margin as to the rights inherents

---

<sup>1</sup>Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos, pela Universidade de Coimbra/Portugal. Pós-doutora em Direito Processual pela UERJ. Doutora em Direito. Mestra em Direito. Especialista em Direito e Bacharela em Direito pela UNESA. Professora Adjunta do Departamento de Direito de Macaé/UFF. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

to the public administration and public interest. As for it the investigation is based specifically on the environmental damage as a parameter of the object of reparatory negotiation of the environmental public interest.

**ABSTRACT:** Environmental damage. Adequate forms of conflicts solution. Term of Adjustment of Behaviour. Mediation and Conciliation.

## Introdução

Questões como mediação, conciliação, arbitragem e justiça restaurativa, todos necessariamente precedidos de negociação em sentido amplo, que também comporta as convenções processuais, são temas que, mais que estarem “na moda”, revelam a solução última invocada pelo Estado na pacificação dos conflitos.

Se há falhas legais ou se há sobrecarga do Judiciário, decorrente do excesso de conflitos tutelados pelo direito contemporâneo, não se pode afirmar com precisão, mas, patente que o sistema não está comportando o volume de demandas que significativamente retroalimentam o sistema.

O acesso à Justiça, retratado comumente pela abertura do Poder Judiciário a causas latentes ou conflitos adormecidos, a nosso ver, não pode ser tratado como o “vilão” que motivou a litigiosidade.

Em verdade, parece-nos que a tarefa de encontrar a melhor solução em cada caso, - partindo, com feições minuciosas tão individuais quanto ao DNA da essência de cada situação, das expectativas dos envolvidos, e da melhor solução casuisticamente observada- só pode ser encontrada quando os envolvidos se tornam protagonistas da solução. Assim, afirmamos que, as medidas adequadas de solução de conflitos conferem espaço para o exercício dessa potencialidade humana, sob observância constante dos limites transacionáveis e estrita legalidade das composições negociais.

Decerto, isso ganha relevo por meio das novéis ordens legais- notadamente esculpidas no sistema no ano de 2015- que passaram a inserir o Poder Público nesse campo de negociação, o que pode representar acesso à justiça para além do acesso ao Poder Judiciário e a procedimentos administrativos com cunho sancionatório.

Pensamos que alimentar esse novo modelo nos indivíduos, mostra-se uma boa forma de construir-se novos modelos culturais, pautados na negociação e na autocomposição como prioridade à judicialização de causas.

Ademais, nesses conceitos de pacificação de conflito que primam, também, pela prevenção, servem esses instrumentos como medida educadora, notadamente para este estudo, no que diz respeito ao meio ambiente, enquanto patrimônio da humanidade, desta e das futuras gerações.

É nesse cenário que nas linhas que se seguem, buscaremos analisar as ferramentas atuais para a consolidação desses instrumentos, ilustrando o presente ensaio com decisões emanadas do STJ e diretrizes procedimentais para a concretização desse novo modelo de acesso à justiça.

## 1 Responsabilidade civil por dano ambiental

As questões que revelam a proteção ao meio ambiente têm recebido fervoroso espaço nas discussões sociais e técnicas. Tópicos como alimentação, vestimentas e hábitos ecologicamente corretos e adequados, bem como a nova feição de desenvolvimento essencialmente sustentável vêm ganhando espaço na mídia, na propaganda e nas grandes discussões acadêmicas.

Parece-nos que as Novas Eras do Direito, bem observadas e narradas por Nberto Bobbio, mostram a mudança postural da humanidade em diversos aspectos de preservação da vida e do meio ambiente, da proteção dos vulneráveis e dos direitos dos animais.

Para Bobbio (1999, s/p) o direito experimentou momentos, movimentos e demandas da sociedade que se classificam enquanto “gerações do direito” (Pinho, 2009, p. 347)<sup>2</sup>. A “primeira geração” do direito foi iniciada pela ideia de direitos fundamentais avocados após a Revolução Francesa (Douzinas, 2004)<sup>3</sup>; os direitos de “segunda geração” consubstanciar-se-iam nos econômicos e sociais; os de “terceira geração” atentam para a fraternidade a solidariedade; os de “quarta geração”, para a biotecnologia, bioética e engenharia genética e; os de “quinta geração” decorrem da realidade virtual.

No que toca precisamente aos direitos de terceira dimensão, de manifestos coletivos, aqueles que habitam subjetivamente todo gênero humano, inerentes aos valores de solidariedade sem fronteiras, são também denominados direitos de fraternidade ou solidariedade, voltados para a preocupação com os grupos

<sup>2</sup>Humberto Dalla assinala que a expressão “gerações”, embora clássica, não é adotada por unanimidade. Há os defensores da utilização da expressão “dimensões” do direito, ao argumento de que gerações significam superações, o que não ocorreria, já que lhe são somente complementar, conforme pensamentos defendidos por Ingo Sarlet e Paulo Bonavides.

<sup>3</sup>Importantes escritos pós-revolução , embora tenham contribuído para um novo olhar para o ser social em sua existência, valores e garantias, foram amplamente criticados por Edmund Burke e por Karl Marx. Acusaram-nos de, na prática, não terem atingido a sua finalidade, dado o caráter abstrato, genérico e racionalista em demasia daqueles documentos.

humanos.

Cuida-se do direito coletivo, que busca pela paz, conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, o direito à informação, todos de titularidade coletiva indefinida e indeterminável, e voltados para o meio ambiente e qualidade de vida (SARLET, 2007, p. 55-57).

Para a cultura chinesa, o equilíbrio entre o *yin* e o *yang* perpassa a questão do meio ambiente, em que há completude decorrente do equilíbrio e complementariedade, revelando “*eco-ação*” (consciência do meio ambiente) e a “*ego-ação*” (consciência do eu) (CAPRA, 2006, p. 35).

Nesse cenário é que insurge a relevância jurídica de se estabelecer critérios classificatórios e diretrizes específicas quando se trata de responsabilidade civil em caso de dano ambiental, notadamente coletivo e de relevância inquestionável, visto que o dano ao meio ambiente representa um dano a humanidade enquanto segmentos indissociáveis.

Paulo Bessa Antunes (2008) ensina que os danos ambientais são inevitáveis, na medida em que assegura a constante existência de danos ambientais tido por “suportáveis”, ao passo que, quando este é extrapolado, ai sim, nasce a razão jurídica de se impor mecanismos que atribuam responsabilidade em razão de condutas ativas ou omissivas.

Ressalta que a matéria responsabilidade por dano ambiental encontra escrito constitucional<sup>4</sup>, o que denomina de “*marco jurídico apto a assegurar uma eficiente proteção ao bem jurídico meio ambiente*” (Antunes, 2008), denominando de “*tríplice*” essa responsabilidade, referindo-se às sanções penais, administrativas

<sup>4</sup>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. (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

<sup>5</sup>Nesse sentido, Processo REsp 1354536 / SE Recurso Especial 2012/0246647-8; Relator(a) Ministro Luis Felipe Salomão (1140); DJe 05/05/2014. Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) para demonstração da legitimidade para vindicar indenização por dano ambiental que resultou na redução da pesca na área atingida, o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitam o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à sua comprovação; (...) c) é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo; d) em vista das circunstâncias específicas e homogeneidade dos efeitos do dano ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe - afetando significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada -, sem que tenha sido dado amparo pela poluidora para mitigação dos danos morais experimentados e demonstrados por aqueles que extraem o sustento da pesca profissional, não se justifica, em sede de recurso especial, a revisão do quantum arbitrado, a título de compensação por danos morais, em R\$ 3.000,00 (três mil reais); e) o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos; assim, se durante o interregno em que foram experimentados os efeitos do dano ambiental houve o período de “defeso” - incidindo a proibição sobre toda atividade de pesca do lesado -, não há cogitar em indenização por lucros cessantes durante essa vedação (...).

e cíveis, apontados no § 3º, do art. 225, da CF<sup>5</sup>.

A responsabilização ao causador do dano ambiental segue o regime de responsabilidade civil **objetiva**<sup>6</sup> (bastando a prova do dano e o nexo de causalidade)<sup>7</sup>, com vistas a se obter a compensação pelo dano suportado, erigido sobre a Teoria do Risco.

Esse é o entendimento mantido pelo sistema jurídico atual, tal como manifestou-se o STJ, por meio de recurso representativo da controvérsia que segue:

Ementa RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAI E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. 2. No caso

<sup>6</sup>A Responsabilidade Civil Objetiva aplicável aos danos provocados ao meio ambiente, encontram marco regulatório por meio da Lei n. 6.938/1981, que assim dispõe: “Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”. Grifamos.

<sup>7</sup>Esse é o entendimento mantido pelo sistema jurídico atual, tal como manifestou-se o STJ, por meio de recurso representativo da controvérsia Tema 707, EDcl no REsp 1374284-MG, que foram parcialmente acolhidos. Processo REsp 1374284 / MG RECURSO ESPECIAL 2012/0108265-7 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador S2 - SEGUNDA AÇÃO. Data do Julgamento 27/08/2014. Data da Publicação/Fonte DJe 05/09/2014. (Grifos nossos).

concreto, recurso especial a que se nega provimento. (*Grifos nossos*).

Seguindo ainda os ensinamentos de Antunes, o *risco integral* não pode ser confundido com a responsabilidade derivada do *risco da atividade*.

A respeito do tema, oportuno trazer a explanação de Cavalieri (2014, p. 184), para quem a Teoria do Risco Integral é ainda mais abrangente e independe até mesmo de nexo de causalidade, bem como afigura-se mesmo quando aquele mostra-se extremamente diluído, conferindo relevo à afirmativa de que, aquele que exerce a atividade que cria o risco tem o dever de indenizar, ainda que a atividade exercida pelo agente não tenha sido a causadora direta e imediata do evento, bastando-lhe, a atividade ter sido a causa mediata ou indireta do evento, mesmo quando da ocorrência de caso fortuito e a força maior (causadores diretos e imediatos do fato irresistível ou inevitável).

Explica ainda: “*o dano não é causado diretamente por uma atividade de risco, mas o seu exercício é ocasião para a ocorrência do evento*” (Cavalieri, 2014, p. 184), exemplificando com o caso de derramamento de petróleo por um cargueiro que sofreu avarias após ser atingido por ondas gigantes (tsunami), algo genuinamente inevitável.

Diante da abrangência da responsabilidade civil quando envolve a temática dano ambiental, algumas medidas reparatórias e preventivas têm sido comumente fixadas pela via do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), usual ferramenta de negociação nesses casos que envolvem interesse da coletividade.

Para este estudo, precisamente, analisa-se o Termo de Ajustamento de Conduta, sob diversos aspectos, notadamente diante das novas ordens, que comportam a inserção do ente público e conferem especial atenção ao papel do representante do Poder Público na senda das novas formas de solução de conflitos, ainda que isso represente levar o interesse público à esfera da negociabilidade.

## 2 Formas de ajustamento de conduta: judicial e extrajudicial

Em matéria ambiental, faz necessário apontar as figuras legitimadas em ambos os polos da relação negocial.

A identificação do poluidor direito não maneja especificidades, ao passo que, necessário faz-se conhecer a figura jurídica do poluidor indireto, a respeito do qual a norma não faz qualquer distinção consequencial tal qual aquilo que é imposto ao poluidor direito.

Veja-se o que dispõe a Lei n. 6.938/1981: “*Art 3º - Para os fins previstos nesta*

*Lei, entende-se por: (...) IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.*

Nessa senda, orientando-se pelo princípio do poluidor-pagador (PPP)<sup>8</sup>, tem-se por seguro afirmar que os recursos ambientais são findáveis, e vão se consumindo,

<sup>8</sup>Na narrativa, a aplicação concreta do princípio do poluidor-pagador, tem-se por necessária a transcrição da íntegra da ementa do julgado do STJ, que retrata em minúcias a situação específica de degradação ambiental: REsp769753 / SC RECURSO ESPECIAL 2005/0112169-7; Relator(a): Ministro Herman Benjamin; Dje 10/06/2011. Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE POR DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. ZONA COSTEIRA. LEI 7.661/1988. CONSTRUÇÃO DE HOTEL EM ÁREA DE PROMONTÓRIO. NULIDADE DE AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA URBANÍSTICO-AMBIENTAL. OBRA POTENCIALMENTE CAUSADORA DE SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL - EPIA E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL - RIMA. COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO URBANÍSTICO-AMBIENTAL. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR (ART. 4º, VII, PRIMEIRA PARTE, DA LEI 6.938/1981). RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981). PRINCÍPIO DA MELHORIA DA QUALIDADE AMBIENTAL (ART. 2º, CAPUT, DA LEI 6.938/1981). 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta pela União com a finalidade de responsabilizar o Município de Porto Belo-SC e o particular ocupante de terreno de marinha e promontório, por construção irregular de hotel de três pavimentos com aproximadamente 32 apartamentos. 2. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, deu provimento às Apelações da União e do Ministério Público Federal para julgar procedente a demanda, acolhendo os Embargos Infringentes, tão-só para eximir o proprietário dos custos com a demolição do estabelecimento. 3. Incontrovertido que o hotel, na Praia da Encantada, foi levantado em terreno de marinha e promontório, este último um acidente geográfico definido como “cabo formado por rochas ou penhascos altos” (Houaiss). Afirma a união que a edificação se encontra, após aterro ilegal da área, “rigorosamente dentro do mar”, o que, à época da construção, inclusive interrompia a livre circulação e passagem de pessoas ao longo da praia. 4. Nos exatos termos do acórdão da apelação (grifo no original): “O empreendimento em questão está localizado, segundo consta do próprio laudo pericial às fls. 381-386, em área chamada promontório. Esta área é considerada de preservação permanente, pela legislação do Estado de Santa Catarina por meio da Lei nº 5.793/80 e do Decreto nº 14.250/81, bem como pela legislação municipal (Lei Municipal nº 426/84)”. 5. Se o Tribunal de origem baseou-se em informações de fato e na prova técnica dos autos (fotografias e laudo pericial) para decidir a) pela caracterização da obra ou atividade em questão como potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente - de modo a exigir o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) - e b) pela natureza non aedificandi da área em que se encontra o hotel (fazendo-o também com fulcro em norma municipal, art. 9º, item 7, da Lei 426/1984, que a classifica como “Zona de Preservação Permanente”, e em legislação estadual, Lei 5.793/1980 e Decreto 14.250/1981), interditado está ao Superior Tribunal de Justiça rever tais conclusões, por óbice das Súmulas 7/STJ e 280/STF. 6. É inválida, extunc, por nulidade absoluta decorrente de vício congênito, a autorização ou licença urbanístico-ambiental que ignore ou descumpra as exigências estabelecidas por lei e atos normativos federais, estaduais e municipais, não produzindo os efeitos que lhe são ordinariamente próprios (quod nullum est, nullum producit effectum), nem admitindo confirmação ou convalidação. 7. A Lei 7.661/1988, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, previu, entre as medidas de conservação e proteção dos bens de que cuida, a elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA acompanhado de seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA. 8. Mister não confundir prescrições técnicas e condicionantes que integram a licença urbanístico-ambiental (= o posterius) com o próprio EPIA/RIMA (= o prius), por quanto este deve, necessariamente, anteceder aquela, sendo proibido, diante da imprescindibilidade de motivação jurídico-científica de sua dispensa, afastá-lo de forma implícita, tácita ou simplista, vedação que se justifica tanto para assegurar a plena informação dos interessados, inclusive da comunidade, como para facilitar o controle administrativo e judicial da decisão em si mesma. 9. Indubitável que seria, no plano administrativo, um despropósito prescrever que a União licencie todo e qualquer empreendimento ou atividade na Zona Costeira nacional. Incontestável também que ao órgão ambiental estadual e municipal falta competência para, de maneira solitária e egoísta, exercer uma prerrogativa - universal e absoluta - de licenciamento ambiental no litoral, negando relevância, na fixação do seu poder de polícia licenciador, à dominialidade e peculiaridades do sítio (como áreas representativas e ameaçadas dos ecossistemas da Zona Costeira, existência de espécies migratórias em risco de extinção, terrenos de marinha, manguezais), da obra e da extensão dos impactos em questão, transformando em um nada fático-jurídico eventual interesse concreto manifestado pelo Ibama e outros órgãos federais envolvidos (Secretaria do Patrimônio da União, p. ex.). 10. O Decreto Federal 5.300/2004, que regulamenta a Lei 7.661/1988, adota como “princípios fundamentais da gestão da Zona Costeira” a “cooperação entre as esferas de governo” (por meio de convênios e consórcios entre União, Estados e Municípios, cada vez mais comuns e indispensáveis no campo do licenciamento ambiental), bem como a “precaução” (art. 5º, incisos XI e X, respectivamente). Essa postura precautória, todavia, acaba esvaziada, sem dúvida, quando, na apreciação judicial posterior, nada mais que o fato consumado da degradação ambiental é tudo o que sobra para examinar, justamente por carência de diálogo e colaboração entre os órgãos ambientais e pela visão monopolista-exclusivista, territorialista mesmo, da competência de licenciamento. 11. Pacifica a jurisprudência do STJ de que, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, o degradador, em decorrência do princípio do poluidor-pagador, previsto no art. 4º, VII (primeira parte), do mesmo estatuto, é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar - por óbvio que às suas expensas - todos os danos que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, consequentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de acertamento da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do status quo ante ecológico e de indenização. 12. Ante o princípio da melhoria da qualidade ambiental, adotado no Direito brasileiro (art. 2º, caput, da Lei 6.938/81), inconcebível a proposição de que, se um imóvel, rural ou urbano, encontra-se em região já ecologicamente deteriorada ou comprometida por ação ou omissão de terceiros, dispensável ficaria sua preservação e conservação futuras (e, com maior ênfase, eventual restauração ou recuperação). Tal tese equivaleria, indiretamente, a criar um absurdo cânones de isonomia aplicável a pretenso direito de poluir e degradar: se outros, impunemente, contaminaram, destruíram, ou desmataram o meio ambiente protegido, que a prerrogativa valha para todos e a todos beneficie. 13. Não se pode deixar de registrar, em obiterdictum, que causa no mínimo perplexidade o fato de que, segundo consta do arsto recorrido, o Secretário de Planejamento Municipal e Urbanismo, Carlos Alberto Brito Loureiro, a quem coube assinar o Alvará de construção, é o próprio engenheiro responsável pela obra do hotel. 14. Recurso Especial de Mauro Antônio Molossi não provido. Recursos Especiais da União e do Ministério Público Federal providos.

gradativamente, no uso da produção e do consumo.

Dito isso, o mercado deve refletir o custo dessa escassez, ou seja, para Antunes, deve se assegurar políticas públicas para a redução da poluição, prevenção e forma de assegurar-se que “os preços dos produtos refletem os custos ambientais” (Antunes, 2008, p. 49).

Quando há danos ao meio ambiente, uma das ferramentas de negociação é o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), um dos temas mais atuais e em transformação intensa do direito contemporâneo.

O TAC<sup>9</sup> está disposto em normas especiais visando a salvaguardar, essencialmente os direitos transindividuais, vindo a ser comparado com o *pleabarganing* e *pleagilty*, ambos do sistema *common law*, na medida em que representam instrumento legítimo de transação com assunção de culpa pelo evento, seja na fase investigatória, seja quando já há processo em curso, sempre com vistas ao melhor interesse coletivo.

O TAC, uma vez regular e válido, realizado por agentes capazes e rezando direitos disponíveis, torna-se título executivo tanto na modalidade quantia certa, quanto na obrigacional de conduta positiva ou negativa.

Firmado o TAC, tem-se por concluída a confissão do dano e a promessa de ajustamento de conduta preventiva ou reparatória, comportando ordem convencional imediata ou com projeção e data de cumprimento futura, primando pelo ajustamento de conduta e comportamento, sendo efeito secundário, o resultado indenizatório.

Por guardar natureza de imprescritibilidade da tutela dos direitos sociais<sup>10</sup>, é possível a fixação dos termos, mesmo que tenha se dado transcurso de longo tempo desde a ocorrência do dano. Mediante isso, é possível falar em prazo para a conduta ajustada, mas não para que o TAC seja fixado, bem como admite-se o TAC preventivo.

O Termo de Ajustamento, por força de lei, tem por imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia (como todo negócio jurídico) para a regular caracterização deste negócio jurídico, ou seja, quanto aos requisitos de ordem formal, o TAC, que dispensa a presença de testemunhas, impõe que os signatários devam aqueles legitimados na Lei de Ação Civil Pública

<sup>9</sup>A respeito do estudo do TAC, registramos agradecimentos à Profa. Bianca Farias (Doutoranda em Direito, pela UERJ) e ao Prof. Humberto Dalla (Professor Associado da Faculdade de Direito da UERJ).

<sup>10</sup>Lei de Mediação: “Art. 35 (...). § 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão”

e o obrigado, aquele que confessa e assume compromisso de ajustar a conduta.

Deve ser iniciado de forma voluntária<sup>11</sup> e escrita, ter prazo expresso para o cumprimento da obrigação, que deve ser líquida e certa. Ser dada publicidade e vigendo imediatamente à aposição das assinaturas, e aquele que assina, torna-se responsável pelo cumprimento e pelas sanções decorrentes do descumprimento, a qualquer tempo<sup>12</sup>.

Se o TAC for incidente à ação judicial em curso, tem-se por seguro que deva ser mantida até que a obrigação instituída chegue a termo, devendo os procedimentos manterem-se suspensos até cumprimento integral do objeto.

Isso, entretanto, não se mostra uníssono, na medida em que é possível a identificação de situações concretas<sup>13</sup> em que a homologação do TAC, enquanto transação, importou em extinção do processo ou impedimento à propositura de Ação Civil Pública.

Visando a conferir maiores detalhes procedimentais, com vista no aprimoramento, aperfeiçoamento e validação dos atos negociais que envolvem o compromisso de conduta, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução n. 118/2014 (CNMP, 2015), instituiu diretrizes para as **convenções pro-**

<sup>10</sup>Lei de Mediação: “Art. 35 (...). § 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão”

<sup>11</sup>Como requisito de um instrumento de negociação, há de ser respeitada a voluntariedade, sob pena de invalidade, tal como ocorreu no julgamento do REsp 802060 de Relatoria do Min. Luiz Fux (DJe 22/02/2010). Toma-se ainda por parâmetro, a orientação do CNJ que instituiu um código de ética, que orienta a postura dos mediadores e conciliadores, que não podem forçar um acordo e nem tomar decisões pelos litigantes: “podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.”

<sup>12</sup>Lei n. 9.605/98. Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. § 1º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no caput possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre: I - o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; II - o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período; III - a descrição detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas; IV - as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas; V - o valor da multa de que trata o inciso IV não poderá ser superior ao valor do investimento previsto; VI - o foro competente para dirimir litígios entre as partes. (...) § 4º A celebração do termo de compromisso de que trata este artigo não impede a execução de eventuais multas aplicadas antes da protocolização do requerimento. § 5º Considera-se rescindido de pleno direito o termo de compromisso, quando descumprida qualquer de suas cláusulas, ressalvado o caso fortuito ou de força maior. (...) § 8º Sob pena de ineficácia, os termos de compromisso deverão ser publicados no órgão oficial competente, mediante extrato. (Grifos nossos).

<sup>13</sup>AgRg no REsp 1185628 / PE AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL  
2010/0045067-5 Relator(a)Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região) DJe 24/09/2015.  
Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.  
HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC). EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO AO EX-PREFEITO.  
ANULAÇÃO DEFINITIVA DO TAC. AUSÊNCIA DE RECURSO RESTABELECIMENTO DO CURSO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE. PRE-

cessuais.

Por meio dessa disciplina, tem-se a recomendação no sentido de adaptação e flexibilização com vistas à adequada tutela jurisdicional, aos interesses materiais subjacentes, e de resguardar a proteção dos direitos fundamentais processuais e, para isso, permite-se ao Ministério Público celebrar acordos visando a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais, qualquer que seja a fase da investigação ou do processo, na forma denominada “*dialogal ecolaborativa*”, tendo por foco a restauração do convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos, aportado sobre o objetivo central de harmonização entre os envolvidos, sendo o TAC uma desses instrumentos de solução<sup>14</sup>.

Analizando-se a novel Lei de Mediação, tem-se a caracterização jurídica da autocomposição de conflitos, ainda que um dos polos interessados seja pessoa jurídica de direito público. Ou seja, as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, tem competência parapromover a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta<sup>15</sup> e, em qualquer das modalidades de composição dos conflitos, caso fixe-se consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo, constituindo título executivo

---

**CLUSÃO PRO JUDICATO. INOCORRÊNCIA. IMPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.** 1. Ajuizada ação de improbidade administrativa contra o agravante, então prefeito municipal (e outro), por supostos danos ao erário - em razão da dúplice aquisição de um mesmo terreno para instalação de um aterro sanitário -, veio a firmar Termo de Ajustamento Conduta - TAC com o MP, o que ensejou, por requerimento conjunto (MP e o ora agravante), a sentença homologatória do acordo e a desistência da ação de improbidade, em relação à sua pessoa. 2. Interposto recurso pelo MP, para anular a sentença homologatória, o juízo singular, em um primeiro momento, exarou decisão de anulação do Termo de Ajustamento de Conduta/TAC (decisão contra a qual não houve recurso do ora recorrente) e indeferiu a petição inicial da ação de improbidade quanto ao Prefeito (em razão da prescrição); em um segundo momento, e depois de novo recurso do MP, retratou-se (em parte) da decisão anterior e determinou o prosseguimento da ação, tal como proposta. 3. Irrecorrida a decisão de anulação do TAC, a consequência lógico-processual seria a desconstituição da sentença homologatória da desistência, que extinguira o processo, posto que o TAC, razão essencial da extinção do feito, não mais subsistia. O restabelecimento do curso da ação não malfere os preceitos dos artigos 463, 471 e 473/CPC, nem atenta contra a preclusão prejudicato. 4. Alega-se que a desconstituição do acordo já homologado deveria se submeter ao rito de uma ação anulatória, em face do que dispõe o art. 486 do CPC (“Os atos judiciais, que ao dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.”). 5. Num clima de normalidade processual, quiçá essa fosse a tese ideal, tanto mais que a homologação do acordo originou situações jurídicasativas para o (ora) recorrente. Mas a realidade é que, tornando-se irrecorrida a decisão anulatória, não remanesceu outro caminho processual que não a retomada do processamento da ação de improbidade. 6. Salienta o agravante que o recurso especial não pretende rever essa decisão (homologatória da desistência, de 04/04/2003), senão aquela que, depois da apelação do MP, reconsiderou a decisão que dera pelo indeferimento da petição inicial em virtude da prescrição e, em consequência, a recebeu. 7. Mas o fato é que, não mais existindo no mundo jurídico o termo de ajustamento de conduta, causa eficiente dos demais segmentos processuais (inclusive da desistência), a consequência processual inarredável seria o processamento da ação de improbidade, com o recebimento da inicial. 8. Na cadeia dos atos processuais, um deles, mais remoto - o que anulou o acordo firmado entre o MPE e o recorrente -, ingressou na situação jurídica de imutabilidade, por falta de recurso do ora recorrente, o que, além de quebrar a sequência de atos processuais a salvo de preclusão, esvazia a eficácia do questionamento do recorrente acerca da decisão, menos remota, que reconsiderou o indeferimento da petição inicial e, na sequência, a recebeu. (...). (Grifos nossos).

<sup>14</sup>Arts. 15 a 17 da Resolução 118/2014, do CNMP.

<sup>15</sup>Lei n. 13.140/2015. Art. 32, III.

<sup>16</sup>§ 3º do art. 32, da Lei n. 13.140/2015.

<sup>17</sup>Parágrafo único do art. 20. Da Lei n. 13.140/2015 assim se refere ao termo final de mediação, sendo razoável que a condição jurídico processual seja estendida ao TAC incidental.

extrajudicial<sup>16</sup> ou título executivo judicial, quando homologado judicialmente<sup>17</sup>.

Vistas as formalidades e possibilidades do TAC, especificamente no que tange aos danos ambientais, matriz deste estudo, passa-se à análise do campo do objeto de negociação entre o ente público e o particular, nos atos de prevenção e reparação dessa modalidade de dano.

### 3 Restauração Ambiental

O dano ambiental é caracterizado quando há dano ao meio ambiente, termo cuja conceituação exata e precisa é de difícil atingimento, na medida em que revela mais propriamente um conceito cultural do que jurídico, ensina Antunes. Notadamente, diante da dicotomia entre o ser humano e a natureza, denomina, o autor, o meio ambiente como *res communes omnium*, algo comum a todos, que usufruem desse bem jurídico (Antunes, 2008, p 235-236).

Quanto à *reparação do dano ambiental*, esse encontra espaço constitucional, dada a preciosidade da matéria para a coletividade, segundo a qual é direito de todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para atingir esse objetivo, o constituinte previu reprimendas nas searas administrativa, penal e cível, destinadas a pessoas físicas ou jurídicas que pratiquem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente<sup>18</sup>.

Antunes ressalta a dificuldade de se instituir a obrigação de reparar o dano e considera que a concepção é aberta, e deve ser preenchida em cada caso concreto, delimitando-se os contornos da reparação, de acordo com as necessidades concretamente levadas ao Judiciário (Antunes, 2008, p. 235-236).

Em sede de Recurso Repetitivo<sup>19</sup>, o Tribunal da Cidadania apreciou o caso de acidente ambiental, decorrente de vazamento de amônia do rio Sergipe. Fixou-se ser inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois:

(...) a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo; d) em vista das circunstâncias específicas e homogeneidade dos efeitos do dano ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe - afetando significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada -, sem quetinha sido dado amparo pela poluidora para mitigação dos

<sup>16</sup>§ 3º do art. 225 da CF.

<sup>17</sup>REsp 1354536 / SE. Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 05/05/2014.

danosmorais experimentados e demonstrados por aqueles que extraem osus-tento da pesca profissional, não se justifica, em sede recurso especial, a re-visão do quantum arbitrado, a título de compensação por danos morais, em R\$ 3.000,00 (três mil reais); e) o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos; assim, durante o interregno em que foram experimentados os efeitos do dano ambiental houve o período de “defeso” - incidindo a proibição sobre toda atividade de pesca do lesado -, não há cogitar em indenização por lucros cessantes durante essa vedação; (...) (Grifamos).

Ainda a respeito da reparação do dano ambiental, Antunes, analisando a questão da apuração do dano, salienta que aquela nem sempre se dará por meio da mera “reconstrução de um local degradado”, na medida em que nem sempre isso representará a efetiva reparação do dano perpetrado. Exemplifica, ponderando que a extinção de uma espécie vegetal, implica afirmar que essa não mais poderá ser reposta, e; indaga o autor como a morte de um animal ou planta pode ser compensada (Antunes, 2008, p. 241).

O critério “compensação” vem sendo adotado como forma de sanção ao poluidor, que deve recuperar outra área correspondente à que degradou. Nesse compasso, a punição de cunho pecuniário é perfeitamente acumulável com obrigação de fazer, seguindo entendimento atual: “(...) 2. Este STJ entende que, em casos de danos ambientais, é perfeitamente possível a cumulação de indenização em conjunto com obrigação de fazer, entretanto isso não seria obrigatório, e estaria adstrito à possibilidade ou não de recuperação total da área degradada”<sup>20</sup>.

Por esse turno, concordamos com os apontamentos de Antunes, no sentido de que qualquer reparação será falha e insuficiente, devendo ser priorizada sempre a prevenção para as atividades que envolvam riscos ao meio ambiente.

Nessa senda, os princípios da precaução e da prevenção, esses aplicados aos impactos ambientais já conhecidos, formam a matriz essencial à minimização dos impactos ambientais decorrentes da vida humana contemporânea, sendo salutar conferir relevo à essa questão, notadamente quando se está diante da possibilidade de se instituir formas adequadas, preventivas e extrajudiciais de solução de conflitos, com vistas a abordar as formas de solução que precedam e/ou evitem

<sup>20</sup>AgRg no AREsp 628911 / SC. Relator(a): Ministro Og Fernandes. DJe 01/07/2015.

a demanda judicial, tal como será exposto a seguir.

#### **4 Mediação e negociação envolvendo órgãos públicos: limites e disponibilidade negociáveis**

O estudo das medidas adequadas e auxiliares de solução de conflitos, vista anova realidade jurídica brasileira, transfere-nos para a observação das intensas modificações registradas no ano de 2015, marco normativo importante no sistema pátrio.

O ano em comento anuncia novas diretrizes normativas, como a Lei de Mediação e a alteração experimentada na Lei de Arbitragem e, em todas essas fontes legais, evidencia-se a relevância da mediação e da conciliação na pacificação dos conflitos sociais.

Nesse contexto, primeiramente faz-se análise sucinta<sup>21</sup> desses instrumentos, partindo da manifestação do Conselho Nacional de Justiça, para o qual a “mediação” é descrita como situação em que a figura de um terceiro não envolvido com o problema, funciona como facilitador do diálogo entre as partes de modo que “elas mesmas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema”, a qual será alcançada com maior consciência do conflito e quando os envolvidos estiverem fortalecidos pelo debate. Ou seja, os conciliadores são mais ativos nas negociações (*ouvidor-sugestor*) ao passo em que os mediadores guardam postura de passividade, funcionando como o ouvidor das partes (DUARTE; DALLA, 2015, pp. 317-342)<sup>22</sup>.

A mediação retrata a solução de conflitos de forma amistosa, na medida em que visa à facilitação da comunicação e negociação entre as partes. Segundo NCPC (art. 165, § 3º), o mediador atuará, preferencialmente, nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, resguardando relações preexistentes ao conflito (tal como se observa nas relações de vizinhança), sempre com o propósito do restabelecimento da comunicação e oportunizando que os litigantes identifiquem, por eles próprios, as melhores formas de soluções consensuais, na medida em que enxergam os benefícios mútuos.

<sup>21</sup>A respeito do tema, convida-se à leitura do trabalho intitulado: “Conciliação e mediação: impacto do novo CPC nos juizados Especiais”. In Coleção Repercussões do Novo CPC - v.7 - Juizados Especiais. JusPodivm, 2015, pp. 317-342.

<sup>22</sup>“O mediador pode assumir posturaativa (conciliação) ou passiva (mediação em sentido estrito), ou seja, o mediador ativo funciona como facilitador do diálogo entre as partes - tal como realiza o passivo - mas, além disso, apresenta alternativas aos litigantes, meios de solucionar a contenda, esclarece-lhes acerca de questões técnicas, tais como aquelas decorrentes de questões jurígenas subjacentes ao conflito (i. e., em caso de conflito entre vizinhos, presta esclarecimentos técnico-jurídicos a respeito de obrigações em relações de condomínio edilício que geraram o conflito e danos dali derivados).”

Nesse compasso, mostra-se presente entre os litigantes, catalisando o conflito e soluções, sem interferir na substância da solução, o que deve ser enxergado pelos próprios envolvidos (DALLA, 2015)<sup>23</sup>.

Com o advento no NCPC, tem-se expressamente que devem ser criados pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, de modo a possibilitar negociações envolvendo órgãos e entidades da administração pública, restando autorizado ainda que nesses espaços celebre-se Termo de Ajustamento de Conduta<sup>24</sup>.

Outro passo do estudo dessa possibilidade, remete-nos à Lei de Arbitragem, que obteve alterações em 2015<sup>25</sup>, passando a dispor que a administração pública direta e indireta também poderá utilizar-se da arbitragem, como mecanismo hábil e legal a dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, cabendo à autoridade ou o órgão competente da administração pública direta, atribuição para a celebração de convenção de arbitragem e realização de acordos ou transações<sup>26</sup>.

Essa importante “adaptação normativa”, excetuando a regra de que o julgamento pela via da arbitragem pode se dar pelas formula de “direito” ou “equidade”, à critério das partes, no caso da administração pública, a arbitragem será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade, executando ainda a regra de sigilo do procedimento arbitral.

A Advocacia Geral da União<sup>27</sup>, seguindo o fluxo de negociabilidade do direito público pelas vias adequadas de solução de conflitos, apresentou “Ementários” (AGU, 2015) compilando os resultados dessa relevante e novel questão<sup>28</sup>, nos planos da conciliação e arbitragem, nas controvérsias entre órgãos e entidades públicas fede-

<sup>23</sup>Humberto Dalla, no estudo “Mediação no Direito Brasileiro: Evolução, Atualidades e Possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil”, apresentou conceito de mediação, partindo da análise de material estrangeiro, como UniformMediationAct, dos Estados Unidos, de doutrinadores como Stephen B. Goldberg, Helena SolettoMuñoz, Chiara Besso, além da Diretiva n. 52 do Conselho da União Europeia, dentre outras fontes.

<sup>24</sup>Art. 174, III, do CPC/2015.

<sup>25</sup>Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015.

<sup>26</sup>§§ 1º e 2º do art. 1º, da Lei n. 9.307/96.

<sup>27</sup>Lei de Mediação: “Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União”.

<sup>28</sup>Desde a sua criação, em 27 de setembro de 2007, como Unidade da Consultoria-Geral da União, pelo Ato Regimental nº 5, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal vem envidando esforços para atender a missão instituída em seu planejamento estratégico, no sentido de solucionar, em âmbito nacional, por conciliação ou arbitragem, mediante cooperação e diálogo, controvérsias entre órgãos e entidades públicas federais, bem como solucionar, por conciliação, controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal, visando ao atendimento do interesse público, com observância dos princípios da Administração Pública. Neste mister, formulou e vem se empenhando para dar cumprimento à meta de divulgar, em âmbito nacional, a prática da conciliação como solução e meio adequado para a pacificação dos conflitos.

rais, e entre as Administrações Públicas Federal e dos Estados ou do Distrito Federal.

Para ilustrar, traz-se o Processo: 00428.001190/2005-84, encerrado em 2007, tendo como interessados o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), Ministério dos Transportes (MT) e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Cuja ementa versa sobre (interior teor do TAC Anexo):

Controvérsia de natureza ambiental, decorrente da deflagração de processo administrativo para a realização para a reforma da Rodovia BR-319, interligando Porto Velho a Manaus. Existência das ações judiciais nº 2005.32.00.004906-7 e 2005.32.00.005731-4, ajuizadas pelo Ministério Público Federal e do agravo de instrumento nº 2005.01.00.066991-0. Conciliação pela celebração de Termo de Acordo e Compromisso (TAC), estabelecendo consenso sobre a recuperação da rodovia e sobre o tipo de licenciamento ambiental necessário para a realização da obra, orçada em 700 milhões.

Para dar azo a essas medidas, tem-se ainda a Diretriz do CNMP, denominada-Resolução n. 118/2014 (CNMP, 2015). Narra que, na área penal, também existem amplos espaços para anegociação, sendo exemplo o previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais, a qual observa possibilidade de composição do dano por parte do infrator, o que também é registrado pela Lei nº 9.605/1998, que dispõe acerca das sanções penais e administrativas, quando de conduta e atividades lesivas ao meio ambiente.

A Resolução considera a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica das contendas, fruto da tendência mundial, decorrente do que o MP atribui “*evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso*”.

Nesse cenário, impôs a necessária consolidação procedural, no âmbito do Ministério Público, de política permanente de incentivo e aperfeiçoamento para a efetivação desses mecanismos de auto composição, dada a importância da prevenção e da redução da litigiosidade.

Todos esses instrumentos revelam-se efetivos de pacificação social, seja na resolução do conflito em curso (modalidade incidental), seja quando da prevenção de litígios, controvérsias e problemas. É por meio desse processo que Ministério Público noticia medidas apropriadas as quais já se encontram em utilização por meio de programas implementados que se “*têm reduzido a excessividade*”.

*va judicialização e têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento".* Enumera serem "práticas auto compostivas no âmbito do Ministério Público" a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas e as convenções processuais<sup>29</sup>.

A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal, tal como assegurado na Constituição<sup>30</sup>; assim como para a "solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público".

Noutro turno, tem-se a mediação<sup>31</sup>, recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes, nisso sendo compreendida a mediação comunitária e a escolar, cuja Resolução em comento autoriza "a atuação do Ministério Público sejam regidas pela máxima informalidade possível".

Ganha relevo a medida desjudicializada e preventiva, de modo expresso pela Resolução do MP, na medida em que assegura que a mediação poderá ser promovida como mecanismo de prevenção ou resolução de conflito e controvérsias nas questões ainda judicializadas, bem como em caráter incidental judicial, utilizando-se as técnicas do mecanismo de mediação em prol do atingimento do aprimoramento da comunicação e dos relacionamentos.

O acordo celebrado pode ser referendado pelo próprio Órgão do Ministério Público, sem prejuízo de também ser apreciado pelo Poder Judiciário, com pedido de homologação.

<sup>29</sup>Artigos 8º a 17 da Resolução n. 118/2014, do CNMP.

<sup>30</sup>Art. 129, III.

<sup>31</sup>Lei n. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. "Art. 1º(...). Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia". (Grifamos).

<sup>32</sup>Resolução 125/2010, do CNJ; Anexo III, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. "Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.I - Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese; (...)".

Lei n. 13.140/2015. "Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação".

Ponto que merece atenção é a questão da confidencialidade (CNJ, 2015)<sup>32</sup>, norma principiológica quando se trata de mediação, mas que merece aclaramento, na medida em que a mediação ora em exame, cuida de salvaguardar interesses negociados pelo MP, de interesse público por natureza.

Para tratar desse aspecto, a Resolução do CNMP foi preciso em dispor que é possível manter-se a confidencialidade (em contraponto à necessária publicidade dos atos), quando a mesma for recomendada, dadas circunstâncias que se fizerem presentes em casos individualmente considerados; quando isso for essencial à preservação da intimidade dos interessados, o que só pode ser revelado por expressa autorização dos envolvidos, ou quando se tratar de violação à ordem pública ou às leis vigentes.

Já a **conciliação**, por sua vez, é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de *atuação do Ministério Público como órgão interveniente* e que sua atuação intervintiva seja necessária à proposta de soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos.

Tem-se ainda as **convenções processuais**, já indicadas neste escrito, por meio da qual, as partes podem fixar o objeto da transação de forma a conferir ganhos e garantias para todos os envolvidos, de maneira prévia à judicialização, menos custosa economicamente e mais efetiva à consagração do acesso à justiça em seu aspecto amplo, que transcende o mero acesso ao Judiciário.

É o que ocorre quando se estabelece acordo com o propósito de inibir a propositura e ação civil pública, e do Termo conste, necessariamente, o indicativo de bens regularmente penhoráveis que dará suporte à futura execução do título executivo, eventualmente inadimplido.

Quanto ao objeto da auto composição, dispõe a Lei de Mediação, que se aplica também aos Órgãos e Entes Públicos<sup>33</sup>, que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho<sup>34</sup>, o acordo desjudicializado, que independente de homologação judicial e de duplo grau obrigatório, tem como única forma controle aquele exercido pelos Tribunais de Contas respectivos, o que, para nós, pode revelar com circunstância inibidora da negociação.

Outra modalidade de solução de controvérsias jurídicas que envolve a Ad-

<sup>32</sup>Lei n. 13.140/2015, art. 1º.

<sup>34</sup>Aula ministrada no PPGD da UERJ em outubro de 2015.

ministério Público Federal Direta, suas Autarquias e Fundações, é a transação por adesão<sup>35</sup>, constituindo requisitos e condições da transação por adesão, aquilo que for definido pela Administração Pública.

A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, implicando na renúncia do interessado, ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso - salvo se interessado for parte em processo, movido por ação coletiva, hipótese em que tal renúncia deverá constar expressa em petição dirigida ao juiz da causa - seja de natureza administrativa ou judicial, decerto limitando ao que comportam os pontos compreendidos no instrumento de resolução administrativa<sup>36</sup>.

De toda sorte, dispõe a Lei de Mediação<sup>37</sup> que as hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa, ou caso recaia sobre a matéria decisão do Tribunal de Contas da União, a composição extrajudicial do conflito que envolva controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União, dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

## Considerações finais

O presente estudo analisou as formas adequadas de solução de conflitos nas sendas judicial e extrajudicial, pautado no intenso movimento normativo a respeito da temática.

Precisamente, para o Direito Ambiental, importante é passar pela natureza jurídica do dano ambiental e dos princípios específicos da matéria para compreender o momento da situação jurídica de interferência para o ajuste de conduta, de modo a prevenir ou recuperar danos ao meio ambiente, enquanto patrimônio universal e de interesse coletivo.

Observamos que a Administração Pública vem recebendo nova tratativa jurídica, dispensando-lhe oportunidades para negociações de matérias de interesse público, naquilo que cuidar de direitos disponíveis e transacionáveis, até mesmo em caráter pré-processual, e independente de manifestação do Estado-Juiz, bastando o cumprimento dos termos para validade dos negócios jurídicos, segundo

<sup>35</sup>Lei de Mediação, art. 35: (...) com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

<sup>36</sup>§ 3º e 4º do art. 35 da Lei de Mediação.

<sup>37</sup>Lei de Mediação, § 4º do art. 36.

regras gerais civilistas.

As questões que envolvem mediação, arbitragem e conciliação, temas de extrema relevância às necessidades de acesso à justiça da contemporaneidade, encontram expressos em seus sistemas regulatórios, o englobamento do poder público como parte ou como interveniente, assentados em Leis Nacionais e Resoluções expedidas por Órgão e Entidades aptas a dispor acerca da proceduralística de realização das formas adequadas de solução de controvérsias envolvendo o Poder Público.

São-lhe igualmente aplicadas as fórmulas de pacificação, tal qual prevista para os particulares, qual seja, a figura do terceiro prestando-lhes esclarecimento para que os envolvidos conheçam as possibilidades e os efeitos de seus atos; para que percebam que a atividade judicante não é o único caminho para a solução dos conflitos, e contribuindo para que os entraves sejam dissolvidos por meio da comunicação e do diálogo.

Fora a intervenção desse terceiro imparcial, o sistema comporta a negociação, como o Termo de Ajustamento de Conduta, com causas concretas, mostradas ao longo do trabalho, para melhor ilustração dos caracteres formais e materiais, que podem formar esse instrumento de negociação válido e eficaz, hábil a manejar execução imediata em caso de descumprimento.

Feito isso, temos por encerramento das considerações finais que o sistema está em mutação extremamente acelerada, de modo a adaptar-se às necessidades patentes da atividade do Estado de pacificar conflitos, ainda que delegue aos próprios envolvidos, participação e empoderamento no aponte da melhor solução casuisticamente, e de acordo com reais expectativas e necessidades dos envolvidos.

Soa-nos como algo positivo e em evolução, merecendo alguns ajustes no percurso de adaptação, aprimoramento na fiscalização e, essencialmente, mudança cultural para recepção e bom aproveitamento do novo modelo do sistema do Direito da Nova Era.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Ementário conciliação das Câmaras ad hoc*,

*na CGU/AGU. Consultoria-Geral da União. Fonte: [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/288534](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/288534). Acesso em: 22 out. 2015.*

**BRASIL.** Advocacia Geral da União. *Ementário de conciliação da Câmara de Conciliação e Arbitragem - 2007 e 2008, da CAF/CGU/AGU. Consultoria-Geral da União.* Fonte: [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/288534](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/288534). Acesso em: 22 out. 2015.

**BRASIL.** Congresso Nacional. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997.*

**BRASIL.** Congresso Nacional. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. *Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.*

**BRASIL.** Congresso Nacional. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil.*

**BRASIL.** Congresso Nacional. Lei n. 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.*

**BRASIL.** Congresso Nacional. Lei n. 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.*

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Dispõe sobre a arbitragem.*

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.*

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 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.*

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. *Institui o novo Código Florestal.*

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Ministério Público Federal. Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014. *Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/6871-resolucao-118>. Acesso em: 16 out. 2015.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação.* Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 11ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DUARTE, Márcia Michele Garcia; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Conciliação e mediação: impacto do novo CPC nos juizados Especiais.* In Coleção Repercussões do Novo CPC - v.7 - Juizados Especiais. JusPodivm, 2015, pp. 317-342.

FERNANDES, David Augusto. Sistema Onusiano:uma Contribuição Político-Jurídica da Organização das Nações Unidas. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direitos Fundamentais*. Rev. atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

Artigo recebido em: 13.03.2016

Revisado em: 15.04.2016

Aprovado em: 17.04.2016

# A MILICA: CONSTITUIÇÃO DE 1967, ANTICOMUNISMO E SEGURANÇA NACIONAL<sup>1</sup>

## *THE MILICA: CONSTITUTION 1967, ANTICOMMUNISM AND NATIONAL SECURITY*

Mateus Gamba Torres<sup>2</sup>

Doutor em História

*Universidade de Brasília (UNB) - Brasília (DF) - Brasil*

**RESUMO:** O presente artigo trata das relações entre direito, justiça e política durante a ditadura militar, mais especificamente no que se refere à elaboração da Constituição Outorgada de 1967. Como Carta Política a Constituição ditatorial, que aqui apelidamos de “A Milica” devido a sua origem, traz em seu bojo o conceito da Doutrina de Segurança Nacional, fundamentando politicamente e juridicamente as restrições democráticas, relativizando direitos e garantias constitucionais de 1946. Verifica-se como a Guerra Fria e o anticomunismo conseguem espaços determinantes na teoria constitucional que se estabelece, assim como apoio e fundamentações teóricas de juristas de renome na época.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição de 1967. Ditadura civil-militar. Segurança Nacional.

**ABSTRACT:** This article deals with the relationship between law, justice and politics during the military dictatorship , more specifically with regard to the preparation of the Constitution Granted 1967. How Political Letter dictatorial Constitution, here nicknamed “ The Milica “ due to its origin , brings with it the concept of the National Security Doctrine , stating politically and legally democratic restrictions, relativising rights and constitutional guarantees of 1946. it appears as the Cold War and anticomunism can determine spaces in constitutional theory that is established , as well as support and theoretical foundations of renowned jurists at the time.

<sup>1</sup>Este artigo tem como problemática as questões relacionadas à Constituição outorgada de 1967, adequando-se à Linha editorial Direitos Humanos e suas dimensões.

<sup>2</sup>Professor do Departamento de História da UNB. Bacharel em Direito - UFSC. Bacharel e Licenciado em História - UDESC. Mestre em História - UDESC. Doutor em História - UFRGS.

**KEYWORDS:** 1967 Constitution.Civil - military dictatorship.National Security.

## Introdução

Depois das mudanças na estrutura constitucional através dos Atos Institucionais números 1 e 2, o governo ditatorial edita o Ato Institucional nº 3, que determinava e institucionalizava a eleição indireta para Governador e Vice-Governador de Estado e também dos Prefeitos das Capitais dos Estados(BRASIL,1966). A participação direta da população nas eleições está assim praticamente extirpada, e a Constituição de 1946, praticamente superada pelo uso dos poderes excepcionais que foram atribuídos ao Marechal Castelo Branco, tendo este baixado entre 1965 e 1966 três atos institucionais, 36 atos complementares, 312 decretos-leis e 3.746 atos punitivos(BONAVIDES, 2006).

Após tais mudanças, o governo ditatorial transforma o Congresso Nacional em Assembleia Constituinte através do Ato Institucional nº 4, determinando que deputados e senadores discutissem o projeto de Constituição imposto pelo governo entre os dias 12 de dezembro de 1966 e 24 de janeiro de 1967, sendo que obrigatoriamente deveria ser promulgada em 24 de janeiro de 1967, como efetivamente foi (BRASIL,1966). Nas páginas que seguem, será analisada a Constituição de 1967, levando em conta o processo de sua redação e a novidade relativa aos artigos sobre segurança nacional. A seguir, será feita uma discussão do conceito, considerando o entendimento tanto de seus formuladores - na pessoa de Golbery do Couto e Silva - quanto de representantes do campo jurídico. Ao final, serão analisados dois acórdãos julgados pelo STF depois da referida Constituição, atentando para a forma como os Ministros se referem ao mesmo conceito de segurança nacional.

## 1 Constitucionalizando o Institucional

Segundo Paulo Bonavides, 1º de janeiro de 1967 “[o] governo reuniu suas lideranças no Senado e na Câmara, por ocasião do encaminhamento do projeto de Constituição, dando-lhe conhecimento dos dispositivos não-emendáveis”(BONAVIDES, 2006). Existiam assim coações no trabalho parlamentar: o exíguo tempo para discussão ou votação; a vigência dos atos institucionais, que davam poderes excepcionais ao Presidente da República; a concomitante existência do Sistema Nacional de Informações que, inclusive, opinou no preparo da Constituição, a qual teria a função de

“constitucionalizar o institucional”, mas o que pretendia o órgão de informações do período ditatorial era construir uma atmosfera favorável ao “sistema” que se impopularizava e formar opinião internacional com ideia de um regime com sua Carta constitucional votada pelo Parlamento. (BONAVIDES, 2006, p. 437)

Juristas de renome foram responsáveis pela elaboração do projeto através de uma comissão encarregada para este fim, sob a orientação do Ministro da Justiça Mem de Sá: Levi Carneiro, Temístocles Cavalcanti, Orozimbo Nonato e Seabra Fagundes (que teve divergências com Castelo Branco e deixou posteriormente a Comissão), demonstrando que dificilmente algo era feito sem um parecer ou consulta a operadores do direito, que adaptavam o conjunto de leis destinadas dar sustentabilidade ao autoritarismo governamental, sempre que possível fazendo justificativas de sua existência e plausibilidade.

Todavia o texto apresentado pela Comissão foi considerado extremamente liberal para o regime ditatorial:

Mas o Governo não se conformou com o trabalho dos juristas que ele próprio escolhera. Entendeu que o texto ficara excessivamente liberal. Substituiu o Ministro Mem de Sá pelo jurista Carlos Medeiros Silva, encarregando-o de rever o texto e ajustá-lo dentro do possível às características do regime. Roberto Campos, o homem forte da economia, coordenou esse trabalho com o jurista Carlos Medeiros Silva, de tal forma que os aspectos legais estivessem harmonizados com os critérios financeiros e econômicos que norteavam o sistema de Governo(BONAVIDES, 1966, p.440).

Através do trabalho de dois homens intrinsecamente ligados ao regime, na Constituição de 1967 mantiveram-se todos os dispositivos ditoriais dos atos institucionais, especialmente no que diz respeito às eleições indiretas para Presidente e Vice-Presidente, Governadores de Estado e Prefeitos de Capitais. Além disso, foi mantida a disposição referente ao julgamento de civis pela Justiça Militar quanto à acusação de crimes contra a segurança nacional.

Diferentemente da Constituição de 1946, na qual o conceito de segurança nacional era relativo à defesa externa, a Constituição de 1967 mudou substancialmente esse conceito.

A nova Constituição mudava esta definição para adaptar-se à Doutrina de Segurança Interna, com sua teoria da guerra psicológica e do “inimigo interno”. A ameaça à segurança nacional era assim definida como uma ameaça antes a fronteiras ideológicas do que a fronteiras territoriais (ALVES, 2005, p.312).

Os atos institucionais anteriores já mencionavam a contraposição entre segurança e as atitudes subversivas relacionadas à corrupção e improbidade administrativa do governo deposto. De forma esparsa, os atos institucionais aumentaram as atribuições do Conselho de Segurança Nacional, que na Constituição de 1946 era somente consultivo para questões de defesa externa. Considerando que a nova forma de segurança possuía um viés interno, mesmo ainda não definitivamente explicado e institucionalizado pelos atos, a Constituição de 1967 teve como inovação o desvio explícito do conceito de segurança nacional como um problema de segurança interna da Nação. O Conselho de Segurança Nacional era composto pelo Presidente da República, Vice-Presidente e seus Ministros de Estado e, conforme a Constituição, tinha as seguintes responsabilidades:

Art 90 - O Conselho de Segurança Nacional destina-se a assessorar o Presidente da República na formulação e na conduta da segurança nacional. (...)

Art 91 - Compete ao Conselho de Segurança Nacional:

I - o estudo dos problemas relativos à segurança nacional, com a cooperação dos órgãos de Informação e dos incumbidos de preparar a mobilização nacional e as operações militares;

II - nas áreas indispensáveis à segurança nacional, dar assentimento prévio para:  
a) concessão de terras, abertura de vias de transporte e instalação de meios de comunicação;

b) construção de pontes e estradas internacionais e campos de pouso;

c) estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à segurança nacional;

III - modificar ou cassar as concessões ou autorizações referidas no item anterior (BRASIL, 1967).

Os poderes outorgados ao Conselho de Segurança Nacional o transformaram no Supremo órgão do Estado de Segurança Nacional: o Supremo órgão coordenador dentro do aparato do Estado (ALVES, 2005, p. 312).

Percebe-se pelos artigos acima que tal conceito de segurança não fazia menção a invasões estrangeiras, a guerras externas, mas sim à construção de estradas para a integração de territórios nacionais, à concessão de terras e instalação de meios de comunicação interna para haver um controle de tudo que está acontecendo no país e, ainda, a intervenção do Estado no que diz respeito a determinar quem teria o direito de exploração de indústrias consideradas de interesse da segurança nacional.

## 2 A influência internacional na Milica

Nessa época, a retórica da guerra fria, conduzida pelos Estados Unidos e opondo comunismo e democracia, ganhou terreno no imaginário político conservador brasileiro, especialmente nos anos que antecederam o golpe de 1964. Estudantes democratas e sindicalistas democratas eram aqueles que, em seus grupos sociais, disputavam espaço com os comunistas (MOTTA, 2002). A retórica democrática identificava-se com o alinhamento internacional do Brasil com os Estados Unidos. Na ótica norte-americana, a luta contra os países comunistas era uma luta contra a tirania em favor da democracia - a democracia liberal, no estilo norte-americano. “A democracia que tão sofregamente se pretendia proteger não tinha conteúdo, seu sentido era vago. Não se tratava de afirmar a participação popular em contraposição ao autoritarismo, mas de opor à ordem a ‘ameaça revolucionária’”. (MOTTA, 2002).

No cuidado com a segurança nacional estariam envolvidos os cidadãos, e não somente o governo, pois toda pessoa física ou jurídica seria responsável pela segurança nacional, conforme o art. 89. Todos os indivíduos são transformados em informantes em potencial, em virtude do medo de represálias no caso de alguém não comunicar aos órgãos de informação atividades consideradas contrárias ao regime. Não é à toa que o investimento em informação e integração passa a ser responsabilidade do Conselho de Segurança Nacional.

O Brasil deveria se integrar territorialmente e fisicamente através de estradas e ideologicamente através dos meios de comunicação, que teriam como objetivo facilitar a interligação entre os cidadãos, transformados em informantes dos atos daqueles que insistiam em se revoltar contra a ditadura e o regime, dando a esse regime a responsabilidade de reprimir qualquer manifestação de opinião ou ato considerado contrário à segurança nacional. Depreende-se que tudo que era contra o regime instalado era considerado contra a nação e deveria, assim, ser com-

batido. Tais conceitos e formas de pensar e agir foram desenvolvidos há décadas no Brasil e no mundo, sendo constituintes claros do que se convencionou chamar de Doutrina da Segurança Nacional. Segundo um dos teóricos brasileiros da segurança nacional, General Golbery do Couto e Silva, esta deve ser definida como: “o grau relativo, de garantia que o Estado proporciona à coletividade nacional, para a consecução e salvaguarda de seus objetivos, a despeito dos antagonismos internos ou externos, existentes ou presumíveis”(SILVA, 1967,p. 155).

De acordo com ideias como essa, que se pode considerar como parte de um imaginário político, os militares eram os principais refletores do medo de um governo comunista no Brasil. A Doutrina da Segurança Nacional passou, com o tempo, a ser tomada como a garantia contra o perigo vermelho, que poderia estar em qualquer parte, tentando de forma sub-reptícia dominar o Brasil e o mundo.

Couto e Silva, que se dedicava ao estudo de tal invenção doutrinária, dedicava-se também a estudar a geopolítica mundial, a partir das posições e interesses presumidos do Brasil (SILVA, 1967). Seus estudos de geopolítica destinavam-se a entender quais as ameaças estratégicas que comunismo poderia gerar para o Brasil e, ainda, como poderia ser feita a defesa da nação e a previsão de situações e posições a serem assumidos pelo país.

Da teoria de que sua criação seria uma herança da guerra da Argélia desenvolvida por generais franceses, para o fato de que seu desenvolvimento doutrinário ocorreu nos Estados Unidos pelos oficiais americanos, com a doutrina da guerra total e da guerra revolucionária, a Doutrina da Segurança Nacional foi aplicada nas ditaduras latino-americanas no pós-1945 para que fosse evitado o perigo comunista.

Assim, a Doutrina da Segurança Nacional (DSN) pode ser compreendida como uma teoria de guerra(COMBLIN, 1978). Guerra contra antagonismos, contra insurreições intestinas, contra revoluções, ou seja, uma guerra contra guerra. A DSN correspondia a uma visão de mundo marcada pela polarização entre um lado ocidental, cristão, capitalista, os Estados Unidos da América, e um lado oriental, ateu e comunista, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

A DSN, como uma teoria totalizante que é, simplifica a diversidade de aspectos políticos e sociais em detrimento de apenas uma dicotomia: capitalismo e comunismo. Quem não é amigo é inimigo e deve ser combatido interna e externamente. A segurança é a força do Estado aplicada contra todos aqueles que entrarem na lista de adversários. Não se pode questionar seus meios. Por isso,

no plano da política interna, a segurança nacional destrói as barreiras das garantias constitucionais. A segurança não conhece barreiras: ela é constitucional ou anticonstitucional; se a Constituição não se adapta, deve ser mudada (COMBLIN, 1978).

A vigilância deveria ser atenta em todos os setores da sociedade, contra o perigo vermelho, contra a subversão da ordem. Em toda a parte existe subversão, sua grande inimiga. A estratégia é orientar, controlar, vigiar tudo e todos.

Contra a pior forma de entreguismo que é esse entreguismo psicológico dos teleguiados comunistas, capazes não só de dispor de qualquer de nossas riquezas em benefício da pseudopátria do socialismo, mas ainda de se comprazer na pura subserviência mental, num servilismo espiritual que só almeja saber qual a linha justa que lhes cumpre seguir, defender e propagar. - impõe-se, sem tardança, prevenir as elites descuidadas, egoístas e fartas, fortalecer as massas desprotegidas e inermes, ao calor desta sábia e nobre cultura cristã que é a nossa, e sobre a base indispensável de um desenvolvimento econômico e social que não repudie, porém, os valores espirituais para cingir-se aos simples padrões materialistas, numa prévia rendição, interesseira e covarde, à onda ameaçadora e avassalante da ideologia soviética, precisamente fundamentada no dogma semelhante, ao mesmo tempo rígido e flexível, do materialismo dialético. (SILVA, 1967, p. 194)

Para Golbery, toda a sociedade poderia ser identificada e totalizada com quatro aspectos: político, psicossocial, econômico e militar, sendo o Poder Nacional a expressão da ordem de todos estes aspectos, com o escopo de promover, no âmbito interno e externo, a consecução e salvaguarda dos objetivos nacionais. Confirmado que tudo era gerado para a guerra, Golbery desenvolve também o conceito de Potencial Nacional, que seria integração de todos os aspectos acima relatados suscetíveis de, em maior ou menor prazo, transformar-se em poder *para fazer a guerra* (SILVA, 1967, p.156).

Segundo o teórico, o conceito de segurança nacional permearia todos os aspectos estatais: político, econômico, militar, psicológico, nos quais o dever de vigilância seria parte de uma estratégia de autoproteção da sociedade, fiscalizando a ação dos presumidos inimigos. (SILVA, 1967) Como o comunismo ataca em todos esses setores, é preciso atacá-lo de volta em todos esses planos e articular da

melhor maneira possível todos os esforços desenvolvidos em todos esses campos de batalha (COMBLIN, 1978).

Ainda prendendo-se ao conceito de Golbery, verifica-se a existência de objetivos nacionais a serem cumpridos. Segundo o teórico da DSN, existiriam dois conceitos de antagonismos: permanentes e atuais. Os permanentes poderiam ser classificados grosso modo como a integração nacional, autodeterminação ou soberania, bem estar e progresso. Tudo isso eram questões permanentes para que os comunistas não conseguissem disseminar suas ideias pela sociedade brasileira.

### **3 Atos Institucionais: integração nacional (AI n. 3; AI n 4; AI n. 5)**

Interessante analisar a legislação *supra constitucional* dos atos institucionais e a sua carta de intenções no sentido de efetivar os objetivos nacionais da segurança nacional. Pois, como já revelado pelos objetivos atuais, o dia-a-dia é uma luta contra antagonismos. No Ato Institucional nº 2 percebe-se o objetivo da integração nacional. Já nas primeiras linhas procura estabelecer a base social do Golpe de Estado. “A Revolução é um movimento que veio da inspiração do povo brasileiro para atender às suas aspirações mais legítimas: erradicar uma situação e um governo que afundava o País na corrupção e na subversão” (BRASIL, 1965).

O Ato Institucional nº 2 é conhecido por ter eliminado da sociedade brasileira a pluralidade partidária e as eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente da República. Cumpria assim o papel de evitar antagonismos considerados desnecessários, ou seja, menos partidos, menos antagonismos. Com menos antagonismos, mais vitoriosa seria a Revolução. Em sua exposição de motivos, seus *considerandos*, o Ato Institucional nº 2 demonstra afinação com a DSN. O bem estar e o progresso seriam os motivos de sua edição: “CONSIDERANDO que o País precisa de tranquilidade para o trabalho em prol do seu desenvolvimento econômico e do bem-estar do povo, e que não pode haver paz sem autoridade, que é também condição essencial da ordem” (BRASIL, 1967).

Nota-se a preocupação com o bem-estar e com o desenvolvimento econômico. A DSN presume que o progresso/desenvolvimento econômico e o bem estar são elementos fundamentais para que uma sociedade seja segura. Segura contra quem? Principalmente contra os comunistas. O comunismo aproveitar-se-ia do subdesenvolvimento de diversas regiões da América Latina e dos jovens países africanos para fincar suas raízes em sociedades ainda com muitas tensões. A América Latina nunca estaria segura de insurreições, terrorismo, guerrilha, infil-

trações, propaganda ideológica enquanto perdurasse a estagnação econômica, a corrupção, a miséria, a ignorância e a fome (SILVA, 1967).

Enquanto sopram de Moscou, incansáveis e habilmente manejados, os ventos da cizânia e da discordia de envolta com promessas de ajudas e régios presentes de armas; seja mais além, no Sudeste asiático e na Indonésia, onde se oferecem, favoráveis, uma turbulência natural e um miserável padrão de vida, como alvos fáceis à penetração acelerada de uma destra e sinuosa infiltração comunista. (SILVA, 1967, p.187)

Como já mencionado, o Ato Institucional nº 3 estendeu as eleições indiretas para os Governadores, Prefeitos de Capitais e respectivos vices, tudo isso para preservar a *tranquilidade e a harmonia política e social do país*, a partir da justificativa de que seria “conveniente à segurança nacional alterar-se o processo de escolha dos Prefeitos dos Municípios das Capitais de Estado”(BRASIL, 1966). A segurança nacional era um conceito amplo o suficiente para ser argumento para tudo, para todos os atos, todas as leis. Nota-se que do 1º ao 17º Ato Institucional, com exceção ao AI-5, as exposições de motivos foram diminuindo de tamanho: o grande esforço literário de convencimento da *opinião pública* da importância dos atos foi deixado de lado. Talvez o regime já partisse da perspectiva de que maiores esclarecimentos seriam desnecessários, diante de uma sociedade civil sob controle.

Com a determinação do AI-4, foi imposta a Constituição de 1967, que veio a coroar a Doutrina da Segurança Nacional na legislação brasileira.

O Congresso, em recesso, fora convocado para um período extraordinário de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, extremamente curto para debater e votar um projeto de Constituição. O governo reuniu suas lideranças no Senado e na Câmara, por ocasião do encaminhamento do projeto de Constituição, dando-lhe conhecimento dos dispositivos “não emendáveis”. (BRASIL, 1966)

#### 4 Doutrina da segurança nacional

Após a Constituição de 1967, a Doutrina da Segurança Nacional estava estabelecida no documento político e jurídico maior da Nação. A partir da Constituição, começariam a aparecer em decisões judiciais os conceitos de segu-

rança nacional. Em discussão sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei 322 de 1967, que tratava de locações e, segundo o governo, poderia ser expedido por decreto-lei, pois relacionado à matéria de segurança nacional, Aliomar Baleeiro coloca que este não poderia ser expedido dessa forma, pois a segurança nacional não poderia ser utilizada como fundamento para expedição de qualquer decreto, porque possuía um conceito que deveria ser respeitado:

Mas o conceito de ‘segurança nacional’, a meu ver, não constitui algo indefinido, vago e plástico, algo que pode ser ou não ser entregue ao discricionarismo do Presidente e do Congresso. Os direitos e garantias individuais, o federalismo e outros alvos fundamentais da Constituição ficarão abalados nos alicerces e ruirão se admitirmos que representa ‘segurança nacional’ toda matéria que o Presidente da República declarar que o é, sem oposição do Congresso. (STF,2013)

A seguir, com base nos arts. 89 a 91 da Constituição de 1967, insertos queiram na Seção intitulada *Da Segurança Nacional*, o Ministro Aliomar Baleeiro conceituou segurança nacional: “Quero crer que ‘segurança nacional’ envolve toda matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, paz e sobrevivência do País, suas instituições e valores materiais ou morais, contra ameaças externas e internas. (...)(STF, 2013).

Aplicou, então, essa compreensão ao caso concreto:

Se nisso se contém a matéria da segurança nacional, toda ela de ordem pública e de Direito Público, repugna que ali se intrometa assunto miúdo de Direito Civil, que apenas joga com os interesses também miúdos e privados de particulares, como a purgação da mora nas locações em que seja locatário o comerciante(STF,2013).

Ou seja, para o Ministro o direito que possuía o Executivo de legislar sobre a segurança nacional através de decretos-lei, não era absoluto. O Executivo era obrigado a se ater as questões de direito público, que tivessem relação com os conceitos constitucionais de segurança nacional. A questão de locações era de direito civil, ramo do direito privado, que regula relações privadas, como contratos entre particulares, e não tinha relação nenhuma com a segurança nacional.

O Ministro Hermes Lima replicou sustentando que o art. 58 da Constituição de

1967 alargava o conceito de segurança nacional ao empregar a fórmula “casos de urgência ou de interesse público relevante”, isso é, “a segurança nacional abrange como casos de urgência ou de interesse público relevante mais alguma coisa do que aquilo que está compreendido no art. 91 da Constituição” (STF, 2013). A segurança nacional, assim, era um conceito que precisava ser explicado juridicamente pelos Ministros, pois estava em praticamente todas as leis outorgadas pelos militares.

Além dos Ministros, outros juristas também pesquisavam sobre a segurança nacional. Escreviam livros sobre a Constituição, interpretando-a conforme o sistema jurídico-político ao qual ela pertence.

Pontes de Miranda é um exemplo, advogado, à época considerado um dos maiores juristas do Brasil, vendeu muitos de seus livros sobre a Constituição de 1967 comentada (MIRANDA, 1969). Aparentemente, o famoso jurista não se preocupa em definir segurança nacional. Fazendo seus comentários sobre os crimes em que a atribuição de julgamento é da Justiça Militar, escreveu:

À Justiça Militar hoje se podem cometer o processo e o julgamento dos crimes contra a segurança nacional, não somente externa, quer dizer - com relação a outros estados (conceito de direito das gentes). Há contra a segurança interna, isto é, segurança das instituições e da ordem política do Brasil (MIRANDA, 1969, p.241).

Não existe por parte do autor uma disposição em conceituar segurança interna, como se o conceito já fosse dado. A Constituição menciona a atribuição da Justiça Militar em julgar os crimes contra a segurança interna. Mario Pessoa, Professor Catedrático da Universidade Federal de Pernambuco, escreve sobre o direito e a Segurança Nacional, preocupando-se em conceituá-la do ponto de vista jurídico, mas sem deixar de tentar historicizá-la.

O direito da Segurança Nacional, entre nós, tem sua positividade comprovada por numerosas leis desde os tempos imperiais. Com efeito, o primeiro texto específico de direito positivo brasileiro sobre a Segurança Nacional está na Constituição do Império (v art. 102, n. 15) assim redigido: “O Imperador é o chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. Suas principais atribuições são (omissis): Prover a tudo que for concernente à segurança interna e externa do Estado, na forma da Constituição”. Duas observações devem

ser feitas, desde logo: a) a segurança, já em 1824, tinha seus dois aspectos - interno e externo; b) a sua importância era tamanha que ficava exclusivamente entregue aos cuidados diretos do Imperador (PESSOA, 1971).

Nota-se no autor um entusiasta da Segurança Nacional e a considera tão fundamental que seu conceito é dado como algo inerente à existência do Estado Brasileiro, visto que incluído na primeira Constituição Brasileira. O autor destaca o fato de ser um direito centralizado e exercido pelo Poder Executivo, devido à sua importância, no caso pelo Imperador. Tenta, assim, vincular a aplicação deste direito a uma ligação direta ao Executivo, colocando os outros poderes como de somenos importância.

Do Livro *A Constituição do Brasil ao alcance de todos*, do ex-senador constituinte de 1967 e advogado Paulo Sarasate, destacamos: “A memória imperecível do Presidente Castelo Branco, que teve o patriotismo como lema e a autoridade moral com escudo” e ainda abaixo cita uma frase do presidente ditador “Não ambiciono o poder; aceito-o como forma de servir” (SARASATE, 1967).

Coloca o autor que, em termos de segurança nacional, a Constituição não estabeleceu um conceito que suficientemente conseguia demonstrar a importância da doutrina de “defesa”. “Dizemos que a Constituição foi tímida, por haver aflorado ideias que estão na consciência dos observadores, mas sabemos que seria difícil arriscar-se a estabelecer princípios mais amplos.” (SARASATE, 1967).

Para o autor, faltam conceitos e complementações no artigo 89 da Constituição de 1967, mas a existência deste artigo na carta política seria muito importante:

Não somos dos que batem palmas à forma desse dispositivo, nem ao fato de não lhe haverem acrescentado um ou dois conceitos complementares e elucidativos. Mas nem por isso faríamos a injustiça de considerá-lo “inovação supertotalitária”, como consta da justificação de uma emenda que no Congresso pretendia suprimir o artigo do projeto governamental em que ele se transformou. Ao contrário do que se proclamou, para chegar a essa conclusão, não entendemos, nem assim pode ser interpretado o texto, senão com intuições políticas, que a declaração de que “toda pessoa (natural e jurídica) é responsável pela segurança nacional” significa que cada cidadão seja transformado num “agente de segurança”. (SARASATE, 1967)

Todo cidadão brasileiro era responsável pela segurança nacional, não podendo se abster desta prerrogativa. O autor revela que muitos taxaram esse artigo de *superautoritário*. É presente que a afirmação do artigo é que todos os brasileiros devem se transformar nos fiscais do governo contra a subversão. Todavia o próprio autor admite que se trata de uma questão política.

Segundo o autor, não somente o Conselho de Segurança Nacional ou as Forças Armadas eram responsáveis pela segurança nacional.

E não a aceitamos, como analista modesto e bem intencionado da matéria jurídica em exame, porque, da tentativa de exegese que empreendemos, quanto ao moderno conceito de segurança nacional, resulta evidente que a responsabilidade pelo êxito desta - responsabilidade em sentido amplo, genérico, cívico, social, político, e nunca responsabilidade em sentido estrito, responsabilidade penal ou responsabilidade civil por exemplo - nunca poderia, de forma nenhuma, restringir-se ao domínio das Forças Armadas(SARASATE,1967).

## Considerações finais

Percebe-se, no meio jurídico, a institucionalização da doutrina dessegurança nacional. Nas doutrinas do direito, que se consideram imunes a pressões políticas, os juristas parecem aceitar em seu meio, e de forma justificada, uma organizada inclusão de uma doutrina que tudo tem a ver com uma política de Estado, mas sem base jurídica anterior. Não existe nenhum questionamento dessa doutrina. Talvez o medo da censura ou perseguição estivessem presentes, mas, pelo engajamento de Sarasate (1967), parece que algo de muito importante estava acontecendo, e muito positivo. A legislação constitucional trazia algo novo, uma doutrina de inimigo interno e não mais externo e ao meio jurídico era importante que a respaldasse. Posteriormente, foi imposta uma lei específica (Decreto-Lei 314, de 15 de março de 1967) para conceituar a segurança nacional segundo a sua nova concepção e esta trazia diversos conceitos a serem utilizados por todos os cidadãos, inclusive pelo Judiciário.

Após a Constituição outorgada de 1967, juristas começam a pensar e debater, sem questionar efetivamente o conceito de segurança nacional. Interessa perceber que juristas famosos somente se esforçavam em definir conceitos, fazendo como uma transcrição e um detalhamento para o jurídico. Novamente um conceito polí-

tico é absorvido pelo mundo jurídico, que de sua autodenominada neutralidade e imparcialidade irá aplicar ao mundo social.

## REFERÊNCIAS

ALVES. Maria Helena Moreira. *Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)*. Bauru: EDUSC, 2005.

BONAVIDES. Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 8. Ed. Brasília: OAB Editora. 2006.

BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm)>. Acesso em: 5 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. Ato Institucional nº 3, de 05 de fevereiro de 1966. Disponível em: <[http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao\\_4.htm](http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_4.htm)>. Acesso em 25 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Ato Institucional nº 4, de 07 de dezembro de 1966. Disponível em: <[http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao\\_5.htm](http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_5.htm)>. Acesso em 25 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. STF. *Memória Jurisprudencial Ministro Aliomar Baleeiro*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/AliomarBaleeiro.pdf>>. Acesso 25 jan. 2013.

COMBLIN. Joseph. *A ideologia da Segurança Nacional*: o poder militar na América Latina. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978

MIRANDA, Pontes. *Comentários a Constituição de 1967*, com emenda n. I de 1969. 2. Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1970.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Em guarda contra o “perigo vermelho”*: o anticomunismo no Brasil (1917-1964). São Paulo: Perspectiva: FAPESP, 2002.

PESSOA, Mário. *O Direito da Segurança Nacional*. Rio de Janeiro: Editora do Exército. 1971.

SARASATE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos: história, doutrina, direito comparado e prática Constituição.* Rio de Janeiro: Fundação Bastos, 1967.

SILVA, Golbery do Couto e. *Geopolítica do Brasil.* Rio de Janeiro: José Olympio, 1967. Coleção Documentos Brasileiros.

Artigo recebido em: 21.03.2016

Revisado em: 25.03.2016

Aprovado em: 17.04.2016

# **SOCIOAMBIENTALISMO E CONSUMO CONSCIENTE NA SOCIEDADE DO ESPETÁCULO**

## ***SOCIOENVIRONMENTALISM AND CONSCIOUS CONSUMPTION IN THE SPECTACLE SOCIETY***

**Antônio Carlos Efing<sup>1</sup>**

Doutor em Direito

*Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) - Paraná (PR) - Brasil*

**Andrew Toshio Hayama<sup>2</sup>**

Especialista e Mestrando em Direito

*Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) - Paraná (PR) - Brasil*

**RESUMO:** Por meio de pesquisa bibliográfica, o objetivo deste artigo é evidenciar o lugar do socioambientalismo e do consumo frente a diversas teorias trabalhadas por doutrinadores renomados. Deste modo, ao longo do trabalho, analisar-se-ão bases teóricas de autores como John Locke, Guy Debord, Michael Lowy, Serge Latouche e Efing. À conclusão do artigo, evidencia-se a existência de categorias diferentes de consumo, dando preferência ao consumo consciente frente aos demais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Socioambientalismo. Consumo Consciente. Sociedade do Espetáculo.

**ABSTRACT:** Through a literature review, the purpose of this article is to highlight the place of socioenvironmentalism and front intake to several theories worked by renowned scholars. Thus, throughout the work, it will be analyzed theoretical basis of authors like John Locke, Guy Debord, Michael Lowy, Serge Latouche and Efing. At the conclusion of the article highlights the existence of different categories of consumption, giving preference to conscious consumption compared to the others.

**KEY WORDS:** Socioenvironmentalism. Conscious consumption. Society of the Spectacle.

<sup>1</sup>Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).

<sup>2</sup>Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestrando em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) e Defensor Público do Estado de São Paulo.

## Introdução

A narrativa histórica vencedora nos conta que o medo é o fundamento da ordem social. Segundo a tradição contratualista, a humanidade celebrou o pacto social, instaurando a civilização e legitimando o Estado como o exclusivo titular da soberania e do monopólio do uso força, para superar a barbárie.

A despeito da discordância com esta tradição do pensamento, edulcorante e convenientemente cega às contradições e à violência que determinam as dinâmicas sociais, certo é que os demais seres viventes e a natureza não foram convidados à celebração do solene pacto social civilizatório e, muito pelo contrário, o que se observa é a inauguração da barbárie ambiental e da destruição irracional da natureza.

O pensamento moderno, especialmente a partir de Descartes, operou a separação asséptica entre sujeito e objeto. John Locke, que “organizou a defesa teórica da propriedade burguesa absoluta” (MARÉS, 2003, p. 23), finca, no *Tratado sobre governo civil*, os pilares do capitalismo, justificando o domínio da humanidade sobre a natureza. Conquanto a natureza não possua dono, Locke (1994, p. 103-104) acredita que a racionalidade é critério para a legitimação do domínio sobre os bens naturais. A razão humana indicaria que os bens estão à disposição da humanidade e é justo e necessário que o homem se aproprie da natureza. Desse modo, esta seria uma explicação para a legitimação do domínio original dos bens que servem à humanidade: interesse e capacidade de apropriação. Além da razão, desenvolve outras duas categorias fundamentais à burguesia e à modernidade: o individualismo e o contratualismo.

### 1 Modernidade, capitalismo e natureza

Locke parte da premissa da abundância e infinitude dos recursos naturais, condenando apenas o desperdício. Não obstante, com base no contratualismo, a propriedade passa a ser um direito negociável e regulado pelo mercado e pelo poder do dinheiro. A propriedade, então, faz sua travessia: da legitimidade com base no trabalho humano e no uso para a legitimidade com base no contrato e na abstração. Locke, com sentimento que pode ser classificado de ambíguo, parece saudar a legitimidade original da propriedade com base no trabalho humano, mas ao mesmo tempo aceita a nova legitimidade da propriedade com base no contrato, como curso “natural” da “evolução” humana:

(...) ouso corajosamente afirmar que a mesma regra de propriedade, ou seja, que cada homem deve ter tanto quanto pode utilizar, ainda permaneceria válida no mundo sem prejudicar ninguém, visto haver terra bastante para o dobro dos habitantes, se a invenção do dinheiro e o acordo tácito entre os homens para estabelecer um valor para ele não tivesse introduzido (por consentimento) posses maiores e um direito a elas. (...) O certo é que no início do mundo, antes do desejo do homem de possuir mais que o necessário ter alterado o valor intrínseco das coisas, o que depende apenas de sua utilidade para a vida do homem; ou ter concordado que um pedaço pequeno de metal amarelo que podia ser guardado sem que se deteriorasse ou apodrecesse devia valer uma grande peça de carne ou um monte de trigo, mesmo que cada homem tivesse o direito de se apropriar por seu trabalho de todos os bens naturais de que pudesse se servir, não havia o risco de ir longe demais nem causar dano aos outros, pois a mesma abundância permanecia à disposição de qualquer um que utilizasse a mesma indústria (LOCKE, 1994, p. 103-104).

Mas qualquer constrangimento fica para trás e acaba por chancelar, valendo-se de um suposto pacto/contrato social, esta nova dinâmica de apropriação e distribuição, mesmo que desproporcional e desigual, dos bens naturais servíveis ao ser humano:

Mas uma vez que o ouro e a prata, sendo de pouca utilidade para a vida do homem em relação ao alimento, ao vestuário e aos meios de transporte, retira seu valor apenas da concordância dos homens, de que o trabalho ainda proporciona em grande parte a medida, é evidente que o consentimento dos homens concordou com uma posse desproporcional e desigual da terra; através de um consentimento tácito e voluntário, eles descobriram e concordaram em uma maneira pela qual um homem pode honestamente possuir mais terra do que ele próprio pode utilizar seu produto, recebendo ouro e prata em troca do excesso, que podem ser guardados sem causar dano a ninguém; estes metais não se deterioram nem perecem nas mãos de seu proprietário. Esta divisão das coisas em uma igualdade de posses particulares, os homens tornaram praticável fora dos limites da sociedade sem acordo, apenas atribuindo um valor ao ouro e à prata, e tacitamente concordando com o uso do dinheiro. Pois nos governos as leis regulam o direito de propriedade, e a posse da terra é determinada por constituições positivas (LOCKE, 1994, p. 111-112).

Desde então, a modernidade perseguiu este projeto (de morte), tendo como norte o racionalismo, o individualismo e o contratualismo e cultivando concepções preconceituosas e perigosas, como o curso da história vem demonstrando: 1) ideia de subjugação da natureza pelo ser humano; 2) natureza como bem abundante e infinito; 3) terra como instrumento de produção e exploração para o mercado; 4) desvalorização de outras formas (mais respeitosas e harmoniosas) de relação com a terra e com a natureza; 5) antropocentrismo e eurocentrismo; 6) legitimidade da acumulação capitalista.

A idade de ferro planetária, como chamou Edgar Morin, na qual estamos ainda, se instaura no domínio da Europa sobre o resto do mundo, por meio das práticas mercantilistas ou da invasão e destruição brutal de outros territórios e outros povos, alcançando vastidão geopolítica nunca antes vista na história da humanidade sobre a terra e promovendo a ocidentalização do mundo (MORIN e KERN, 2003, p. 23).

A cisão entre cultura e natureza e a arrogância do sujeito são fundantes da modernidade. Mas a idealização da natureza (a visão de que a natureza é boa e o homem é ruim) ainda se insere num campo de cisão entre a humanidade e natureza, desta vez dispensando um tratamento paternalista, que ainda a considera um objeto. É preciso, caso se pretenda tratar a natureza com dignidade como sujeito de direitos, que se conheça e se respeite sua própria dinâmica e que o ser humano seja integrado ao ecossistema, considerado mais um elemento do ecossistema, compondo a sociobiodiversidade, numa relação não de uso, mas de pertencimento.

Uma nova racionalidade se faz necessária, uma racionalidade ambiental, como defende Enrique Leff, que supere o discurso do desenvolvimento sustentável, insuficiente por admitir a mercantilização da natureza e por acreditar na ecologização da economia. Denuncia Leff que o discurso do desenvolvimento sustentável colonizou a natureza, convertendo-a em capital natural e incorporando-a à lógica mercantilista mediante dupla operação: 1) internalização de custos ambientais; 2) transformação simbólica da natureza em capital (LEFF, 2006).

Segundo Rodrigo Nunes, o inimigo a ser combatido é o capitalismo, afinal, “foi sob o impulso - por definição insaciável - de auto-valorização e acumulação do capital que se potencializou radicalmente o impacto da ação humana sobre o planeta, ao ponto dela tornar-se uma força em escala geológica” (NUNES, 2014, p. 08).

Em interessante abordagem, Ellen Wood defende de forma clara que o capitalismo é incompatível com a democracia, se por democracia se entende poder popular ou governo do povo. Nesta forma social, a vontade popular nunca fará frente aos imperativos do lucro e da acumulação. Mais ainda, vai sustentar que “*toda prática humana que possa ser convertida em mercadoria deixa de ser acessível ao poder democrático. Isso quer dizer que democratização deve ir na mão da “dermercantilização”. Mas desmercantilização por definição significa o final do capitalismo*” (WOOD, 2006, p. 418).

Entretanto, enquanto a revolução não vem, segundo Carlos Marés, é preciso resistir para que o fim do capitalismo não signifique também o fim da vida humana no planeta:

“CanCapitalismGo Green?” Perguntou o marxista John Bellamy Foster em seu mais recente livro. Para um marxista a resposta está previamente estabelecida: a crise ambiental é capitalista e o capitalismo enquanto modo de produção não tem capacidade para resolvê-la, quer seja pela sua necessidade de contínuo crescimento, quer seja pela sua incapacidade de prevenir situações adversas e organizar soluções. Se o capitalismo não fizer as mudanças de rumo, sobram como alternativas a catástrofe ou a revolução. Porém, se esperarmos por uma revolução sem buscar soluções internas simples ou complexas, com maior ou menor radicalidade, provavelmente uma ou várias catástrofes ambientais e climáticas destruirão a possibilidade de vida humana pós-capitalista(MARÉS, 2012, p. 07).

## 2 A sociedade do espetáculo: capitalismo e consumismo em Guy Debord

Guy Debord, de forma pioneira, escreve obra em 1967 que se tornou famosa com as manifestações de Maio de 68, inaugurando uma nova crítica ao sistema capitalista a partir do consumismo e do espetáculo.

Logo na tese 01, opõe o vivido, o real, à representação e à acumulação de espetáculos que caracterizam a modernidade e as condições modernas de produção (DEBORD, 2003, p. 08).

Importante frisar que, na visão de Debord, o “espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediatizada por imagens” (DEBORD, 2003, p. 09).

Portanto, o espetáculo não está desvinculado das condições materiais e do

modo de produção existentes, mas, pelo contrário, reflete e alimenta essa realidade, constituindo “o coração da irrealidade da sociedade real” (DEBORD, 2003, p. 09).

Mais que isso, o espetáculo é o modelo hegemônico e onipresente da vida, atualizado na escolha do modo de produção, nas formas de publicidade e propaganda, na determinação do consumo e na explicação e justificação do sistema (DEBORD, 2003, pp. 09-10).

Para ser mais preciso, não é o espetáculo que se opõe à realidade, porque ele é a realidade, ele funda a realidade, mas a crítica “que atinge a verdade do espetáculo descobre-o como a negação visível da vida; uma negação da vida que se tornou visível” (DEBORD, 2003, p. 10). O conceito de espetáculo, que congrega uma grande diversidade de fenômenos aparentes, é o monopólio da aparência e a negação da vida (DEBORD, 2003, p. 10).

Tão dominante o fenômeno do espetáculo, conceito-chave da sociedade e da racionalidade contemporâneas, que se torna “*a principal produção da sociedade atual*” (DEBORD, 2003, p. 12).

Com a sociedade do espetáculo, o reino do ter, que prevaleceu sobre o ser, cede espaço ao parecer, esclarecendo Guy Debord que a “fase presente da ocupação total da vida social em busca da acumulação de resultados econômicos conduz a uma busca generalizada do ter e do parecer, de forma que todo o «ter» efetivo perde o seu prestígio imediato e a sua função última” (DEBORD, 2003, p. 12).

A separação do trabalhador dos meios de produção e a alienação do trabalhador do resultado de seu próprio labor se generalizam na modernidade, instaurando a proletarização do mundo (DEBORD, 2003, p. 17).

O sistema econômico separa e aliena, enquanto o espetáculo produz isolamento e cria multidões solitárias. Os bens de consumo, lazer e entretenimento são os instrumentos que promovem e reforçam o isolamento e, assim, “o espetáculo reencontra cada vez mais concretamente os seus próprios pressupostos” (DEBORD, 2003, p. 18).

A economia e o mercado, ao desenvolverem materialmente as sociedades, liberta-as da luta pela sobrevivência mas criam novas necessidades, prisões e formas de dominação e controle. Nas palavras de Debord, contidas na tese 40:

(...) O crescimento econômico liberta as sociedades da pressão natural que exigia a sua luta imediata pela sobrevivência, mas é então do seu libertador

que elas não estão libertas. A independência da mercadoria estendeu-se ao conjunto da economia sobre a qual ela reina. A economia transforma o mundo, mas transforma-o somente em mundo da economia. A pseudonatureza na qual o trabalho humano se alienou exige prosseguir ao infinito o seu serviço e este serviço, não sendo julgado e absolvido senão por ele próprio, obtendo, de fato, a totalidade dos esforços e dos projetos socialmente lícitos, como seus servidores. A abundância das mercadorias, isto é, da relação mercantil, não pode ser mais do que asobrevivência aumentada(DEBORD, 2003, p. 23).

### **3 Ecossocialismo: Capitalismo e Socioambientalismo em Michael Lowy**

O fenômeno do consumo é característica marcante das sociedades contemporâneas, de risco, modernas, hipermodernas ou pós-modernas. Trata-se de resultado fatal do processo de industrialização e de expansão do capitalismo, que ainda não dá sinais de morte e cansaço, a despeito dos riscos que ameaçam a própria vida e existência humana na terra.

A crise ambiental, que ameaça a vida humana no planeta, de modo talvez irreversível, é oportunidade de expor as contradições e incoerências insolúveis do sistema capitalista e de permitir críticas e transformações radicais ao nosso modo insustentável de vida.

Para tanto, duas tradições do pensamento (ocidental) precisam dialogar e convergir: a ecologia e o socialismo. Nesta direção rumo a obra de Michael Lowy, para quem a ecologia não consegue perceber o vínculo entre produtivismo e capitalismo, cultivando a ilusão de que o capitalismo pode ser sustentável ou ao menos corrigido.

O socialismo, por sua vez, alerta Alexandre Araujo Costa (2014, p. 11), não pode aspirar a uma revolução que se limite “a mudar as relações (jurídicas) de propriedade, retirando os meios de produção da condição de propriedade individual para coletiva”. Segundo Costa, é “preciso ir além, atacando as relações de fetichização e alienação e, além de suprimir o aparelho de Estado atual, há que se substituir o aparelho produtivo atual por outro em consonância tanto com a sustentabilidade do metabolismo entre a sociedade humana e o resto na natureza (...)” (COSTA, 2014, p. 11).

Na visão de Lowy, a herança de Chico Mendes personificaria a comunhão entre a tradição socialista e ambientalista. Militante radical, Chico Mendes funda sindi-

catos rurais e ingressa na política partidária, ao mesmo tempo em que inaugura uma ação política pacífica e inédita no mundo: os empates, em que famílias de seringueiros, desarmadas e de mãos dadas, enfrentam as empresas madeireiras, os latifundiários, o agronegócio (LOWY, 2005, pp. 07-17).

O ecossocialismo de Lowy busca articular o legado fundamental do marxismo com a crítica ecológica, amparado em dois princípios estruturantes: o modo de produção é incompatível com a finitude de recursos naturais e a expansão capitalista ameaça a própria humanidade.

Para Lowy, a questão ecológica é o grande desafio para a renovação do pensamento marxista no século XXI. “O ecossocialismo implica uma radicalização da ruptura com a civilização material capitalista. Nesta perspectiva, o projeto socialista visa não apenas uma nova sociedade e um novo modo de produção, mas também um novo paradigma de civilização” (LOWY, 2005, p. 40).

Na ética ecossocialista, o socialismo e a ecologia partilham de valores rebeldes ao mercado. Trata-se de uma ética socioambiental, que não responsabiliza somente os indivíduos e que investe contra as estruturas sociais e econômicas injustas e destruidoras da biodiversidade. Também se trata de uma ética radical, que não se conforma apenas com reformas. É uma ética ao mesmo tempo responsável e esperançosa diante da catástrofe ambiental que se avizinha (LOWY, 2005, pp. 71-78).

Não há mais tempo a perder. Se há desencontro entre o discurso ambientalista e certo discurso da esquerda, é porque, esclarece Rodrigo Nunes:

(...) ambos aceitam uma premissa que lhes é dada pela economia liberal: para haver distribuição é preciso haver crescimento. Se aceitamos esta premissa, nos deparamos com um dilema em que levar a sério os limites que a crise ambiental impõe ao crescimento indefinido implicaria abandonar a luta contra a desigualdade, ao passo que levar a sério a luta contra a desigualdade implicaria ignorar a crise ambiental. A única solução possível é cortar este nó górdio, ou seja, rejeitar a premissa: afirmar a indissociabilidade da justiça social e da justiça ambiental significa dissociar a redução da desigualdade da ideia de crescimento indefinido. Deixamos, então, de falar na distribuição da riqueza a ser criada para falar na redistribuição da riqueza já existente (NUNES, 2014, p. 13).

## 4 Consumo e decrescimento em Serge Latouche

A ideia de decrescimento, defendida por Serge Latouche como utopia concreta, propõe medidas práticas para viabilizar a pretensão teórica de redução drástica do consumo, tais como: eliminação do consumo intermediário e do desperdício; ecotaxas; retorno ao local e redução de deslocamentos de pessoas e mercadorias; restauração da agricultura camponesa; diminuição do tempo de trabalho e aumento do tempo de lazer; redução de uso de energia; reorientação tecnocientífica; imposto sobre grandes fortunas em escala mundial; estímulo à produção de bens “relacionais” (cultura); taxação pesada das despesas com publicidade (LATOUCHE, 2009, pp. 97/102).

Latouche acredita que tais providências, se adotadas seriamente, apesar de não implodirem o capitalismo, são suficientes para transformá-lo, para além do tímidio princípio do poluidor-pagador, totalmente alinhado e dócil (e, portanto, elemento de reforço, não de combate) à lógica do sistema (LATOUCHE, 2009, p. 104).

Sair da sociedade da produção, do trabalho e do consumo para a sociedade do decrescimento não significará desemprego, pois novos nichos se abrirão e relações justas de trabalho vão se impor, proporcionando redução da quantidade e transformação da qualidade do trabalho (LATOUCHE, 2009, pp. 112/117).

Mais do que questionar o capitalismo, é preciso combater valores ocidentais e modernos, como a crença na evolução e no progresso e a ideia naturalizada de dominação da natureza. O decrescimento é uma democracia ecológica que pode ser chamada de ecossocialista, pois revolucionária e anticapitalista (LATOUCHE, 2009, pp. 127/131).

## 5 Consumo consciente, responsável e solidário

O consumo consciente é fio condutor recorrente em reflexões de Antonio Carlos Efing, que aceita como premissa o fato de que o consumo é uma realidade e um fenômeno inerentes às sociedades contemporâneas, as quais podem ser caracterizadas como sociedades de consumo.

Desde que feito de modo planejado e consciente, o consumo deve ser visto como fenômeno natural e indissociável ao modo de vida contemporâneo. A busca pelo conforto e satisfação dos sentidos com o consumo de bens de qualidade, alimentos que tragam prazer, serviços que aproximem o mundo, pode também ser o

anseio daquele que consome, e agregar tais vontades de modo pejorativo foge à realidade contemporânea. Defender a liberdade de consumo não pode se confundir com a defesa ao consumismo descontrolado, quando o ato de aquisição passa a ser mais importante do que o efetivo uso do produto ou serviço. A aceitação do consumo de bens e serviços que propiciem conforto e facilidades sociais, ainda que por muitos considerados supérfluos, pode ser incorporada às formas modernas de condução da vida, desde que se respeitem valores ante a coletividade e o meio ambiente (EFING e SCARPETTA, 2016, p. 473).

A sociedade do consumo, portanto, é uma sociedade doente, acometida pela patologia do consumismo, possuindo as seguintes características, como pontuam Carlos Marés e Giovanna Ribas:

A. A oferta geralmente excede a procura, levando o mercado a criar novas necessidades de consumo. Os padrões de consumo passam a ser massificados, tornando-se, inclusive, fator de integração social; B. Os métodos de fabricação baseiam-se na produção em série e os bens produzidos são descartáveis, ou seja, recorre-se a estratégias de obsolescência programada que permite o escoamento permanente de produtos e serviços; C. O valor de mercado dos produtos não reflete o seu real custo, pois neles não estão embutidas as externalidades negativas (SOUZA FILHO e RIBAS, 2016, p. 170).

Neste contexto, em *Educação para o consumo consciente: um dever do Estado*, Efing sustenta que o consumo consciente é desdobramento do desenvolvimento sustentável, que já goza de certa tradição e refinamento teórico.

Aliás, nesta perspectiva, mais que desdobramento, o consumo consciente é um instrumento de concretização desta ideia, “porque estimula a produção de bens e serviços com menor impacto negativo ao meio ambiente e com observância dos direitos humanos, em especial dos trabalhadores.” O papel do consumidor é insubstituível, mas para ser potencializado necessita do suporte e estímulo do poder público, responsável por programas e políticas públicas e pela educação para a cidadania, condições para o exercício do consumo consciente (EFING e RESENDE, 2015, pp. 198/199).

Ocorre que o consumo consciente essencial ao desenvolvimento sustentável exige uma mudança de comportamento dos consumidores alienados e críticos e,

para tanto, fazem-se necessárias a informação e a educação, para que os consumidores tenham ciência dos impactos negativos e positivos que sua decisão de consumo pode provocar na sociedade e no meio ambiente e dessa maneira nortear corretamente suas escolhas (EFING e RESENDE, 2015, p. 213).

O Estado possui o dever de promover o consumo consciente como decorrência do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, autêntico direito difuso de terceira dimensão (EFING & RESENDE, 2015, pp. 208-209).

O consumo consciente é uma boa prática que depende, como vimos, de uma atuação positiva do Estado consistente num *facere*, isto é, na implementação de ações concretas de educação que incentivem a mudança de comportamento dos consumidores e a promoção do consumo consciente em larga escala para assim dar eficácia social ao direito fundamental do desenvolvimento sustentável. O Estado está constitucionalmente obrigado a promover o direito ao desenvolvimento sustentável. Por isso, deverá se utilizar de todos os instrumentos necessários para dar eficácia social ao aludido direito fundamental, entre os quais está a educação voltada ao consumo consciente. Trata-se, ainda, de dever oriundo das diretrizes constitucionais e, especificamente, da efetivação da Política Nacional das Relações de Consumo que também apontou a educação e informação, assim como a atuação governamental, como princípios a nortearem o mercado de consumo. (EFING & RESENDE, 2015, pp. 215/216).

Diante da omissão ou insuficiência do poder público, considerando que “o desenvolvimento socioambiental representa direito fundamental de terceira geração, com repercussão à coletividade, sua tutela igualmente deve ser buscada coletivamente, seja pela atuação do Ministério Público ou mesmo das entidades representativas”, e o Poder Judiciário, “com fulcro no princípio da implementação progressiva dos direitos sociais, [deve] determinar a adoção gradual de políticas públicas educacionais voltadas ao consumo consciente com vistas a manter o equilíbrio econômico-financeiro do Estado”, criando “condições materiais necessárias à concretização do direito ao desenvolvimento sustentável, de modo que deverá incluir nos orçamentos dos exercícios financeiros seguintes verbas suficientes para a execução das políticas públicas de educação para o consumo consciente” (EFING & RESENDE, 2015, p. 218).

Como manifestação concreta do dever do Estado, entende-se que deve atuar contra o consumo do tabaco e a exposição à sua fumaça, advertindo que a ciência já demonstrou que “são causas de morte, doenças e incapacidade, o que afronta sobremaneira a proteção da saúde pública, assegurada tanto constitucionalmente como pelo microssistema da relação de consumo” (EFING, p. 673).

Neste caso, a intervenção do Estado e a responsabilidade socioambiental dos fornecedores são imprescindíveis na medida em que o vício e a dependência prejudicam a liberdade do consumidor e o exercício do consumo consciente (EFING, p. 675).

Até mesmo a publicidade, pode se prestar ao desenvolvimento sustentável, priorizando o interesse coletivo e servindo como instrumento de “conscientização coletiva do pós-consumo, das responsabilidades socioambientais de todos, consumidores, fornecedores, anunciantes” (EFING & SOUZA, p. 90).

## Considerações finais

Após desenvolver a discussão do consumo frente as diversas teorias adotadas por doutrinadores renomados, podemos, por fim, listar a existência de três categorias de consumo:

O consumo alienado em que o consumidor não se preocupa com a qualidade e a procedência dos produtos, mas apenas com a quantidade consumida, o consumo crítico em que a pessoa procura qualidade, evita os excessos e considera o direito de escolha fundamental e, finalmente, o consumo consciente em que o consumidor antes de comprar indaga de onde vem o produto, quem o produziu e em que condições e se foram respeitados o meio ambiente e os direitos dos trabalhadores e a partir das respostas norteia a sua decisão de consumo. (EFING e RESENDE, 2015, p. 211).

O consumo consciente, responsável e solidário, não representa apenas uma decisão pessoal politicamente correta e ecológica, muito menos um individualismo egoístico e alienado, mas um novo paradigma de atuação social, coletiva e política, que instaura uma nova mentalidade, racionalidade, cultura e ética no (inter)agir humano.

O consumo verde é insuficiente e limitado, tendo em vista que não problematiza o consumismo, mas apenas parte do problema, satisfazendo-se com a ideia

de “comprar um futuro melhor”, reduzida à responsabilidade individual, e com medidas tecnológicas, econômicas e comportamentais, a exemplo da eco-rotulagem e o uso de tecnologias mais adequadas.

Adicionalmente, foram evidenciados benefícios adicionais que os consumidores conscientes colhem de suas escolhas socialmente conscientes, como autenticidade, imersão social, empoderamento, e auto realização, além de ajudar a garantir virtudes públicas mais amplas, como um ambiente limpo. Supondo um bem coletivo e individual maior, é possível prever que o comportamento de consumo consciente torne a experiência de consumo mais gratificante, o que implica na capacidade de este comportamento restaurar, ou contribuir, para a felicidade subjetiva perdida na sociedade de consumo. A ideia subjacente é de a percepção de que o ato de consumo gera incremento positivo na sociedade, repercutirá em benefício extra para o consumidor. (EFING e SOARES, 2016, p. 67).

Em verdade, o consumo consciente é capaz de construir uma nova identidade coletiva e responsabilidade cívica, proporcionando empoderamento, autenticidade, sentido e, quiçá, felicidade.

## REFERÊNCIAS

COSTA, Alexandre Araujo. *Sobre Crise Ecológica, Violência e Capitalismo no Século XXI*. Trabalho apresentado no colóquio internacional Os Mil Nomes de Gaia-Do Antropoceno à Idade da Terra, em setembro de 2014, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro.

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Tradução em português: [www.terravista.pt/IlhadoMel/1540](http://www.terravista.pt/IlhadoMel/1540). Paráfrase em português do Brasil: Railton Sousa Guedes. Coletivo Periferia. In: [www.geocities.com/projetoperiferia](http://www.geocities.com/projetoperiferia). Editorações, tradução do prefácio e versão para eBook eBooksBrasil.com Fonte Digital base. Digitalização da edição em pdf originária de [www.geocities.com/projetoperiferia](http://www.geocities.com/projetoperiferia). 2003.

EFING, Antonio Carlos. *Consumo Consciente e o Combate ao Tabagismo: reconhecimento jurídico da responsabilidade dos fornecedores*. In: <http://www.publi>

cadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/antonio\_carlos\_efing.pdf.  
Acesso em 03 de abr. de 2016, pp. 4667-4685.

\_\_\_\_\_ ; RESENDE, Augusto César Leite. Educação para o consumo consciente:um dever do Estado. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, vol. 269, Rio de Janeiro, maio/agosto 2015, pp. 197-224.

\_\_\_\_\_ ; SOARES, Alexandre Araujo Cavalcante. Ética do consumo, consumo consciente e felicidade. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, nº. 48, jan.-abr. 2016, pp. 52-69.

\_\_\_\_\_ ; SCARPETTA, Juliano. Reflexos da desproteção do consumidor pela adoção de um modelo econômico baseado no incentivo ao consumo. *Revista Thesis Juris - RTJ*, vol. 4, nº 3, São Paulo, set.-dez. 2015, pp. 469-487.

\_\_\_\_\_ ; SOUZA, Maristela Denise Marques de. O comportamento do consumidor sob influência da publicidade e garantia constitucional da dignidade humana. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 16, n. 16, Curitiba, julho/dezembro de 2014, pp. 70-94.

LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Editora VWF Martins Fontes, 2009.

LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental*: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, pp. 97-112.  
LOWY, Michael. *Ecologia e Socialismo*. São Paulo: Cortez, 2005.

MARÉS, Carlos Frederico. Prefácio: Enquanto a revolução não vem. In: BOZÓ, Aline Hargers; MASSI, Juliana Machado; REBUTINI, Igor Koltun (organizadores). *Capitalismo, direito e natureza*. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica e Editora, 2012.

\_\_\_\_\_ ; RIBAS, Giovanna Paola Primor. *Responsabilidade ambiental pós-consumo*

*e logística reversa: instrumentos para um consumo sustentável.* Texto produzido no âmbito do Projeto financiado pela Fundação Ford, desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: populações tradicionais e população hegemônica, integrado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). *R. Fac. Dir. UFG*, v. 40, n.1, jan./ jun. 2016, pp. 167/186.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

NUNES, Rodrigo. *O luxo do comunismo*. Trabalho apresentado no colóquio internacional OsMilNomesdeGaia-DoAntropocenoàldadedaTerra, em setembro de 2014, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro.

WOOD, Ellen Meiksins. *Capitalismo e democracia*. Tradução de Rodrigo Rodrigues. In: A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas. Buenos Aires: CLACSO, 2007, pp. 417-430.

Artigo recebido em: 05.04.2016

Revisado em: 17.04.2016

Aprovado em: 20.04.2016

# **ESTUDO DE CASO DE JURIMETRIA<sup>1</sup>**

## ***JURIMETRICS' CASE STUDY***

**Fernando Rangel Alvarez dos Santos<sup>2</sup>**

Mestre e doutorando em Direito

*Universidade Veiga de Almeida (UVA) - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil*

**RESUMO:** O problema estudado é a heterogeneidade na metodologia dos cálculos de juros moratórios e cláusulas penais nos contratos de mútuos bancários em débitos judiciais praticados pelos Tribunais brasileiros. O tema da jurismetria alcança relevância em face do volume de processos contestando a falta de critérios homogêneos de cálculo das verbas acessórias. O objetivo da pesquisa é apreciar e discutir os parâmetrosmetodológicos de cálculo dos contratos de mútuo bancário. As abordagens metodológicas são: (i) revisão bibliográfica e (ii) análise dos dados secundários dos sites oficiais dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Os dados foram analisados de forma qualitativa e os resultados apontam para a adoção de um critério único a se formulado pelo Conselho Nacional de Justiça, o que foi apresentado em audiência pública realizada em Brasília.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurismetria. Mútuo bancário. Heterogeneidade de cálculos.

**ABSTRACT:** The problem studied is the heterogeneity in the methodology of default interest calculations and penalty clauses in bank contracts of mutual legal debts charged by Brazilian tribunals. The theme of jurismetrics reaches relevance due to the increase in process contesting the lack of an homogeneous criteria in the calculations of accessoryverba. The objective of the research is to appreciate and discuss the methodological parameters of calcularion in the contracts of bank loan. The methodological approaches are: (i) literature review, and (ii) analysis of secondary data from official websites of the States Courts of Justice and the Federal Regional Courts. The data were analyzed quantitatively and the results

---

<sup>1</sup>Esta pesquisa é financiada pelo PROSUP do CAPES.

<sup>2</sup>Doutorando do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida (bol-sista). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (UNESA) e em Direito Corporativo pelo IBMEC. E-mail: frangel2005@gmail.com

point to the adoption of a single criterion to be formulated by National Council of Justice, as it was presented in public audience held in Brasilia.

**KEY WORDS:** Jurismetrics. Bank loan. Heterogeneity of Courts calculations.

## Introdução

As metodologias dos cálculos dos juros moratórios, multa contratual ou cláusula penal, têm terminologias diferentes, são heterogêneas em padrões e não geram segurança ao cidadão, particularmente quando o Tribunal redireciona o site para ambientes virtuais privados, o que ocorre em dois Tribunais.

A quase totalidade dos Tribunais estudados que apresenta a metodologia de cálculo, na qual os acréscimos nos contratos de mútuos bancários iniciam-se pela incidência da multa contratual sobre o total corrigido, já acrescido dos juros de mora, causando um possível enriquecimento sem causa para o credor.

O impacto que essa situação vem causando é o antagonismo nas respostas apresentadas pelos réus quando da liquidação das sentenças, que estabelecem débitos judiciais oriundos de contratos de mútuo bancário.

O quadro da situação apresentada na pesquisa afeta a segurança jurídica das relações interpessoais e traz insegurança ao cidadão comum, como aos pesquisadores, além de possibilitar grande número de demandas judiciais. Ora, a forma de cálculo dos débitos acima demonstrados pode gerar, por causa das defesas processuais apresentadas pelos executados que visam diminuir o valor cobrado, maior morosidade nas demandas de execução, mesmo com toda a dinâmica do Novo Código de Processo Civil, vigente no ano de 2016.

As práticas dos Tribunais e suas consequências jurídicas, mais particularmente, processuais, ensejam a sugestão de uma possível regulamentação por parte de órgão superior do Poder Judiciário em sistematizar a metodologia de cálculo de forma homogênea. Talvez se utilizando do Manual de orientação de procedimentos para os cálculos da Justiça Federal, elaborado pela Comissão Permanente de Revisão e Atualização do Manual de orientação de procedimentos para os cálculos da Justiça Federal votado no Conselho da Justiça Federal.

## 1 Conceito, espécies e características dos contratos de mútuo bancário

A cobrança dos acessórios - penalidades nos contratos de mútuo bancário - tem se revelado uma questão doutrinária bastante complexa e, por isso, pre-

tendem os pesquisadores apresentarem as características gerais dos institutos jurídicos objetos da pesquisa de dados, antes de analisarem os dados referentes à metodologia de cálculo de cada um dos acessórios, como abaixo indicados.

Perpassadas por todas as fases da História Econômica, os juros bancários são relevante instituto jurídico do sistema financeiro mundial, mormente após a 2ª Grande Guerra, devido ao papel fundamental que o crédito assumiu na sociedade pós-moderna.

Neste contexto, cabe destacar que o conceito de juros bancários, envolve o pagamento do preço do capital disponibilizado para outrem, limitado em seu uso pelo acumulador do capital oferecido em contratos de mútuo, além de incluir aquilo em seu valor, o que se cobra pelo suposto atraso ou inadimplemento do devedor na operação de crédito. Então tem-se duas faces na quantificação do preço dos juros bancários: (I) o preço pelo uso do capital por terceiro; e (II) o risco do negócio - *spread*.

Ratificando a ideia lançada acima, tem-se o conceito exposto no clássico “Vocabulário Jurídico” de Plácido e Silva onde expressa que juros em mais de um sentido. Transcreve-se:

Aplicado notadamente no plural, juros quer exprimir propriamente os interesses de lucros, que a pessoa tira da inversão de seus capitais ou dinheiro que recebe do seu devedor, como paga ou compensação, pela demora no pagamento do que lhe é devido<sup>3</sup>.

Percebe-se, então, que a ideia da cobrança de juros pode ocorre tanto em razão de uma relação econômica quanto em razão do descumprimento de alguma obrigação imposta a um dos sujeitos da relação.

Definir juros, na atual conjuntura, envolve não somente o clássico conceito de juros<sup>4</sup> como a “remuneração pelo capital emprestado”<sup>5</sup>, como também o caráter resarcitório ou punitivo que envolve a cobrança de juros quando ocorre o inadimplemento da obrigação, estes os moratórios.

Sintetizando as ideias acima expostas, temos o conceito de Baptista (2008), que nos fornece, não só os elementos fundamentais do instituto, como sua natureza jurídica, nos seguintes termos:

<sup>3</sup>Silva (2004, p. 807).

<sup>4</sup>Segundo Jantalia (2012. p.3): “a cobrança de [juros] tem sua origem ‘anterior à própria moeda cunhada’”.

<sup>5</sup>Jantalia (2012, p.3).

Constata-se que os juros são os frutos civis do capital, os ‘frutos do capital empregado’, re-presentando a remuneração pelo uso do dinheiro, o preço do tempo e o risco de reembolso. O conceito de juros como frutos civis do capital abrange tanto os juros moratórios e remuneratórios, quanto os juros legais e convencionais<sup>6</sup>.

Depreende-se do seu conceito as seguintes características de juros:

- A) independentemente da espécie de juros, estes se definem como frutos do capital, ou seja, têm qualidade de acessório de uma relação jurídica de mútuo;
- B) quanto ao preço cobrado, os juros bancários, tem dois Standards: o tempo em que o capital será devolvido e o risco<sup>7</sup> de o devedor não adimplir a obrigação assumida; e
- C) a relação jurídica que origina o contrato bancário não é graciosa, mas sim onerosa, o que se representa pelos juros.

De forma geral, existe mais de uma classificação para juros (simples e compostos, moratórios ou remuneratórios/compensatórios, legais e convencionais, etc.[...]). Em que pesem as diversas classificações, a classificação que interessa ao presente estudo é a de juros moratórios ou remuneratórios/compensatórios. Como bem ressalta Baptista (2008): “(...) estamos diante de um mesmo instituto jurídico que é apenas calculado de forma diferente”<sup>8</sup>.

Os juros remuneratórios ou compensatórios são aqueles devidos como forma de remuneração do decurso de prazo do capital emprestado, ou seja, a taxa de juros é precificada pelo preço de mercado fixado em função do tempo em que o capital será reembolsado e a qualificação do risco envolvido na operação de crédito. Por outro lado, os juros moratórios são devidos como forma de remuneração do inadimplemento de uma obrigação que não foi paga em tempo, no lugar e forma previamente avençados em um contrato.

Ressalte-se, ainda, que os juros remuneratórios ou compensatórios são devidos por força do prejuízo que causam e serão quantificados com a prova da

<sup>6</sup>Baptista (2008, p.16).

<sup>7</sup>O risco é um aspecto complexo da operação de crédito e influencia na taxa de juros, e é avaliado sob diversos aspectos, não somente ligados à pessoa do devedor, conforme explica Silva (2014, p. 56): “o risco do crédito é a probabilidade de que o recebimento não ocorra, ou seja, é igual a 1 (um) menos a probabilidade de recebimento.

Os riscos de crédito de um banco podem ser classificados em quatro grupos: (i) risco do cliente ou risco intrínseco; (ii) risco da operação; (iii) risco de concentração; e (iv) risco de administração”.

<sup>8</sup>Baptista (2008, p.16).

perda financeira do credor. Os juros moratórios são devidos, independentemente de comprovação de prejuízo<sup>9</sup>, pois presume-se que houve inequívoca perda por causa da não devolução do capital em época devida - art. 407 do Código Civil<sup>10</sup>. Outra diferença nessa classificação é que, enquanto nos juros remuneratórios ou compensatórios existe uma vinculação à ideia de indenização, nos moratórios não existe.

Como o art. 407, do CC, estabelece que é obrigado o devedor a pagar os juros da mora, agora, faz-se mister estudar a questão da limitação do percentual aplicado aos juros moratórios.

A discussão iniciou-se em 1976, quando o Poder Judiciário entendeu que as limitações da Lei de Usura - Decreto nº 22.626, de 07/04/33<sup>11</sup>- não se aplicavam ao sistema financeiro, tendo sido editado o enunciado da Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>. Os anos passaram e persistiram as dúvidas sobre a não limitação do percentual de 1% sobre o capital, até a discussão ser aclarada pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que, em seu art. 192, estabeleceu a limitação aos juros reais em 1% (um por cento).

Contudo dois fatos históricos se apresentam:

a promulgação do Código Civil, em 10/01/2002, que trouxe uma regra expressa no seu artigo 406<sup>13</sup> que permite a fixação dos juros segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, ou seja, permitiu que estes fossem cobrados pela “Taxa SE-LIC”<sup>14</sup> e não mais limitados ao percentual de 12% ao ano - limite sugerido na chamada Lei de Usura, ainda em vigência; e a revogação do art. 192, da Constituição da Repú-

<sup>9</sup>Jantalia (2012, p. 69).

<sup>10</sup>Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

<sup>11</sup>Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933. Revogado pelo Decreto de 25 de abril de 1991 e Revigorado pelo Decreto de 29 de novembro de 1991 (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 10, de 14.12.1934 e Lei nº 49, de 9.5.1935). Dispõe sobre os juros nos contratos e dá outras providências.

<sup>12</sup>Súmula nº 596: As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”, enunciado em 02/03/1976.

<sup>13</sup>Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem de forma sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação de lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

<sup>14</sup>Taxa SELIC é a taxa de juros equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais. Para entender a formação do preço dos juros, observa-se que há um aspecto complexo, quando se tratar de juros bancários, o uso da chamada “taxa SELIC”, para mensurar o uso do capital por terceiro como explica Fortuna (2008, p. 131): “Taxa Over Selic - é a taxa de referência no mercado, e que regula as operações diárias com títulos públicos federais, pois é a média diária que reajusta diariamente os preços unitários dos títulos públicos. Representa a taxa pela qual o Banco Central, compra e vende títulos públicos federais ao fazer sua política monetária.”

blica Federativa do Brasil, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, pela Emenda Constitucional nº 40, de 29/05/2003.

Passados os anos, chega-se à conclusão de que a taxa a ser aplicada em contratos bancários, que não tem regras específicas, precisa ser de 1% (um por cento) ao mês, por questões de justiça social<sup>15</sup>. Mormente no Superior Tribunal de Justiça foram expedidas reiteradas decisões<sup>16</sup> até firmar o entendimento e editar, a Súmula nº 379<sup>17</sup>, como enunciado em 22/04/2009, no intuito de pacificar a matéria bastante discutida e impor aos contratos bancários que não tem regramento específico, uma limitação semelhante à imposta pela Lei de Usura.

Percebe-se que o Poder Judiciário limitou de forma diferente do que está disposto no art. 406 do Código Civil, ou seja, no tipo de contrato bancário mencionado pela Súmula, não há a possibilidade de se convencionar em contrário, ou seja, acima do limite de 1% (um por cento) ao mês. Por outro lado, o Código Civil de 2002 trouxe a já mencionada limitação do art. 406, que tem sido interpretada, ora como SELIC, ora como taxa de 1% (um por cento) ao mês, com a devida ressalva para os contratos bancários.

Paralelamente à questão dos juros moratórios, temos a da cláusula penal e suas limitações, bem como da forma de incidência dos mencionados encargos, ou seja, ocálculo praticado.

A cláusula penal é uma estipulação contratual que representa obrigação pecuniária se concretizado o descumprimento de qualquer cláusula do acordo, ou quando a mesma venha a ser cumprida em tempo, lugar e forma contrários ao estabelecido contratualmente ou legalmente previstos. A cláusula penal assume um importante papel na negociação de débitos de contratos de mútuo bancário, pois atua como estímulo para que o devedor cumpra o pactuado e o adimplemento ocorra da forma prevista, evitando-se um acréscimo no valor devido. Para o credor, tenta evitar uma demanda judicial que exija perícia, o que a tornaria longa, morosa e de elevado custo.

Identificam-se as seguintes características ou funções na cláusula penal: (I)

---

<sup>15</sup>Pinheiro (2005, p. 472).

<sup>16</sup>Brasil (2016). Agravo regimental no Agravo 830575 RS 2006/0231898-0, Agravo regimental no Agravo 830575 RS 2006/0231898-0, Agravo regimental no Recurso Especial 406841 RS 2002/0006046-8, Agravo regimental no Recurso Especial 672168 RS 2004/0093202-6, Agravo regimental no Recurso Especial nº 765674 RS 2005/0112915-0, Recurso Especial nº 188674 MG 1998/0068448-4, Recurso Especial nº 400255 RS 2001/0184922-0.

<sup>17</sup>Súmula nº 379: Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convenientados até o limite de 1% ao mês.

Função resarcitória ou de prefixação do dano - como multa com caráter rescisório, entendida como a inadimplência injustificada ou de má fé de uma das partes; (II) Função garantista da dívida - como uma função preventiva, onde já se estabelece a consequência da demora ou do inadimplemento para as partes não precisarem negociar no rompimento do contrato; (III) Função punitiva ou sancionadora - decorre da circunstância de o credor poder exigir, conjuntamente, o cumprimento da obrigação principal e a satisfação da pena, como decorre da leitura do art. 411, do Código Civil<sup>18</sup>; e (IV) Função moratória<sup>19</sup>.

A cláusula penal moratória que se caracteriza pela pena imposta ao devedor na ocorrência da mora, ou seja, quando o cumprimento do devedor for feito em tempo, lugar e/ou forma diversos do contrato ou da lei é a que interessa ao objeto de pesquisa.

Particularmente ao estudo ora apresentado, a cláusula penal moratória encontra-se no Código Civil e é fixado em percentuais em normativos específicos<sup>20</sup>, a saber:

Compras consumeristas - § 1º, do art. 52, do Código de Defesa do Consumidor<sup>21</sup>, - limita a multa contratual de mora em 2% (dois por cento) do valor da prestação;

Compromissos de compra e venda de imóveis loteados - alínea f, do art. 11, do Decreto-Lei nº 58/37<sup>22</sup> e inciso V, do art. 26 da Lei nº 6766/79<sup>23</sup> - limita a cláusula penal a 10% (dez por cento) do valor do inadimplemento;

Obrigações do condomínio edilício: § 1º do Art. 1.336, do Código Civil<sup>24</sup> - limita a imputação mora-tória a 2% (dois por cento) do valor do débito; e

Lei de usura - art. 9º, do Decreto nº 22.626/33<sup>25</sup> - limita à importância de 10% (dez por cento) do valor da dívida.

<sup>18</sup>Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

<sup>19</sup>Martins-Costa (2003, p. 413).

<sup>20</sup>Tepedino (2004, p. 752) entende que embora o Art. 413 (“A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”) tenha sido criado para os casos de rescisão contratual, pode ser aplicada à cláusula penal moratória, mesmo sendo matéria de avença contratual, conforme transcrevemos sua posição: “Entretanto, nenhum óbice surge à redução judicial da cláusula penal moratória, quando esta for manifestamente excessiva, traduzindo-se em indevido castigo ao devedor”.

<sup>21</sup>Art. 52. (...) § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação. (Redação dada pela Lei nº 9.298, de 1º/08/1996)

<sup>22</sup>Art. 26. (...) V - taxa de juros incidentes sobre o débito em aberto e sobre as prestações vencidas e não pagas, bem como a cláusula penal, nunca excedente a 10% (dez por cento) do débito e só exigível nos casos de intervenção judicial ou de mora superior a 3 (três) meses.

<sup>23</sup>Art. 11. (...) f) cláusula penal não superior a 10 % do débito, e só exigível no caso de intervenção judicial.

<sup>24</sup>Art. 1.336. (...) § 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.

<sup>25</sup>Art. 9º. Não é válida a cláusula penal superior à importância de 10% do valor da dívida.

Pressupõe-se que a cobrança dos juros moratórios nunca poderá resultar da cobrança da multa contratual em valor maior que o estabelecido no contrato de mútuo. Constatase que o Poder Legislativo há muito tenta conter os abusos sociais, estabelecendo “tetos” para as cláusulas penais moratórias. Então, os valores cobrados, a título de cláusula penal ou multa contratual moratória, não podem representar percentual mais elevado do que o estabelecido no contrato, ou nos casos em que a lei determina, não podem ultrapassar os limites estabelecidos pela norma.

Apresentada a revisão literária integrada sobre o tema, os institutos dos juros moratórios e da multa contratual ou cláusula penal moratória em um débito de contrato de mútuo, a serem cobrados em Juízo, têm metodologias de cálculo diferente em diversos Tribunais Brasileiros.

Ademais, por diversas vezes, verifica-se que há julgados que ao apresentar o cálculo dessas verbas, não obedece à limitação acima mencionada de 1% (um por cento) para os juros moratórios e o percentual de 10% (dez por cento) do valor devido, em geral, para a multa contratual moratória.

## **2 Panorama das metodologias de cálculo nos contratos bancários apresentadas pelos Tribunais de Justiça brasileiros**

O espectro da pesquisa tem como dimensão espacial as unidades da Federação. Foi realizada a investigação em vinte e sete sites dos Tribunais de Justiça e o do Distrito Federal.

Ademais, utilizou-se outro dado secundário na pesquisa - de dimensão espacial Federal - o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal - Comissão Permanente de Revisão e Atualização do Manual, expedido pela Corregedoria Geral da Justiça Federal e Conselho da Justiça Federal, datado do ano de 2013, por ser, o mais atualizado, encontrado pelos pesquisadores nos sites dos Tribunais Regionais Federais (onde a informação, algumas vezes, se replica).

A dimensão temporal da pesquisa abrange o limite temporal de 5 anos (2010-2015).

Ressalva-se que para a integridade da pesquisa, nenhum dado da pesquisa encontra-se fora dos escopos indicados.

Inicialmente, para parametrizar o estudo, estabelecer-se-á uma situação padrão como amostra com as seguintes características:

contrato de mútuo bancário, cujo vencimento ocorreu em 02.01.2010 com a totalidade das prestações em atraso;  
não há cláusula a reger os juros moratórios;  
há cláusula penal ou multa contratual no contrato de mútuo bancário no valor de 10% (dez por cento) do valor do débito atualizado; e  
há ação ajuizada em 02.01.2012, com memória de cálculo que indica R\$ 100.000,00 (cem mil reais) como o valor principal do débito na data de 02.01.2010.

A metodologia de cálculo aplicada como parâmetro 01 é a do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal - Comissão Permanente de Revisão e Atualização do Manual, expedido pela Corregedoria Geral da Justiça Federal e Conselho da Justiça Federal, datado do ano de 2013, a saber:

- A) atualização monetária do débito nos termos da legislação vigente à época, somado aritmeticamente a
- B) juros moratórios no percentual de 1% (um por cento) ao mês multiplicado pela quantidade de meses devidos sobre o valor do débito atualizado, por força do art. 406, do CC, e o Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito Civil<sup>26</sup>, somado aritmeticamente a
- C) multa contratual acordada no contrato.

---

<sup>26</sup>Enunciado nº 20 - Art. 406, do CC: A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês. A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano.

Abaixo, demonstram-se a situação e o cálculo estabelecido no parâmetro 01:

<b>PARÂMETRO 01</b>		<b>DATA</b>
Valor do débito	R\$ 100.000,00	02.01.2010
Atualização monetária (índice de correção = 11% (onze por cento para o período)	+ R\$ 11.000,00	
Valor atualizado	= R\$ 111.000,00	
Juros Moratórios (24% - considerando 24 meses em situação simples, não acumulativa ou composta)	R\$ 26.640,00	02.01.2012
Multa contratual (10%)	R\$ 11.100,00	
Totalizador	R\$ 148.740,00	

**Legenda:** Demonstrativo ou memória de cálculo utilizada como parâmetro 01.

**Fonte:** Quadro elaborado pelos pesquisadores autores da pesquisa em 15/03/2016.

A metodologia de cálculo aplicada como parâmetro 02 dividir-se-á em 2A e 2B. Sugerem-se duas metodologias de cálculos aplicadas à mesma situação descrita acima porque nas pesquisas foram descobertos dois sistemas empregados pelos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal que foram investigados entre os vinte e sete Estados e o Distrito Federal:

#### Metodologia de cálculo 2A

- A) atualização monetária do débito nos termos da legislação vigente à época;
- B) multa contratual acordada no contrato; utilizando a soma da letra a e b como base de cálculo para aplicar os
- C) juros moratórios no percentual de 1% (um por cento) ao mês multiplicado pela quantidade de meses devidos sobre o valor do débito atualizado, por força do art. 406, do CC, e o Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito Civil sobre o valor do débito acima descrito.

e

#### Metodologia de cálculo 2B

- A) atualização monetária do débito nos termos da legislação vigente à época;
- B) juros moratórios no percentual de 1% (um por cento) ao mês multiplicado pela quantidade de meses devidos sobre o valor do débito atualizado, por for-

ça do art. 406, do CC, e o Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito Civil sobre o valor do débito atualizado; utilizando a soma das letras a e b como base de cálculo para aplicar a

C) multa contratual acordada no contrato.

Abaixo, demonstram-se visualmente a situação e os cálculos estabelecidos para o parâmetro 02 (2A e 2B) aludidos acima:

PARÂMETRO 02			PARÂMETRO 02	
Data	2A		2B	
	Cálculo com multa moratória incidindo sobre a soma do valor atualizado acrescido de juros moratórios		Cálculo com juros moratórios incidindo sobre a soma do valor atualizado acrescido da multa contratual	
02.01.2010	Valor do débito	R\$ 100.000,00	Valor do débito	R\$ 100.000,00
02.01.2012	Atualização monetária [índice de correção = 11% (onze por cento para o período)	+ R\$ 11.000,00	Atualização monetária [índice de correção = 11% (onze por cento para o período)	+ R\$ 11.000,00
02.01.2012	Valor atualizado	= R\$ 111.000,00	Valor atualizado	= R\$ 111.000,00
02.01.2012	Juros Moratórios (24% - considerando 24 meses em situação simples)	R\$ 26.640,00	Multa contratual (10%)	R\$ 11.100,00
02.01.2012	Multa contratual - 10% (dez por cento) sobre a base de cálculo de R\$ 111.000,00 + R\$ 26.640,00 = R\$ 137.640,00	R\$ 13.764,00	Juros Moratórios (24% - considerando 24 meses em situação simples) sobre a base de cálculo de R\$ 111.000,00 + R\$ 11.100,00= R\$ 122.100,00	R\$ 29.304,00
02.01.2012	Totalizador	R\$ 151.404,00	Totalizador	R\$ 151.404,00

Legenda: Demonstrativo ou memória de cálculo utilizada como parâmetro 02.

Fonte: Quadro elaborado pelos pesquisadores autores da pesquisa em 15/03/2016.

No escopo espacial e temporal estruturado para a pesquisa, foi realizado o diagnóstico de como os Tribunais sinalizam para os peritos, partes, advogados e julgadores a metodologia de cálculo dos acessórios nos contratos de mútuos bancários e foi percebido há diversos procedimentos de cálculos utilizados pelos Tribunais Estaduais e Federais.

Os pesquisadores afirmam que, o parâmetro 02 (2A e 2B) não se apresenta adequado, pois o resultado obtido nos quantitativos apresentados são em valor superior ao limitado pelo enunciado da Súmula nº 379 do Superior Tribunal de Justiça, que limita a incidência em 1% (um por cento) ao mês, o que enseja, uma possível, alegação de enriquecimento sem causa por parte de quem está sendo cobrado, bem como a multa também ultrapassa o limite comumente aceito.

Pormenorizando a questão, observa-se que: (i) no parâmetro 2A, a multa incide sobre o valor acrescido de juros somado ao valor da multa cobrada (R\$ 13.764,00), acresce-se o percentual de 11,27 % (onze inteiros e vinte e sete centésimos por cento), ou seja, ultrapassa em 1,27% (um inteiro e vinte e sete centésimos por cento) a estipulação contratual do exemplo em análise que é de 10% (dez por cento); enquanto isso, (ii) no parâmetro 2B, os juros moratórios totalizam o percentual de 26,40% (vinte e seis inteiros e quarenta centésimos por cento), ultrapassando-se assim o percentual limite estabelecido na Súmula nº 379 do Superior Tribunal de Justiça, no percentual de 25,40% (vinte e cinco inteiros e quarenta centésimos por cento).

Contrapondo os três exemplos, comprova-se que, em nos parâmetros 2A e 2B, o valor apurado pelo cálculo é superior ao devido, em R\$ 2.664,00 (dois mil, seis-centos e sessenta e quatro reais). Esse acréscimo em apenas dois anos, o que causa prejuízo cabal ao devedor.

Agora, verifica-se como os Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros e os Tribunais Regionais Federais apresentam para os julgadores, peritos, partes e advogados o procedimento para elaborar os cálculos dos acessórios nos contratos de mútuo, seja por meio da ferramenta de cálculo, seja estabelecendo uma determinada regra e disponibilizando no menu da entidade pesquisada do Poder Judiciário.

### **3.Consolidação dos dados secundários apresentados nos sites dos Tribunais de Justiça dos Estados**

As pesquisas de dados secundários foram realizadas no Laboratório de Computação da Universidade Veiga de Almeida, no Campus Tijuca, na cidade do Rio de Janeiro entre os meses de dezembro de 2015 e março de 2016.

Primeiramente, os pesquisadores buscaram na internet os sites dos vinte e sete Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal, mas apenas obtiveram resultados positivos: (i) em nove Estados brasileiros- Acre, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina, São Paulo -; e (ii) no Distrito Federal.

Depois, os pesquisadores percorreram as plataformas de todos os TRF e a do Superior Tribunal de Justiça e, obtiveram a informação de que no âmbito federal é o Conselho Federal da Justiça, que estabelece a metodologia de cálculo na esfera federal.

Para parametrizar o estudo, apresenta-se os dados consolidados sobre a heterogeneidade de metodologias de cálculos adotadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal, com as características descritas abaixo:

TABELA 01

Indicação da localidade dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais	Cálculo elaborado de acordo com o parâmetro 01	Cálculo elaborado de acordo com a parâmetro 2A	Cálculo elaborado de acordo com a parâmetro 2B	Fornece ferramenta eletrônica para a realização de cálculo diverso das amostras apresentadas
Acre		X		
Amazonas		X		
Bahia		X		
Distrito Federal			X	
Espírito Santo	X			
Goiás		X		
Maranhão		X		
Mato Grosso		X		
Rio de Janeiro				X
Rio Grande do Sul				X
Rondônia		X		
Roraima		X		
Santa Catarina		X		
São Paulo			X	
Sergipe		X		

Legenda: Apresentação dos dados consolidados extraídos dos Tribunais de Justiça brasileiros.

Fonte: Todos os endereços eletrônicos pesquisados e citados na tabela encontram-se nas referências do artigo.

Como premissa expõem-se as notas complementares da pesquisa de dados secundários, que embora devam ser mencionados, não possuem o condão de afetar a análise e as considerações finais, sugestões e recomendações dos pesquisadores da Universidade Veiga de Almeida. A metodologia utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre denomina a cláusula penal ou multa contratual de forma diversa, apelidando-a de “multa de liquidação;

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal, os pesquisadores ao tentarem ingressar no ícone “atualização monetária” da página do TJDF, foram surpreendidos pelo redirecionamento para o TJDF. Como extensão que abriu não possui a mesma do site oficial, o que não pode garantir a validade dos dados obtidos nesse Tribunal. O mesmo ocorreu com o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que redireciona para uma situação ainda mais esdrúxula, que é um site privado - Gilberto Melo, de Belo Horizonte/MG - Disponível em: <<http://gilbertomelo.com.br/>>. Acesso em 29 jan. 2016;

Nos Tribunais de Justiças dos Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul não são aplicadas as metodologias das amostras. Há outras variáveis, o que exigiu dos pesquisadores estabelecer uma coluna em separado para as mesmas. Os Tribunais disponibilizam ferramentas para cálculo sem explicação pormenorizada sobre qual é a metodologia de cálculo, o que não permite o enquadramento desses Tribunais em nenhum dos Grupos;

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não disponibiliza na sua planilha de cálculos a explicação de como são calculadas as multas contratuais. Contudo, existe o cálculo da multa processual, que é feita incidindo sobre o valor atualizado acrescido dos juros moratórios, por isso assinalou-se como pertencente ao Grupo 2A;

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não possui um sistema de cálculos na sua página, contudo disponibiliza planilhas de Excel para diferentes cálculos, e, no caso específico dos contratos de mútuo há uma planilha denominada “Atualização de débitos judiciais em 256 parcelas”. A seguinte metodologia é a utilizada: o valor do débito é atualizado, depois, incidem sobre este, os juros de mora no percentual determinado pelo Código Civil ou pelo exequente e sobre este total (valor atualizado + juros de mora) incide a multa contratual;

Os Tribunais Regionais Federais e o Tribunal de Justiça do Espírito Santo utilizam o Manual de Orientação de Cálculos da Justiça Federal, editado pelo Conselho da Justiça Federal, no qual é estabelecido que as multas incidem sobre

o valor da condenação atualizado, sem a inclusão dos juros de mora<sup>27</sup>. Tal forma de cálculo é a encontrada no parâmetro 01; e

Os demais Tribunais de Justiça brasileiros, embora investigados, não trazem informações sobre a metodologia de cálculo, o que impossibilita o seu enquadramento em qualquer um dos Grupos da Tabela 01.

Observando a tabela acima e suas notas complementares, constata-se que não há homogeneidade na forma de cálculo dos débitos judiciais praticada pelos Tribunais de Justiça Estaduais e que os Tribunais Regionais Federais são os que apresentam uma única forma de cálculo determinada pelo Conselho da Justiça Federal.

## Considerações finais

Uma das maiores controvérsias apresentada na sede da liquidação das sentenças de contratos de mútuo bancário, que sofre impugnação e recursos por parte do devedor é a metodologia de cálculo praticada pelos Tribunais brasileiros tendo por objeto o cálculo dos juros moratórios e das cláusulas penais ou multas contratuais nos contratos de mútuo bancário.

Dada a controvérsia que há em torno do tema, o que, por si só, justifica a pesquisa, o objeto geral do estudo é o de investigar como são elaborados tais cálculos nas liquidações das sentenças dos contratos de mútuo bancário nos Tribunais brasileiros e se estão sendo aplicados os princípios da legalidade e da legitimidade na questão controvertida que se apresenta.

Para alcançar este objetivo, primeiramente foi realizada a revisão literária integrada, visando a conceituação dos objetos da pesquisa: (I) juros moratórios; e (II) cláusula penal ou multa contratual.

Para comprovar cientificamente o ponto de vista dos pesquisadores nesse estudo, foram apurados os dados relativos à metodologia de cálculo dos débitos judiciais nos sites dos vinte e sete Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros e do Distrito Federal. Os pesquisadores investigaram também o site do Conselho da Justiça Federal que regulamenta as regras de cálculo de todos os Tribunais Regionais Federais - TRF - na qualidade de amostras sobre o tema, bem como no site do Superior Tribunal de Justiça obtiveram o enunciado acerca do tema extraído após a investigação nas Jornadas em Direito Civil e em Direito Empresarial.

<sup>27</sup>Brasil (2013, p. 36): “Atualiza-se o valor de acordo com os índices das ações condenatórias em geral (capítulo 4, item 4.2.1), sem a inclusão de juros.”

Percebe-se que são praticadas cobranças ilegais e até mesmo abusividades. Pois, a cada R\$ 100.000,00 (cem mil reais), se imputada a cobrança de atraso de 2 (dois) anos, mesmo sem os outros possíveis acréscimos contratuais, o valor per si do cálculo do principal com os acessórios, acresce em R\$ 2.664,00 (dois mil, seiscentos e sessenta e quatro reais), estando comprovado o enriquecimento sem justificativa do credor do contrato de mútuo bancário, que no caso em análise, é a instituição financeira, que enriquece com a complacência do Poder Judiciário.

Ressalva-se que há notas complementares à pesquisa que podem representar desvios nos dados investigados, que não afetam frontalmente a consolidação dos dados da pesquisa, mas que mereceram ser ressalvadas para a integridade da pesquisa de dados secundários.

Quanto aos resultados esperados, os pesquisadores verificaram que a heterogeneidade pode ensejar ilegalidade, abusividade, ou mesmo enriquecimento sem causa ao credor. Por isso, sugerem e recomendam ações necessárias à homogeneização dos procedimentos dos cálculos das penalidades em sede de liquidação de sentença tanto para os Tribunais de Justiça quanto para os Tribunais Regionais Federais

Considera-se a metodologia apresentada como Parâmetro 01 a mais adequada à cobrança de valores que representa devidamente o sistema legal brasileiro, os enunciados e demais normas relativas a metodologia de cálculo, bem como é o parâmetro que deveria ser respeitado.

O cálculo que prevê a incidência de juros de mora sobre o valor corrigido e acrescido da multa contratual, como o que prevê o inverso, resulta em valores indevidos a serem cobrados, pois desrespeitam os limites impostos pela lei e pelo enunciado da Súmula 139, do Superior Tribunal de Justiça.

A forma de cálculo mais adequada é a que se inicia com a atualização monetária do valor devido acrescido dos juros moratórios no percentual de 1% (um por cento) ao mês e somado ao percentual de multa - soma aritmética.

Sobre as práticas dos Tribunais dos Estados e os Federais, constata-se que os Tribunais Regionais Federais e o Tri-bunal de Justiça do Espírito Santo estão alinhados com a metodologia mais adequada apresentada na pesquisa.

A prática dos Tribunais revela que há necessidade premente de regulamentação unificada da citada forma de cálculo dos valores em atraso nos contratos de mútuo bancário, tal como já existe para a realização do cálculo da atualização monetária, cujos índices foram uniformizados por ocasião do Encontro Nacional

de Corregedores Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, em agosto de 1997.

Chegou a hora da unificação da hipótese investigada e estudada por ato do Conselho Nacional de Justiça, o que re-duzirá as discussões judiciais infrutíferas nos processos judiciais. A uniformização mencionada contribuirá para melhorar a celeridade dessa fase nos processos judiciais, vez que, se regulamentada a forma de cálculo homogeneamente, eliminar-se-á o ponto controvertido que é o excesso no valor cobrado nos contratos de mútuos bancários.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, André Zanetti. *Juros: taxas e capitalização*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933. *Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providencias*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d22626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm)>. Acesso em 12 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil - Texto Compilado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 12 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em 12 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937. *Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm)>. Acesso em 12 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. *Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6766compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766compilado.htm)>. Acesso em 12 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. *Corregedoria Geral da Justiça Federal*. Ma-

nual de orientação de procedimentos para os cálculos da Justiça Federal / Elaboração: Comissão Permanente de Revisão e Atualização do Manual de orientação de procedimentos para os cálculos da Justiça Federal. Brasília: CJF, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Acre*. Disponível em: <<http://www.tjac.jus.br/servicos/calcular-judicial/>>. Acesso em 29 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas*. Disponível em: <[http://extranet.tjam.jus.br/cmonetaria/teste\\_correcao1.php](http://extranet.tjam.jus.br/cmonetaria/teste_correcao1.php)>. Acesso em 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portal/servicos/judiciais/calculos-juridicos-e-penas/correcao-de-valores>>. Acesso em 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*. Disponível em: <<http://aplicativos.tjes.jus.br/corregedoria/atm/Default.aspx>>. Acesso em 29 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Disponível em: <[www.tjdft.jus.br/servicos/actualizacao-monetaria-1](http://www.tjdft.jus.br/servicos/actualizacao-monetaria-1)>. Acesso em 29 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*. Disponível em: <[http://www.tjgo.jus.br/scj\\_novo/ctrl/scj\\_execucao\\_ctrl.php?opc=acessar\\_pre\\_execucao](http://www.tjgo.jus.br/scj_novo/ctrl/scj_execucao_ctrl.php?opc=acessar_pre_execucao)>. Acesso em 29 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Disponível em: <[http://www.tjma.jus.br/inicio/actualizacao\\_monetaria](http://www.tjma.jus.br/inicio/actualizacao_monetaria)>. Acesso em 29 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso*. Disponível em: <<http://gilbertomelo.com.br/pdf/JEBC0316N.pdf>>. Acesso em 29 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/correcaomonetaria/faces/correcaomonetaria.jsp>>. Acesso em 29 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://>

[www.tjrs.jus.br/site/servicos/ferramenta\\_de\\_calculo/index.html](http://www.tjrs.jus.br/site/servicos/ferramenta_de_calculo/index.html). Acesso em 20 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia*. Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br/calcuProcessual/faces/jsp/calcuCorrecao.jsp>>. Acesso em 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado de Roraima*. Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br/calculoprocessual/faces/jsp/calculocorrecao.jsp>>. Acesso em 20 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: <<http://cgjweb.tjsc.jus.br/atualizacaomonetaria/controller?sessionId=B7ABE92EB320F309071AD1079EF927D9>>. Acesso em 20 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/institucional/primeirainstancia/calculosjudiciais/Comunicado.aspx?ID=339&f=1>>. Acesso em 20 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/portal/servicos/judiciais/calculos-juridicos-e-penas/correcao-de-valores>>. Acesso em 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2016.

FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro: produtos e serviços. 17. ed. Rio de Janeiro: Qualmark. 2008.

MELLO, Gilberto. *Site pessoal, na qualidade de professor*. Disponível em: <<http://www.gilbertomelo.com.br>>. Acesso em 02 dez. 2015.

JANTALIA, Fabiano. *Juros Bancários*. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Roberto Arruda de Souza. *Contratos bancários: aspectos jurídicos e técni-*

cos da matemática financeira para advogados. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, Volume V, tomo II: Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil Anotado e Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SILVA, José Pereira da. *Gestão e Análise de Risco de Crédito*. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

TEPEDINO, Gustavo et ali. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

Artigo recebido em: 22.03.2016

Revisado em: 16.04.2016

Aprovado em: 17.04.2016

# **BASES TEÓRICAS DA FUNCIONALIZAÇÃO OU INSTRUMENTALIDADE DE PERSPECTIVA UTILITÁRIA<sup>1</sup> NO SÉCULO XX- ERAS MODERNA E CONTEMPORÂNEA**

## ***THEORETICAL BASIS OF FUNCTIONALIZATION OR INTRUMENTALITY OF THE UTILITARIAN PERSPECTIVE IN THE XX CENTURY - MODERN AND CONTEMPORANEOUS ERAS***

Hudson Augusto Dalto<sup>2</sup>

Mestre e Doutorando em Direito

*Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC-Colatina)  
Espírito Santo (ES) - Brasil*

**RESUMO:** Na atualidade, diante da descentralização das atividades estatais para a iniciativa privada, o Estado passou de executor e protetor das garantias e princípios constitucionais para fiscalizador e interventor das atividades empresariais. A força dessas mudanças conceituais e o forte impacto nas estruturas básicas da propriedade, do contrato e da empresa havidos na sociedade mundializada geram situações no direito e na economia mundial que transformaram as ideologias do século XX, durante e após as grandes guerras, o que delimitará o escopo da pesquisa. Na perspectiva utilitária, a função social é observada em seu desenvolvimento no sistema capitalista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Função social. Utilitarismo. Iniciativa privada.

**ABSTRACT:** Nowadays, due to the decentralization of the state activities towards the enterprises, the Government changed from executor and protector of the constitutional guarantees and principles to supervisor and interventor of the

---

<sup>1</sup>Expressão encontrada na obra de NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 247.

<sup>2</sup>Professor do UNESC-Colatina/ES (graduação e pós-graduação em Direito). Doutorando em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Relações Privadas e Constituição pela UNIFLU-FDC - Faculdade de Direito de Campos. Graduado em Direito pelo UNESC - Centro Universitário do Espírito Santo e pós-graduado (lato sensu) em Direito do Trabalho pela Universidade Gama Filho/RJ. Cursa Licenciatura em Filosofia (EAD), na Universidade Federal de Lavras-MG (2012-2015). Faz parte do corpo editorial da UNESC em Revista. Advogado no Estado do Espírito Santo. E-mail: hdalto123@hotmail.com.

business activities. The strength of these conceptual changes and is strong impact in the basic strictures of property, contract and enterprise that happened in the world-wide,.society produced situations in the word-wide Law and economy that transformed the ideologies of the XX century during and after the great wars, which will delimitate the aim of this research. Following the utilitarian perspective, the social function is observed in its development in the capitalist system.

**KEY WORDS:** Social function. Utilitarianism. Private initiative.

## **Introdução**

Historicamente, mesmo ciente de que a iniciativa privada capitalista não tem altruísmo, nem pode existir sem que haja lucro em sua atividade, as Constituições de Weimar, de 1919, a Italiana, de 1948, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, a Portuguesa, de 1976, a Espanhola, de 1978, e a Brasileira, de 1988 expressamente apresentam em dispositivos legais transmutando o vértice do direito público e privado. Estes diplomas legais estabelecem que a iniciativa privada capitalista deva ter como diretriz a função de colaborar para a implementação dos “novos” standards socioeconômicos, sob pena de não trazer a estabilidade e o bem-estar social almejados pela sociedade.

Translada-se o vértice do Direito Privado com mudanças conceituais e ressignificados de igualdade - seja formal seja substancial -, solidariedade, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, pelo qual se reconhecem que os direitos sociais preceituados nas Cartas Magnas devem ser realizados pela execução de políticas públicas destinadas àqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.

Assim, a empresa também tem sua mudança conceitual, o seu ressignificado. Passa de mero estabelecimento comercial a organização produtiva da iniciativa privada capitalista podendo ser categorizada como micro, pequena, média ou mesmo em uma grande corporação. Neste último caso, às vezes tão ou mais poderosas que o próprio Estado, onde se encontra instalada. Nessa nova dimensão, as empresas impactam tanto o entorno quanto próprio o sistema econômico. Por vezes, chegam a realizar funções denominadas sociais, por serem atividades antes atribuídas ao próprio Estado que, por insuficiência ou ausência acabam sendo de sua titularidade.

Ao analisar o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais

e Culturais, adotada pela Resolução n.2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, estabelece que “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida” e o sistematizar com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986, não ratificada, mas acolhida ao ordenamento jurídico pela Teoria Monista, observa-se que ambas serviram como fundamentos ao elenco de direitos fundamentais e no resignificado de empresa e corroboram na escolha do modelo estatal de desenvolvimento, delineado pela Constituição Federal de 1988.

Colocadas essas premissas, é cabal a relevância do assunto por sua contemporaneidade, visto que o Estado Brasileiro, a cada dia mais “legisla” e “julga” a empresa, na qualidade de sujeito de direito ativo no desenvolvimento, e a coloca como responsável em assegurar a dignidade humana, quando o Estado se mostra ineficiente ou ausente, além da função social da empresa como balizador do princípio da livre iniciativa na Constituição Federal de 1988.

A problemática é a de investigar se é possível entender a função social da empresa na qualidade de balizador do princípio da livre iniciativa no contexto do Direito ao Desenvolvimento.

Quanto ao objeto geral, impende entender como está sendo entendido o re-significado da função social da empresa, no contexto da transição de responsabilidades, outrora do Estado, para as empresas visando o atendimento às deficiências básicas e mínimas, que impactam na dignidade e bem-estar do cidadão.

No que se refere aos objetivos específicos, apresentar os aspectos históricos, econômicos e de direito, que refletem a transmutação do significado de função social pela mudança do vértice no público e no privado e expor criticamente como Tratados Internacionais impactam o entendimento atual da função social da empresa trazido tanto pelas legislações brasileiras quanto pelas decisões dos Tribunais Superiores.

Tendo em vista que o estudo analisa a função social da empresa, a vertente metodológica geral a ser utilizada será a análise teórica e o estado da arte, pois se encaixam no tipo de investigação interpretativa, pois a pesquisa é permeada pela análise crítica.

Ademais, não há um único setor do conhecimento no qual se insere o objeto

de estudo da presente pesquisa. Por sua vez, também não se propõe uma simples justaposição de conteúdos de disciplinas perfeitamente separadas. Pretende-se uma verdadeira produção de conhecimento de forma interrelacionada. É uma pesquisa transdisciplinar envolvendo análise de Direito Constitucional, Civil e Empresarial, no âmbito da ciência do Direito, além de serem analisados autores de outras áreas de conhecimento.

A técnica de pesquisa a ser utilizada na pesquisa consistirá na revisão documental, através da utilização de fontes primárias de investigação, quais sejam, os documentos legislativos, bem como de fontes secundárias, como livros e artigos sobre o tema. A viabilidade da pesquisa é garantida diante do grande acervo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

## **1 Conceito de função social: análise ontológica**

De forma geral, há diversos significados para o termo função social<sup>3</sup>. O primeiro significado lato de função social é usado em sentido amplo - finalidade. Esse significado refere-se à idéia de função social, como finalidade ou papel. A propriedade, por exemplo, tem diversas funções ou papéis. Pode funcionar como um bem destinado à moradia, ou um bem onde se explora como subsistência se mora no campo, ou para o exercício de atividade econômica<sup>4</sup>. Também funciona como reserva de valor, como ocorre nos países de tradição ibérica, nos quais as pessoas adquirem bens de raiz<sup>5</sup> para investirem suas economias.

Diante do interesse econômico da empresa em obter espaço no sistema econômico, a empresa deve atuar de acordo com o bem comum. Nesse âmbito, uma empresa atua com função social por ter a finalidade de ser a responsável pelo bom andamento da ordem econômica, tornando-se a organizadora da atividade produtiva, a gestora das propriedades privadas relativas aos bens de produção e de serviços da empresa, e por tabela pode atender às necessidades do cidadão.

O segundo significado, usado em sentido estrito, é o de serviço realizado em benefício de outrem. Ratificando essa acepção da função social, São Tomás de Aquino, como o primeiro a formular o conceito de função social, afirma que a

<sup>3</sup>Pode haver outros significados, mas como explica Alpa e Bessone. No entanto, no âmbito do Direito as três acepções destacadas acima merecem destaque e serão utilizados na investigação da problemática, em toda a tese, não apenas nesse capítulo. ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della propriet:Il storia, funzione sociale*, pubblici interventi. Padova: Cedam, 1980 p. 243.

<sup>4</sup>ALPA; BESSONE, Op. Cit. p. 244.

<sup>5</sup>Entendidos como aqueles que não se podem desatrelar do solo, por serem por ele constituídos ou por estarem a ele incorporados (prédios urbanos e rurais, maquinário de empresa fixado no solo por ser estrutural na linha de produção, etc.).

funcionalidade ocorre quando “(...) *that man should respect the individually appropriate assets have a common destiny*”<sup>6</sup>.

Função social indica relação entre duas pessoas, sendo que uma delas age ou presta um serviço em benefício da outra de forma gratuita. Nesse sentido, o termo função social relaciona-se com o seu sentido etimológico, do latim *func-tio*, de *fungi* (exercer, desempenhar), que significa o *direito ou dever de agir*, atribuído ou conferido por lei a uma pessoa, para assegurar o preenchimento de uma missão.

O terceiro significado de função social é usado como responsabilidade social. Nesse caso, que aparece relacionado às atividades da empresa, na qualidade de não relacionadas com a atividade da empresa, tais como auxiliar na preservação da natureza, no financiamento de atividades culturais, ou no combate de problemas sociais, como o trabalho e prostituição infantil, mas necessários ao bem estar da população do entorno da empresa e ao próprio desenvolvimento do país.

Eros Roberto Grau entende que:

[...] não terão sido a visualização de propriedade dinâmica e a principiologia da função social da propriedade e posteriormente da empresa - fundamentos parciais, ao menos do surgimento do Direito Econômico? Observado que o princípio da liberdade de iniciativa econômica, não é senão corolário do princípio da propriedade privada dos bens de produção e considerada a afetação deste pelo princípio da função social, visualizamos, em grande parte das normas do Direito Econômico, precisamente, formas de concreção deste último. Isso se torna mais nítido ainda quando aludimos enfaticamente, à função social da empresa<sup>7</sup>.

“A responsabilidade social das empresas consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade”<sup>8</sup>. As empresas assumem funções que antes eram percebidas como de exclusividade do Estado como, por exemplo, os planos privados de aposentadorias, de saúde, incentivos à compra de bens de consumo, auxílio transporte, alimentação e moradia etc., na qualidade de vantagens eco-

<sup>6</sup>AQUINAS, Saint Thomas. *The Summa contra gentiles*. London: Burns Oates&Washbourne LTD. 1923. p. 93 Tradução Livre: (...) os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar.

<sup>7</sup>GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 131.

<sup>8</sup>TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. São Paulo, Revista dos Tribunais.v. 92, n.º 810, p. 33-50, abr. 2003, p. 40.

nômicas pagas como remuneração ao empregado de uma determinada empresa.

Para tal, iniciar-se-ão comestudos e análisessobre as proposições de teóricos clássicos, como:Rodolph Von Jhering, Léon Duguit, EnricoCimbali e Karl Renner e Emilio Betti, cujos pressupostos vieram a influenciar decisivamente o substrato da funcionalização, particularmente a da empresa,no direito brasileiro como é entendida e exercida no século XXI.

## **2 Bases teóricas da função social da concepção finalista de RoudolfVon Jhering (1818-1892)<sup>9</sup>**

Para compreender as premissas estruturadoras da função social, a análise de Jhering se faz relevante, haja vista ter o autor referendado - já no século XIX - uma concepção finalista do direito privado, como também ter lançado um olhar valorizador do que chamou de interesse, fator anterior à vontade e necessário para efetivação de instrumentos contratuais.

Na verdade, a obra de Jhering tem uma clara pretensão de demonstrar a simbiose existente entre o direito e as necessidades que brotam das próprias relações sociais. Para ele, não seria a partir de postulados morais que o homem se veria compelido a cumprir deveres, mas sim, a partir da construção de seu próprio interesse, como se fossem eles os responsáveis pela determinação de seu agir rumo a um fim<sup>10</sup>.

Além disso, Jhering teria sido um dos primeiros teóricos a perceber, no direito privado, uma relação de caráter teleológico. Isso porque, viu que o contrato adquiria uma repercussão social já pelo seu simples cumprimento, ao passo que as obrigações pactuadas acabariam que por movimentar os indivíduos, rumo a um fim.

Embrionariamente, para se compreender essa dita visão teleológica em Jhering, é preciso perceber que o contrato - para ele - seria o mecanismo pelo qual os indivíduos - se interessando por aquilo que não lhes pertence - buscam motivar outrem das vantagens de se estabelecer relações recíprocas. É por se desejar o que é do outro, que se procura convencer aquele das vantagens de se possuir algo que não se têm. Nesse sentido, o contrato materializa “[...] o acordo das partes quanto à perfeita congruência de seu interesse recíproco”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup>Item do capítulo que transcreve ideias do autor, principalmente extraída de sua obra: JHERING, Rudolf von. A finalidade do direito. Edição histórica. Rio de Janeiro: EdRio, 1979.

<sup>10</sup>JHERING, Op. cit. p. 7-8

<sup>11</sup>Ibidem. Ibidem, p. 15.

A noção de interesse em Jhering é, então, decorrente de um ato individual, no qual o sujeito mira um objetivo e, posteriormente, caminha em sua direção. O interesse seria aquilo - que antecedendo a manifestação de vontade - se faz motor de convencimento, haja vista que se o homem percebe seu interesse por algo, é porque, no plano social, foi seduzido a assim desejar. É, portanto, o interesse individual - fruto do reflexo social - o responsável pela determinação do fim do contrato.

Para Jhering é exatamente o interesse que movimenta o homem a buscar a cooperação, a bilateralidade, a externalizar - por meio de um negócio - a sua vontade. O interesse é anterior a vontade e faz com que o homem manifeste o desejo de contratar. É a causa originária do resultado.

Olhando sobre esse prisma, então, a mola propulsora (interesse) pode ser meramente fruto do egoísmo dos agentes - que querem para si o que é do outro, ou - ainda - pode ser materializada em um impulso de viés social, ao passo que o homem pode estar imbuído de tão modo na sociedade, ao ponto de ser quase que compelido a se interessar por uma cooperação maior, que seja decorrente - por exemplo - do próprio fim do Estado, submetendo-se a obrigações, sem que tenha um retorno imediato, ou direto.

Verdade, que o raciocínio de Jhering, ao atrelar o interesse àquilo que está materialmente no campo - aonde os dados concretos eclodem - conduz a constatação de ser ele (interesse) um dado absolutamente volúvel. Em concreto, aquilo que seduz o homem, tem uma predisposição histórica à variação. Consequentemente, também o contrato estaria sujeito a ter sua função modificada ao passar dos anos, protegendo as condições finalísticas dos sujeitos, ou das sociedades em cada tempo.

A questão da força vinculante dos contratos não há de ser respondida mediante uma fórmula abstrata. Fazê-lo-no é muito diferente de proceder, da mesma forma no que diz respeito à questão da melhor constituição: o direito de contratar e a constituição são fatos da história, compreensíveis, portanto, somente em sua dependência em relação à história, ou seja, em função das condições e necessidades do tempo<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup>Jhering, Rudolf von. A finalidade do direito. Edição histórica. Rio de Janeiro: EdRio, 1979, p. 145

De qualquer sorte, para Jhering - ainda de forte vocação liberal - o contrato seria o meio do homem cumprir os fins que se interessa, sendo sua função social<sup>13</sup> um mecanismo de instrumentalização da própria força obrigacional do vínculo firmado. Além disso, o olhar de Jhering possibilitou que fosse visualizado, objetivamente, em cada momento histórico, a existência de uma espécie de uniformização de interesses, que fizeram com que contratos com objetos similares brotassem e acabassem sendo sedimentados na sociedade.

Verdade, que a contribuição da teoria do interesse de Jhering para um Direito privado funcional está muito mais atrelada à superação da teoria da vontade - alocando no interesse a possibilidade de se verificar a existência de objetivos comuns na formação de vários contratos - do que numa visão de efeitos contratuais que repercutissem para além das partes. O contrato em Jheringé primeiro um interesse, para depois se tornar vontade, sendo o cumprimento de sua obrigação sua verdadeira função. Essa função pode ser entendida como a instrumentalidade de perspectiva utilitária e efetiva. Por ser finalista, o autor apresenta dois vieses em suas razões: (I) utilitarismo e (II) efetividade. Isso é percebido no Direito Brasileiro, particularmente em sua influência na concepção dos institutos do Código Civil de 1916, além de outros diplomas legais relacionados na análise.

### **3 Bases teóricas da função social no realismo socializador de Léon Dugui (1859-1928)<sup>14</sup>**

Para León Duguit- diferentemente dos sistemas jurídicos arcaicos<sup>15</sup>- o direito moderno deveria abandonar seu caráter metafísico<sup>16</sup> e aderir a um sistema de elaboração realista<sup>17</sup>, fincado no dado social concreto.

Esse autor - que teria sofrido influência do positivismo de Augusto Comtê e Emile Durkheim - estruturou, no âmbito teórico do direito, a construção de que a ordem privada não deveria se firmar em atitudes meramente individuais, tampouco na onipresença do Estado gestor. Para ele, cada homem deteria a obrigação

<sup>13</sup>Jhering não trata da função social da empresa, mas sim da função prática e negocial da promessa.

<sup>14</sup>Item do capítulo que transcreve ideias do autor, principalmente extraídas de suas obras: DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975. e \_\_\_\_\_. Manual de derecho constitucional. Madri: Marcial Pons, 2001.

<sup>15</sup>O autor estaria se referindo, principalmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e ao Código de Napoleão.

<sup>16</sup>Na acepção de Duguit, o Estado não existiria como uma entidade autônoma, sendo que o poder era exercido por aqueles homens que governavam, tal como a própria Igreja, que atribuía valores morais de seu interesse a propriedade.

<sup>17</sup>DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho (público y privado).Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p. 174.

física, moral e intelectual de se empenhar em práticas que conduzissem a um fim socializador<sup>18</sup>.

Assim, para galgar passos justificadores de suas proposições, Duguit propôs uma análise sobre o esqueleto da teoria da vontade, que estaria permeada por características individualistas, na grande maioria ainda advindas do Direito Romano. Sinteticamente, então, resumiu quatro proposições, que deveriam ser repensadas sobre a vontade:

- 1<sup>a</sup> Todo sujeto de Derecho debe ser um sujeto de voluntad.
- 2<sup>a</sup> Todo acto de voluntad de um sujeto de Derecho está socialmente protegido como tal.
- 3<sup>a</sup> Está protegido a condición, sin embargo, de que tenga um objeto lícito.
- 4<sup>a</sup> Toda situación jurídica es uma relación entre dos sujetos de Derecho, de los cuales um es el sujeto activo y el outro el sujeto pasivo<sup>19</sup>.

Na percepção de Duguit, o direito moderno deveria repaginar a noção individualista de direito subjetivo. A preocupação dos indivíduos e do próprio Estado deveria passar a proteção específica de atos jurídicos que se compatibilizassem com os fins perseguidos pela própria sociedade, e não com um parâmetro de mero coroamento de cada indivíduo como sujeito de direito.

Os atos socializadores deveriam ser reconhecidos e terem atribuição de eficácia dentro de um Estado, pouco importando se quem os praticasse é ou não detentor de personalidade.

Uma colectividad, asociación, corporación, fundación? Persigue um fin conforme a la solidaridad social, tal como há sido comprendida em momento dado em el país considerado, y por consiguiente conform al Derecho objetivo de ese país? Caso afirmativo, todos los actos realizados com esse fin deben ser reconocidos y protegidos juridicamente. La afectación de los bienes a ese fin

<sup>18</sup>"A propriedade implica, para todo detentor de uma riqueza, a obrigação de empregá-la em acrescer a riqueza social. Só ele pode cumprir certo dever social, e, mercê dela, a interdependência social. Só ele pode aumentar a riqueza geral, fazendo valer a que ele detém. Se faz, pois, socialmente obrigado a cumprir aquele dever, a realizar a tarefa que a ele incumbe em relação aos bens que detenha, e não pode ser socialmente protegido se não a cumpre, e só na medida em que a cumpre" DUGUIT, Leon. Manual de derecho constitucional. Madri: Marcial Pons, 2001, p. 276.

<sup>19</sup>DUGUIT, Op. Cit., p. 195. Tradução livre: 1º Todo sujeto de direito deve ser sujeitos a um sujeto de vontade. 2º Todo ato de vontade de um sujeto de direito deve ser socialmente protegido como tal. 3º Só pode ser protegido se tiver uma finalidade legal. 4º Qualquer situação jurídica é a relação entre dois sujetos de direito, um é o sujeto ativo e outro o sujeto passivo.

debe ser también protegida. No necessito saber si la colectividad es o no um sujeto de Derecho capaz de ser parte emum acto jurídico, sino solamente si el fin perseguido por la colectividad se conforma com la interdependência social, y si ela acto considerado se há realizado o no em vista de esse fin<sup>20</sup>.

Duguit propõe a substituição da velha concepção metafísica de direito subjetivo por aquilo que denominou de função social do direito subjetivo<sup>21</sup>, de maneira que os atos voluntários dos agentes não dependeriam do reconhecimento de mitos de personalidade e sim, apenas, da perseguição de um fim compatível com uma realidade socializadora. Dessa forma, “[...] na lógica funcional de Duguit, um ato só tem valor social e jurídico se for determinado por um fim conforme a solidariedade social”<sup>22</sup>.

Dessa forma, aquilo que seria verificado principalmente no Código de Napoleão - segundo o qual a referência de proteção do Estado estaria atrelada a atos com objetos lícitos, a partir do agir de sujeitos de direito reconhecidos<sup>23</sup> - deveria ser revisitado no direito moderno, passando a ser lido a partir da premissa de que, caso os indivíduos, ou grupos pretendessem - seja na propriedade ou no contrato - algo compatível com os interesses da sociedade, estariam praticando

---

<sup>20</sup>Idem. Ibidem, p. 201. Tradução livre: A comunidade, associação, corporação, fundação? Persegue um fim conforme a solidariedade social, de acordo com o que é bem compreendido em um dado momento no país considerado, e, portanto, em conformidade ao Direito Objetivo do país? Se assim for, todos os atos realizados com esse fim devem ser reconhecidos e legalmente protegidos. A afetação dos bens ao mesmo fim deve também ser protegida. Não é necessário saber se a coletividade ou não é um sujeto de direito capaz de ser parte em um ato jurídico, mas apenas se o objetivo prosseguido pela coletividade está em conformidade com a interdependência social e se o ato em questão foi realizado ou não em vista de um fim.

<sup>21</sup>A função social é “(...) a la vez realista y socialista: realista, porque descansa en el hecho de la función social observado y comprobado directamente; socialista, porque descansa en las condiciones mismas de la vida social. La regla jurídica, que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto y la protección de derechos individuales que no existen, de una manifestación de voluntad individual que por sí misma no puede producir ningún efecto social. Descansa en el fundamento de la estructura social, la necesidad de mantener coherentes entre si los diferentes elementos sociales por el cumplimiento de la función social que incumbe a cada individuo, a cada grupo. Y así es como realmente una concepción socialista del Derecho sustituye a la concepción individualista tradicional.” Idem, Ibidem, p. 181. Tradução livre: A função social é um viés realista e socialista: realista porque firma-se, na verdade, na função social observada y comprovada directamente; socialista, porque firma-se nas mesmas condições da vida social. A regra jurídica, que se impõem aos homens, não tem por fundamento o respeito e a proteção de direitos individuais quando estes não existem, não poder ser baseada em uma manifestação de vontade individual que por si mesmo não produz nenhum efeito social. A função social baseia-se, ainda, no fundamento da estrutura social, a necessidade em manter coerência, entre si, dos diferentes elementos sociais para o cumprimento da função social, o que incumbe a cada individuo, a cada grupo. Pode ser entendida também como a concepção socialista do Direito em substituição a concepção individualista.

<sup>22</sup>FARIAS, José Fernando de Castro. A origem do direito de solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 230

<sup>23</sup>“Toda situación jurídica se refiere a una relación entre dos personas, entre dos sujetos de Derecho, de los cuales uno es el sujeto pasivo y el otro sujeto activo. Si hay algún dogma en la doctrina tradicional civilista, es éste. [...] Ya he mostrado que, en efecto, en la doctrina de la autonomía que entraña el sistema individualista, la situación de Derecho no puede concebirse más que como una relación entre dos sujetos” Idem, Ibidem, p. 216. Tradução Livre: Toda situação jurídica se refere a uma situação entre pessoas, entre sujeitos de direito, os quais um é o ativo e outro o passivo. Se há algum dogma na doutrina tradicional civilista é este [...] Já foi demonstrado que, efetivamente, na doutrina a autonomia que entraria no sistema individualista, é uma situação que não pode mais ser concebida na relação entre os sujeitos

ações conforme o direito. “[...] todo acto de voluntad que tende al cumplimiento de esta misión, a la realización de esta tarea, debe ser socialmente protegido”<sup>24</sup>.

Notável é que Duguit calibra os pressupostos da teoria da vontade a própria substância prática do direito, estabelecendo obrigações aos agentes, a partir do reconhecimento de que existiria um liame vinculativo externo, emanado do fato social, que antecedendo a manifestação de vontade, tornaria os atos jurídicos válidos somente a partir da missão a ser cumprida.

[...] la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posée conforme su destino<sup>25</sup>.

Com essa disposição Duguit rompe com o individualismo da teoria da vontade e instaura um parâmetro de finalidade aos indivíduos, aportando a validade do direito objetivo na própria socialidade, que deve decorrer do dever de agir. Essa consideração, em Duguit, ao que parece, é fruto da constatação da ineficaz auto-suficiencia humana, de modo que caso não exista essa harmonia entre os interesses de todos<sup>26</sup> a sobrevivência da espécie se faria ameaçada.

Por outro lado, verdade é que a teoria de Duguit peca em alguns aspectos fundamentais, tais como a supressão da liberdade dos indivíduos, ou mesmo a indefinição concreta de uma diferença entre um direito e o grau de subordinação que os atos e bens estariam no cumprimento de sua função social. Assim, dúvidas a partir de Duguit não foram sanadas, tão como a própria classificação daqueles bens de uso pessoal, nos quais a verificação da funcionalização não era perceptível com facilidade.

De qualquer forma, é claro que - na verdade - a pretensão era ir de encontro

<sup>24</sup>DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975, p. 202

<sup>25</sup>Ibidem, p. 179. Tradução Livre: A propriedade não é um direito; é uma função social. O proprietário como também um possuidor de uma riqueza tem por obrigação possuí-la cumprindo a sua função social; enquanto cumpre essa missão seus atos de proprietário estão protegidos. Se não a cumpre ou a cumpre mal, como exemplo, não cultiva sua terra ou deixa sua casa ser destruída por ausência de manutenção, a intervenção dos governantes são legítimas para obrigá-lo a cumprir a sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui, para a condição as quais são destinadas.

<sup>26</sup>REALE, Miguel. Filosofia do direito. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 45.

a noção reinante no individualismo subjetivo. O grande problema, porém, é que agindo assim, desconsidera-se a vontade do próprio indivíduo, que passa a ser um mero passageiro da intervenção frente a titularidade de sua propriedade e da sua própria vontade. Moacyr Lobo da Costa critica a posição adotada por Duguit, ao mesmo tempo em que reconhece que suas concepções acabaram sendo uma fagulha para o tema da função social da propriedade. “Atribuir-se uma função social à propriedade não importa em transformá-la ou confundi-la com essa função”<sup>27</sup>. Assim, Duguit maximiza as obrigações, praticamente alocando os indivíduos a uma posição de gestor daqueles bens que possuem como o verdadeiro significado de sua forma de compreender a funcionalização.

#### **4 Bases teóricas da função social na concepção da socialidade jurídica de Enrico Cimbali (1855-1887)<sup>28</sup>**

Na busca pelo equilíbrio entre liberdade individual e agregação social foi Enrico Cimbali, responsável pelas primeiras tratativas da socialidade jurídica no âmbito do direito privado Italiano, principalmente a partir de sua obra “*La nuova fase del Diritto Civile nei rapporti economici e sociali*”, publicada originariamente em 1885.

A estrutura do pensamento de Cimbali revela a existente preocupação, no final do século XIX, em se promover a efetivação de uma dimensão social dentro do direito. Para isso, analisou criticamente os instrumentos jurídicos normalmente utilizados no âmbito privado na Itália, que estavam - quase todos - atrelados a uma visão individualista do Direito.

Verdade que o referido teórico percebia no Direito privado um ranço de intransigência, que teimava em primar pela manutenção do status tradicional dentro da ordem jurídica. Por isso propôs uma reestruturação, acautelando novas premissas a regulação civil.

Tudo cai e se transforma, a nossas vistas, sob o martelo inexorável da crítica, sob impulso irresistível de novas necessidades [...] Entretanto, como nau encantada a navegar sobre as águas revoltas do oceano, cheio de cadáveres e moribundos, o Direito Civil parece inteiramente insensível a todas essas modifica-

<sup>27</sup>COSTA. Moacyr Lobo da A propriedade na doutrina de Duguit. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 153, fascs. 611-612, maio/jun, 1954, p. 39.

<sup>28</sup>Item do capítulo que transcreve ideias do autor, principalmente extraída de sua obra: CIMBALI, Enrico. A nova phase do direito civil em suas relações econômicas e sociais. Porto: Chardon, 1900.

ções. Forma coeva a muitas outras, que desapareceram ou se transformaram, o Direito Civil, tal como nos foi transmitido pelo Direito Romano, depois de ter resistido ao torvelinho social da Idade Média, só com mui ligeiras alterações passou para o Direito moderno e parece ainda destinado, tal como nos veio da antiguidade latina, a dirigir as sociedades futuras<sup>29</sup>.

Assim, as proposições de Cimbali buscaram alocar todos os sujeitos dentro de uma espécie de teia, formadora de uma integralidade social. Não que ele tenha escusado a individualidade, mantida como relevante para a ordem jurídica, porém, seu objetivo foi fazer com que a própria legislação e a atuação jurisdicional pudesse reconciliar os homens, minimizando - pela regulação - os efeitos maléficos das pretensões meramente individuais.

[...] todas as disposições e normas reguladoras devem ter o caráter e refletir a conciliação e equação harmônica entre o princípio da individualidade e o da sociabilidade, de modo que cada um preste aquela parte de influência e eficácia que lhe correspondem e vivam ambos num estado de harmonia e solidariedade entre si<sup>30</sup>.

Além disso, Cimbali introduziu na ordem privada o pressuposto de que seria possível subsistir - por meio de acordos válidos - a efetivação da liberdade e a função social dos atos<sup>31</sup>, desde que houvesse uma atitude intervencionista e, ao mesmo tempo, moderada do Estado, suficiente para congregar, rumo à harmonia, os desejos e os fins individuais, ao bem social.

Nas palavras do autor: “E lo Stato, oltre alle vecchie funzioni di limitazione, d'integrazione e di tutela, é chiamato ad esercitare nel mondo moderno uma funzione del tutto nuova, che suol denominarsi funzione propriamente sociale”<sup>32</sup>. Ao agir assim - segundo o autor - o próprio Estado estaria cumprindo uma função social, ao passo que o ente público, mirando por suas ações intervencionistas os valores sociais, promoveria a manutenção da unidade e harmonia do campo<sup>33</sup>. Seria porque a vida social deve se constituir como um enredo cadenciado, que a ordem

<sup>29</sup>CIMBALI, Op. cit., p. 13.

<sup>30</sup>Idem, Ibidem, p. 458-459

<sup>31</sup>Idem, Ibidem, p. 433-434.

<sup>32</sup>Idem, Ibidem, p. 339. Tradução Livre: É o Estado, além de sua velha função de limitação, integração e proteção, que é chamado a exercitar no mundo moderno uma fusão (reunião) de todas as funções [socialidade], a que se costuma denominar função propriamente social.

jurídica deve almejar a solidariedade, devendo o Estado intervir concretamente como uma espécie de baliza nas atitudes de cada sujeito.

É, então, a partir de uma remodelagem de institutos como a liberdade contratual e a propriedade, que Cimbali acolhe os valores de integração e socialidade, ao ponto de possibilitar uma perspectiva funcional para o direito privado. O direito deveria se transformar, ao ponto de estabelecer uma simbiose com o plano concreto, aonde a vida social ultrapassa o individualismo monocular e se projeta como um horizonte.

A atitude de Cimbali, analisada sob um olhar histórico, principalmente a partir de sua observação da própria revolução industrial, aponta para uma tentativa de materializar a funcionalização do direito privado, como uma peça provocadora da mudança do eixo individualista, que é fruto do destempero capitalista.

Por isso, o Estado ingere, para garantir a higiene, a moralidade e a educação dos operários, bem como modera a concorrência ilimitada do capital, impede os efeitos desastrosos do monopólio em algumas áreas, como as ferrovias, os correios, a navegação, impõe limites aos bancos e às sociedades anônimas<sup>34</sup>.

Verdade, que ao se pensar assim, a função social acaba resultando em limitações de liberdade individual, haja vista que com ela se verifica uma espécie de dever funcional nas relações, bem como nas atitudes dos sujeitos. A observação do pressuposto da funcionalização lança outras obrigações não convencionais nas relações e os indivíduos passam a se ver compelidos a convergirem em suas atitudes, para a manutenção de uma harmonia.

Para que essa realidade se efetive, até mesmo a própria política legislativa do Estado deve provocar uma alteração no comportamento dos indivíduos, haja vista ser necessário - para se manter um ambiente coeso - a instauração de uma relação de trocas individuais, onde o mais forte e o mais fraco devem equilibrar - sob a batuta da lei - suas potencialidades, contribuindo suas obrigações - com uma justificação racional da vida social.

Verdade que Cimbali se preocupa, ainda, em demonstrar que a seara privada é permeada por dois grandes eixos, quais sejam, a lei, como fator necessário a estabilização da sociedade e o contrato, fruto da liberdade dos agentes.

---

<sup>34</sup>BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

A instituição de leis que primem pela manutenção do equilíbrio social seria fruto de uma necessidade *a priori*. Através delas, potencializa-se ao homem chaves-guia, que lhe assegurem, ao mesmo tempo, um modo de satisfazer o seu interesse, como também uma forma de contribuir, mesmo que indiretamente, com os fins de uma agregação social<sup>35</sup>.

A lei seria a referência, o equilíbrio daquela vontade humana manifestada, visto que a liberdade não pode ser tida como um fator absoluto. Por outro lado, sem a vontade, segundo Cimbali, não haveriam obrigações recíprocas, tampouco seria possível haver vinculação de qualquer ato a uma função social. A vontade seria o eixo que conduz os sujeitos a buscarem - no campo social - um vínculo. Essa liga, que seria a causa do contrato, derivaria de uma operação de combinação pessoal ou patrimonial, que num processo de troca, entre os indivíduos, teria uma força obrigatória e também se faria útil socialmente<sup>36</sup>. O papel da lei aqui seria o de balizar a vontade dos contratantes, dando-lhes efeitos legítimos. A lei acrescenta ao homem uma noção de liberdade moral relativa, ao passo que indica caminhos de convergência, que apontam para uma visão social das atitudes individuais.

Por seu turno, o contrato somente teria eficácia plena, caso estivesse permeado por uma causa - que Cimbali vem a chamar de geratriz. Ela seria manifestada exatamente no ato das partes disporem, em reciprocidade e com convergência, de seus interesses ou patrimônios rumo a um fim que é subjacente e assim esse objetivo deve mirar uma satisfação social.

Portanto, Cimbali chama de função social exatamente essa convergência da vontade dos indivíduos, que na reciprocidade fazem o contrato e a propriedade se integrarem a ordem jurídica como um todo. Na concepção desocialidade jurídica, a liberdade e a função social acabam não sendo potencialidades antagônicas, pelo contrário, integram um fluxo orgânico, numa espécie de dialética da complementaridade, no qual os institutos não se esvaem, mas se integram rumo a causa social.

Para a realização da socialidade jurídica, os juristas invocam, como exemplo, no âmbito da função social da empresa, a Constituição Federal de 1988 tem os seguintes dispositivos: (I) a função social da propriedade, no artigo 5º<sup>37</sup>, inciso

<sup>35</sup>CIMBALI, Enrico. A nova fase do direito civil em suas relações econômicas e sociais. Porto: Chardon, 1900, p. 50.

<sup>36</sup>CIMBALI, Op. cit., p. 54.

<sup>37</sup>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: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIII, da Constituição Federal de 1988<sup>38</sup>, auxilia o entendimento da função social dos bens de produção da empresa; e (II) os princípios da ordem econômica, no artigo 170<sup>39</sup> do mesmo diploma legal, são as diretrizes para a interpretação das relações político e sócioeconômicas da empresa com relação aos seus sócios, empregados, consumidores, além de outros sujeitos de direito, o que possibilita uma interpretação mais adequada dos dispositivos pertinentes ao Direito de Empresa.

## **5 Bases teóricas da função social narealidade econômica de Karl Renner (1870-1950)<sup>40</sup>**

Os pensamentos de Karl Renner são de que a função social do contrato e da propriedade deveria ser analisada a partir de uma baliza variável e histórica, principalmente atrelada na evolução econômica.

Renner aponta a função social de um instituto jurídico como sendo abstração do processo econômico-produtivo. Entendia que a função social do direito estaria diretamente ligada à imagem conjugada de processos econômicos vigentes na sociedade em um dado momento, como se cada instituto fosse um variável para o alcance de um objetivo<sup>41</sup>.

Na concepção do autor, a função social de uma propriedade, por exemplo, seria a reserva de valores, a busca pelo lucro; a função de uma empresa, a circulação de bens e serviços, isto dentro de um paradigma histórico.

[...] qualquer singular processo econômico que eu observo isoladamente do ponto de vista teórico é, em relação à sua volta, uma parte do total processo social de produção e reprodução ressaltado no pensamento. Se vislumbrado conjuntamente com este complexo, a função econômica torna-se função social do instituto jurídico<sup>42</sup>.

<sup>38</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 30 mar. 2016.

<sup>39</sup>Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifo do autor)

<sup>40</sup>Item do capítulo que transcreve ideias do autor, principalmente extraída de sua obra: RENNER, Karl. Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale. Bologna: ilMulino, 1981.

<sup>41</sup>Na percepção de Renner, entender a função econômica tem por objetivo final a sobrevivência do homem.

<sup>42</sup>RENNER, Op. Cit., 1981, p. 49.

Por esta metódica, caso houvesse modificações no trato econômico, a função social dos institutos jurídicos tenderiam a se conformar a este novo paradigma. Nessa perspectiva, a função social não seria motriz de impulsos, mas, somente um estado de reconhecimento jurídico daquela realidade econômica que se mostra<sup>43</sup>.

O conceito de Renner se aproximaria de uma idéia de papel social, que, nesse contexto, deve ser entendido como a razão de ser de algum instituto jurídico ou instituição na sociedade. O papel social da empresa, por exemplo, é ser um centro produtor de riquezas, através do capital e do trabalho. Essa idéia leva em conta as coisas como elas são e não como elas deveriam ser<sup>44</sup>.

Karl Renner percebeu que o parâmetro da função social da propriedade deve ser encarado como um processo, que assim como outros institutos jurídicos, pode ser alterado com ou sem mudança legislativa. Os avanços de Renner apontam para a constante mutação de institutos jurídicos a partir de modificações econômicas<sup>45</sup> e sociais. Como exemplo, então, cita a propriedade privada que teve, já em sua época, uma profunda reformulação de conteúdo, a partir do florescer de noções marxistas.

O que Renner, na verdade faz, é associar a concepção de direito aos parâmetros marxistas de estrutura e superestrutura, segundo os quais a efetivação de uma superestrutura, seria capaz de efetivar mudanças na estrutura. O Código Civil Brasileiro usa uma única vez o termo “função” como finalidade econômica ou função econômica de determinado instituto<sup>46</sup>.

Na obra em análise a visão do teórico é restritiva, visto que condiciona a função social dos institutos jurídicos à mera constatação empírica, ou seja, a função social está atrelada a comprovação de um papel no seio econômico e social. Assim, o erro mais perceptível de Renner, dá-se quanto à óbvia conclusão de que o direito não está, em absoluto, para a economia.

---

<sup>43</sup>TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. São Paulo, Revista dos Tribunais..v. 92, n.º 810, p. 33-50, abr. 2003, p. 36.

<sup>44</sup>TOMASEVICIUS FILHO, Op. cit., p. 35.

<sup>45</sup>BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função Social dos Contratos:interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

<sup>46</sup>No art. 420, do CC, ao estabelecer que “[se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Nesse caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em “ambos os casos, não haverá direito a indenização suplementar”. (grifo do autor). BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Texto Compilado). Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 30 mar. 2016.

A afirmação do autor não tem cabimento, pois o mundo tem dois vieses: um econômico e um jurídico. O Estado na contemporaneidade perdeu uma parcela do seu poder com a integração econômica mundializada. Por essa razão, os ativos de uma empresa<sup>47</sup> são protegidos e amparados pelo poder público, preservando-se o interesse na manutenção da produção econômica e na organização da empresa exerce suas atividades com função social.

Para Renner, as decisões dos administradores das sociedades devem estar voltadas ao bem comum, sem esquecer-se do objeto primeiro de qualquer empresa. Por exemplo, citar-se o ganhador do prêmio Nobel da paz de 2006, “o banqueiro dos pobres”, que faz, após estudar o mercado percebeu que classe média baixa<sup>48</sup> é uma categoria de pessoas que por ética e integridade é compromissada no pagamento de suas dívidas para manter o seu “bom nome “na praça” e passou a oferecer pequenos empréstimos sem exigir garantia, ajudando a população mais pobre desenvolver atividades economicamente produtivas, o que no Brasil é realizado pela AgRio nas comunidades onde ocorreu a implantação das UPP). E uma operação que mesmo assim obtém lucro e menos de dois por cento das pessoas não conseguem saldar suas dívidas.

## **6 Bases teóricas da função social na herança idealista<sup>49</sup> de Emilio Betti (1890-1968)<sup>50</sup>**

A ideia de negócio jurídico - como o exercício de uma autonomia privada interligada a realização de uma função social - tem, no Brasil, suas premissas fincadas, principalmente, nas construções teóricas de Emílio Betti. A partir desse teórico, a vontade passou a ser vista como detentora de consciência, o que per-

---

<sup>47</sup>Utiliza-se a palavra ativos, termo típico da contabilidade economia, para indicar que são bens mais do que bens que o Estado por princípios e legislações.

<sup>48</sup>BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Assuntos Estratégicos - Social e Renda: A Classe Média Brasileira nº 1, nov. 2014 - Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014.

<sup>49</sup>O termo é utilizado pela primeira vez por Gadamer no artigo publicado em homenagem aos 10 anos de falecimento de Emílio Betti representando a releitura da autonomia privada construída por Emílio Betti renovar a antiga separação entre fatos e valores pela cognoscibilidade dos valores em paralelo com a das “categorias” teóricas: GADAMER, Hans-Georg. Emílio Betti e a herança idealista In: Cadernos de Filosofia Alemã Vol. 1, p. 83-90, 1996, publicado pela primeira vez em Quaderni Fiorentini per lastoriadelpensierogiuridico moderno. n. 7, Milão: Giuffrè, 1978. Mais tarde, como posfácio do livro de Emilio Betti Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre. Tübingen, J.C. Mohr, 1988. Tradução de Soraya Dib Abdul-Nour (doutoranda do Departamento de Direito Internacional da Universidade de São Paulo e bolsista FAPESP) e Leonel Cesario Pessôa (doutorando do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo).

<sup>50</sup>Item do capítulo que transcreve ideias do autor, principalmente extraída de suas obras: BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003 e \_\_\_\_\_. Teoria generale della interpretazione, 2<sup>a</sup> ed., Milão, Giuffrè Editore, 1990.

mitiu considerar, dentro das pretensões dos indivíduos, um perfil de colaboração negocial. Segundo Betti, foi exatamente quando os sujeitos passaram a ver a conexão de seus atos, com um projeto de integração, que a função social sobreveio a concretizar seu significado de caixilho do direito privado<sup>51</sup>.

É, também, a partir das ideias de Betti, que a função social galgou postos rumo à concretização, permeando-se o status de axioma fundamental na ordem privada. Com ele, lançou-se um olhar diferenciado sobre a razão do negócio jurídico, ou seja, qual é seu por quê na ordem da sociedade.

Porém, para a compreensão adequada de Betti, é importante verificar algumas de suas balizas metodológicas. Primeiramente, deve-se salientar que o teórico via o direito privado e, consequentemente também o negócio jurídico, como um termômetro concreto, lançado a posteriori na sociedade.

Os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida de relações: surgem como atos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica<sup>52</sup>.

A inclusão de sanções, ou regulações no campo da ordem estatal teria por objetivo oportunizar aos sujeitos instrumentos-base, que lhes permitissem um parâmetro unísono de “desenvolvimento de suas relações”.

A releitura efetivada por Betti, por outro lado, não se limitou a narrar às fases de desenvolvimento das relações jurídicas. A visão do teórico, na verdade, ocasionou o reconhecimento de uma transfiguração nas bases negociais da sociedade, visto que o negócio jurídico passou a ser assimilado como uma espécie de fundamento apaziguador das pretensões individuais tipicamente contrapostas, agora, equacionadas sobre outro remanso, o da função social.

Essa mudança de perspectiva somente foi possível quando os indivíduos passaram a acolher, numa psicologia da relação, o parâmetro dado pelo Estado, como fator de estabilização de seus negócios. Cada contrato só é reconhecido como válido a partir de uma causa típica e legítima, que lhe é sua função. O contrato, agora modulado a função social, passou a deter uma razão útil, e a vontade pas-

<sup>52</sup>Idem, Ibidem, p. 64.

sou a ser dirigida por um resultado prático e uníssono, que é exatamente a função reconhecida como legítima pelo Estado.

Considerada sob o aspecto social, abstraindo da sanção do direito, a causa do negócio é, propriamente, a função econômica social que caracteriza o tipo desse negócio como fato de autonomia privada (típica, neste sentido), e lhe determina o conteúdo mínimo necessário<sup>53</sup>.

Pensando dessa forma, o direito privado - a partir da óptica da função social - transmutou-se não apenas em substrato de controle na solução de conflitos, mas também em um mecanismo de reconhecimento e justificação dos atos praticados, dentro da lógica da sociabilidade. A função social passou a ser a causa justificadora da autonomia privada, fazendo com que os negócios praticados fossem vistos como um esteio necessário para a manutenção das relações sociais.

Assim, o homem comum se viu ligado ao seu semelhante, numa espécie de teia necessária, na qual mesmo havendo conflitos, subsistiam parâmetros capazes de limitar e, ao mesmo tempo integrar com fundamentação concreta, as pretensões individuais. A referência para esse processo, segundo Betti, seria a necessidade de cooperação daqueles que vivem em sociedade, que devem “ceder”, em parte, seus desejos para a formatação de uma unidade.

## Considerações finais

É assim que a formação de uma autonomia privada no âmbito do contrato é concebida<sup>54</sup>. Os indivíduos percebem a necessidade de se condicionarem, de maneira que a cooperação, mesmo no trato de relações privadas, passa a ser um reflexo recíproco, que traduz, por meio de uma restrição aceita, algo útil e maior, suficiente para, na execução do contrato, se contribuir com a liga social<sup>55</sup>.

[...] o ato de autonomia privada é elevado à dignidade de negócio jurídico: o direito, então, liga-lhe um tratamento jurídico, destinado a assegurar a realização da função útil que lhe caracteriza o tipo, traduzindo-a em termos de relações jurídicas, como a mais íntima aderência possível<sup>56</sup>.

<sup>53</sup>Idem, Ibidem, p. 262.

<sup>54</sup>Betti não trabalha a ideia de suplantação da autonomia da vontade para autonomia privada, o que parece um resquício da teoria da vontade.

<sup>55</sup>BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I. Campinas: LZN, 2003, p. 67.

<sup>56</sup>BETTI, Op. cit., p. 78.

Assim, operacionalmente, a função social passa a ser visualizada a partir da máscara da “cláusula geral”, de modo a deter suficiência para dar as disposições contratuais uma ação integradora, bem como possibilitar ao Estado Juiz uma atuação cogente na formação de um direito que - mesmo em âmbito privado - tenha suficiência para agregar valores ao seu meio<sup>57</sup>.

Ponto importante, ainda, no itinerário de Betti, diz respeito a sua perspectiva de ver a autonomia privada como uma espécie de concessão do Estado para os indivíduos. Isso porque, mesmo sendo necessária a circulação de riqueza e bens para manutenção econômica de uma sociedade, o que força o consequente reconhecimento da liberdade contratual, o Estado seria - por meio da instituição de uma ordem jurídica - aquele que detém o poder de respaldar a junção de dois planos, quais sejam: (I) a realidade social; e (II) o estabelecimento de um direito. Assim, quando o Estado chancela a autonomia privada, está na verdade - no campo da ordem - permitindo que os particulares ajam com regular efetividade jurídica.

É a partir da atuação regulamentar do Estado, que se reconhece a liberdade dos indivíduos como uma potencialidade legítima, ao mesmo tempo em que se estabelece um parâmetro dignificador para os negócios firmados, qual seja, a autonomia privada. É, então, pelo reconhecimento da função social, que os sujeitos passam a deter a autoridade do Estado para firmar negócios.

Nesse ponto, a construção de Betti perfilha o fenômeno econômico-social (aquele que brota das necessidades e interesses individuais) a motriz alimentar do próprio direito. A máscara que clama para a necessidade do homem ter autorização legítima para contratar, nada mais é, do que uma tentativa de emoldurar o plano do ser, aquilo que se pretende como dever --ser, a partir uma causa típica do próprio negócio<sup>58</sup>.

O direito - e já antes do direito, a consciência social - aprova e protege a autonomia privada não na medida em que segue o capricho momentâneo, mas naquela em que persegue um objetivo e típico interesse para a modificação do estado de fato e se dirige a funções sociais dignas de tutela<sup>59</sup>.

Verdade, que a aceitação do direito não nasce do acaso. Floresce, quase sem-

<sup>57</sup>REALI, Miguel. Questões de direito privado, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

<sup>58</sup>BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003, p 258.

<sup>59</sup>BETTI, Op. cit., p. 258

pre, daquilo que já é realidade no plano concreto, nos costumes, por exemplo. Assim, somente depois, de serem recepcionados, é que a moldura da legalidade se perfaz, fazendo com que aquele instituto se integre a ordem estabelecida.

Betti, inclusive, salientou que muitas vezes quando um conjunto de normas nasce, subsidiando um instituto jurídico, na verdade está - quase sempre - representando uma solução a um problema prático, ou se estabelecendo uma premissa organizadora de uma função social<sup>60</sup>.

Por fim, cabe frisar que Betti é um dos primeiros a estabelecer a autonomia privada dentro da ordem estatal, como sendo dotado de um fator histórico e social. A autonomia privada é fruto de uma realidade fática, recepcionada pelo direito a partir de uma perspectiva, de um rumo.

A ideia de Betti, sem dúvida, guarda reflexo na redação do artigo 421<sup>61</sup> do Código Civil, ao passo que a liberdade contratual é exercida a partir de condicionamentos, que não a excluem, mas sim a complementam. Sem dúvida, a teoria de Betti representa a fusão da autonomia privada e a colaboração negocial na ordem jurídica<sup>62</sup>.

## REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Poteri dei privati e statuto della propriet: Il storia, funzione sociale, pubblici interventi*. Padova: Cedam, 1980.
- AQUINAS, Saint Thomas. *The Summa contra gentiles*. London: Burns Oates & Washbourne LTD. 1923.
- BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003 e \_\_\_\_\_. *Teoria generale della interpretazione*, 2<sup>a</sup> ed., Milão, Giuffrè Editore, 1990.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 30 mar. 2016.

<sup>57</sup>REALI, Miguel. Questões de direito privado, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

<sup>58</sup>BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003, p 258.

<sup>59</sup>BETTI, Op. cit., p. 258

<sup>60</sup>Idem, *Ibidem* p. 274.

<sup>61</sup>Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (grifo do autor).

<sup>62</sup>BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Texto Compilado). *Institui o Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 30 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República*. Assuntos Estratégicos - Social e Renda: A Classe Média Brasileira nº 1, nov. 2014 - Brasília: Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2014.

CIMBALI, Enrico. *A nova phase do direito civil em suas relações econômicas e sociais*. Porto: Chardon, 1900.

COSTA. Moacyr Lobo da. A propriedade na doutrina de Duguit. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 153, fascs. 611-612, maio/jun, 1954.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho* (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975

\_\_\_\_\_. Manual de derecho constitucional. Madri: Marcial Pons, 2001, p. 276.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. Emilio Betti e a herança idealista In: *Cadernos de Filosofia Alemã* Vol. 1, p. 83-90, 1996, publicado pela primeira vez em *Quaderni Fiorentini per lastoria-delpensierogiuridico moderno*. n. 7, Milão: Giuffre, 1978.

GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Edição histórica. Rio de Janeiro: EdRio, 1979.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Questões de direito privado, São Paulo: Saraiva, 1997.

RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: ilMulino, 1981.

SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Tradução de Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. São Paulo, Revista dos Tribunais.v. 92, n.º 810, p. 33-50, abr. 2003.

Artigo recebido em: 05.04.2016

Revisado em: 17.04.2016

Aprovado em: 20.04.2016

# **INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAr - *Amazon's Research and Environmental Law***

## **MISSÃO**

A Revista é de titularidade do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Sua missão é publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico, estabelecida em dezembro do ano de 2012, após aprovação no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

## **OBJETIVO DA REVISTA**

O objetivo da Revista AREL FAAr - *Amazon's Research and Environmental Law* é a interrelação entre a ciência e a prática jurídica, em face da formação integral dos profissionais da área. Para efetivar o seu objetivo, buscam-se articulistas e/ou pesquisadores que investiguem as possíveis formas em que o Direito possa contribuir para a edificação da consciência social e a formação de valores em face das novas relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado.

## **LINHAS EDITORIAIS**

Projeta o desenvolvimento de estudos históricos, comparados e contemporâneos, através de duas linhas editoriais:

**Linha Editorial I - Sociedade, Empresa e Sustentabilidade.**

Discutem-se as perspectivas de desenvolvimento empresarial, procurando novas formas de efetivação do desenvolvimento econômico-social e ambiental.

**Linha Editorial II - Direitos Fundamentais e suas dimensões.**

Estudam-se as correlações e contribuições possíveis entre os Direitos Fundamentais e a realização da cidadania.

As linhas editoriais desenvolvidas pela Revista, por vezes, buscam o vértice comum entre elas. Nesse caso, discute-se: os aspectos fenomenológicos da em-

presa e as características da sociedade onde se insere; e os efeitos da ineficácia social do Direito, a exclusão social e jurídica e a relação à dignidade da pessoa humana com a sustentabilidade, procurando contribuir de alguma forma para as discussões científicas em torno do exercício do poder político e da Justiça.

## **FORMATO DOS NÚMEROS DA REVISTA**

Todos os números deverão publicar, no mínimo, cinco artigos científicos, que versem sobre as linhas editoriais: I - Empresa, sociedade e sustentabilidade; II - Direitos Fundamentais e suas dimensões, ou o seu cruzamento.

A Revista prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos científicos, resenhas e análise de jurisprudências. A Revista é disponibilizada na plataforma OJS, de forma a facilitar aos leitores o acesso ao seu conteúdo.

A Revista pode publicar, se houve interesse científico institucional: resumo de teses e dissertações; traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa; relatórios de pesquisa, na forma de Empirical Research Review, estudos estatísticos ou estudo de casos; debates científicos; comentários jurídicos; transcrição de palestras, e outros relevantes à área do Direito, desde que seja regulamentado o modus operandi.

## **PROCEDIMENTOS PARA PUBLICAÇÃO OU DIRETRIZES AOS AUTORES**

A Revista Científica AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, recebe ARTIGOS NACIONAIS E ESTRANGEIROS, RESENHAS e ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS, com as seguintes características:

### **1. Redação - Diretrizes básicas**

1.1. A redação da produção bibliográfica, quando em nosso idioma, deve estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa e quando em língua inglesa deve estar em conformidade com as respectivas regras ortográficas;

1.2. As produções bibliográficas podem ser publicadas em português ou inglês.

1.3. As referências nacionais ou estrangeiras devem ser consistentes e mostrar o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema.

## 2. Elementos estruturadores básicos

2.1. Os artigos deverão ser inéditos e atuais, escritos em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract (resumo em inglês), keywords (palavras-chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (dividido em itens numerados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética).

2.2. O título do artigo deve estar em português e em inglês, centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16;

2.2.1. Os subtítulos, quando existirem, devem ser concisos e vir claramente indicados - fonte 12.

2.3. Os capítulos, subcapítulos e demais subdivisões do artigo devem estar em letras minúsculas, em negrito, numerados de forma progressiva - fonte 12.

2.4. O artigo deve conter ‘Resumo’ em português e ‘Abstract’ em inglês, ressaltando no conteúdo do texto os objetivos, a metodologia e a síntese das considerações finais. Fonte times new roman, corpo 11, espaçamento simples (1,0), máximo de 200 palavras.

2.5. O artigo deve indicar de três a cinco palavras-chave, podendo conter expressões representativas do tema, em português e inglês, refletindo as ideias elementares do texto e que possam auxiliar a pesquisa de terceiros interessados.

2.6. As resenhas poderão ser críticas ou descriptivas de obras na língua portuguesa ou inglesa pertinentes às linhas editoriais da Revista.

2.6.1. Deverão ser inéditas e atuais, escritas em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título em português e inglês da obra em análise, elaboração de texto no formato de dissertação contendo: introdução, desenvolvimento e conclusão em texto corrido, podendo ter ou não referências (não numerada e em ordem alfabética); deve indicar as palavras-chave da obra analisada.

2.6.2. O título da obra deve estar centralizado na página e na forma apresentada na ficha catalográfica da obra analisada, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16.

2.7. As análises de jurisprudências deverão atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract

(resumo em inglês), keywords (palavras-chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (apresentando e analisando os julgados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética);

2.7.1. O título da análise de jurisprudências deve estar em português e inglês (conforme o caso), centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito - fonte 16.

### **3. Outras regras de formatação**

3.1. Os artigos devem ter no mínimo 10 e no máximo de 30 páginas;

3.2. As resenhas e as análise jurisprudenciais devem ter no mínimo 2 e no máximo 10 páginas.

3.3. Os artigos, as resenhas e as análises de jurisprudências devem ser digitados no editor de texto Microsoft Word, em formato A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical, fonte Times New Roman, corpo 12; alinhamento justificado (sem separação de sílabas), com espaçamento entre linhas de 1,5 cm.

3.4. O Layout da página deve ter margens superior e inferior de 2,5 cm e margens esquerda e Direita de 3,0 cm.

3.5. O parágrafo deve ter espaçamento posterior e anterior de 0 ponto. O recuo dos parágrafos deve ter 1,25cm.

3.6. Quando for necessária a utilização de siglas e abreviaturas, estas devem rão ser introduzidas entre parênteses, logo após o emprego do referido termo na íntegra quando do seu primeiro aparecimento no texto. A partir da primeira menção o autor poderá utilizar somente a sigla ou abreviatura. As siglas e abreviaturas inseridas em tabelas ou ilustrações devem possuir definição nas suas respectivas legendas.

### **4. Referências, Notas e Citações**

4.1. As referências deverão conter todos os dados necessários à identificação das obras e estar em ordem alfabética da primeira letra do sobrenome do autor e constar em lista não numerada no final do artigo. No artigo o item deve ser denominado “Referências”, seguindo as normas vigentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT - NBR 6023 - Informação e Documentação - Referências - Elaboração. / Ago. 2002).

4.1.1. As referências de obras e documentos consultados devem ser feitas

apenas se efetivamente tiverem sido citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

4.2. As citações bibliográficas devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 - Informação e Documentação - Citações em documentos - Apresentação/ Ago. 2002), adotando-se preferencialmente o sistema autor-data.

4.2.1. Se houver mais de uma obra do mesmo autor citado no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Nunes (2013a). A organização alfabética será a do nome dos artigos ou obras do autor naquele mesmo ano.

4.3. As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

4.4. Os artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer ao limite de 200 palavras para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações deverá ser encaminhado para análise acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original endereçada ao autor, especialmente para o artigo submetido à Revista.

4.5. As citações textuais pequenas (de até três linhas) deverão ser inseridas no corpo do artigo, entre aspas duplas e sem itálico. As citações textuais longas (com mais de três linhas) devem ser destacadas em parágrafo independente com recuo de 4 cm da margem esquerda, com corpo 11, com o espaçamento simples, sem aspas.

## 5. Submissão

5.1. Os artigos, resenhas e análises de jurisprudências devem ser submetidos a revisão de linguagem e digitação, além de constar a data de sua elaboração antes de serem encaminhados para a Revista.

5.2. Cada autor (individualmente ou em coautoria) poderá submeter apenas um artigo por ano na Revista.

5.2.1. A coautoria é limitada ao máximo de dois autores;

5.3. O arquivo submetido pelo autor (Artigos Nacionais ou Estrangeiros, Resenhas e Análise Jurisprudenciais) deve ser apresentado sem a identificação do(s) autor(es) no corpo do trabalho.

5.4. Em arquivo apresentado na plataforma OJS, junto com a autorização expressa para publicação, os autores de textos (individuais ou em coautoria) deverão indicar, o nome completo, o nome e a sigla da instituição a qual estão ligados, sua unidade e departamento, cidade, estado, país, cargo, endereço eletrônico para correspondência (e-mail), bem como o endereço completo e telefones de contato.

5.5. O arquivo submetido não poderá estar sob avaliação para publicação em outro periódico e nem durante o processo de avaliação da Revista, sob pena de ser desclassificado.

5.6. Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. O conteúdo do artigo assinado não reflete a opinião da Revista.

5.7. No momento da submissão da produção bibliográfica à Revista, haverá a concordância da declaração de cessão de direitos autorais na plataforma OJS.

5.8. O envio das produções bibliográficas será considerado como participação voluntária e gratuita dos autores, com os direitos autorais cedidos para a Revista.

5.9. Os autores devem preencher as condições de submissão especificadas nestas diretrizes para terem os seus trabalhos avaliados.

5.10. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação de seus artigos, análises jurisprudenciais ou resenhas através de e-mail.

5.11. As submissões em desacordo com as normas, bem como a identificação incompleta dos autores, sem a inclusão do nome da instituição, unidade, departamento, cidade, Estado e país serão devolvidas para as devidas retificações antes do processo de avaliação.

5.12. A produção bibliográfica para publicação na Revista pode ser submetida em fluxo contínuo ou atendendo as datas especificadas pela CHAMADA DE PUBLICAÇÃO.

## NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS À REVISTA OU PARA A SUBMISSÃO ONLINE

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar e declarar na plataforma OJs a conformidade de sua submissão em relação a todos os itens listados acima (procedimentos para publicação ou diretrizes aos autores) e listados abaixo (formulário eletrônico da plataforma OJs):

1. A contribuição deve ser original e inédita, e não foi publicada em anais de

congresso, seminários, colóquios ou similares e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deverá justificar em “Comentários ao editor”.

2. O arquivo da submissão deve estar em formato Microsoft Word ou RTF.

3. O autor é responsável pelo preenchimento na plataforma OJs, no campo solicitado, da indicação de financiamento da pesquisa vinculada à produção bibliográfica submetida à Revista.

4. Os URLs para as referências devem ser informados, quando possível.

5. O texto deve seguir os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores.

6. As instruções de anônimo do arquivo submetido devem assegurar a avaliação Double Blind Peer Review .

7. A Declaração de Direito Autoral deve conter a autorização de publicação e cessão de direitos autorais.

8. A cessão de direitos autorais não gerará ônus para a Revista, ou seja, não haverá pagamento pela utilização do material submetido. O autor compromete-se a assegurar o uso e gozo da obra à Revista, que poderá explorá-la com exclusividade nas edições que fizer.

9. O autor tem ciência de que:

a) A publicação desta obra poderá ser recusada, caso o Conselho Editorial da Revista não considere conveniente sua publicação, seja qual for o motivo. Este cancelamento não acarretará responsabilidade a qualquer título por parte do Conselho Editorial; e

b) Os editores, juntamente com o Conselho Editorial, reservam-se o direito de modificar o texto - quando necessário, sem prejudicar o conteúdo -, com o objetivo de uniformizar a apresentação dos materiais publicados.

## **PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PARA ANÁLISE (*DOUBLE BLIND PEER REVIEW*), APROVAÇÃO E PUBLICAÇÃO**

1.1. Todas as produções bibliográficas serão avaliadas pelo sistema Double Blind Peer Review, salvo as submissões que não estiverem de acordo com as normas de publicação ou diretrizes aos autores, que serão devolvidas para as devidas retificações antes de iniciar o procedimento de submissão aos avaliadores.

1.2. Todos os arquivos serão analisados por 02 (dois) pareceristas externos ad hoc, bem como pelo Conselho Editorial. E, em caso de controvéria, haverá análise de um terceiro parecerista ad hoc.

1.2.1 Todos os pareceristas ad hoc e os conselheiros pertencentes à Revista são professores doutores.

1.3. Os pareceres emitidos pelos pareceristas ad hoc são elaborados no formato do formulário disponibilizado na Revista dentro da página das “Diretrizes aos Autores”, disponível no endereço: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/manager/previewReviewForm/1>>.

1.3.1. Na avaliação dos pareceristas ad hoc são observados os seguintes critérios:

a) Fundamentação teórica e conceitual adequada ao tema escolhido; relevância e pertinência e atualidade no tema objeto da submissão; consistência metodológica de pesquisa e o cumprimento da lista de diretrizes aos autores - normas da ABNT e das normas específicas da Revista; e formulação do artigo em linguagem correta, clara e concisa nos idiomas português e inglês.

1.3.2. O resultado da avaliação apontará se a produção bibliográfica será:

a) aceita sem restrições; b) aceita com proposta de alteração; e c) rejeitada.

1.4 A decisão dos pareceristas ad hoc, escolhidos pelo Conselho Técnico Científico, será submetida ao Conselho Editorial para referendo ou não.

1.4.1 A decisão do Conselho Editorial será por maioria dos presentes, com o quorum mínimo de dois conselheiros, não incluindo o Presidente e o Vice-Presidente, pois ambos são vedados de votar nas reuniões do colegiado.

1.4.2. A convocação das reuniões do Conselho Editorial será feita via e-mail pelo Presidente ou Vice-Presidente do Conselho Editorial, obrigatoriamente 15 dias antes de sua realização.

1.4.3. As reuniões do Conselho Editorial serão realizadas nas dependências do IESUR/FAAr ou no ambiente virtual, por meio da ferramenta de vídeo ou teleconferência do Skype, Hangouts ou similares.

1.4.3.1. Os termos das atas das reuniões do Conselho poderão ser trancritos ou gravados.

1.4.3.2. Compete ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Conselho Editorial a relatoria das atas das reuniões.

1.4.4. O colegiado decidirá, entre os artigos avaliados e aceitos pelos pareceristas ad hoc, quais serão publicados nos números dos volumes da Revista , 1.5.2

Nesse caso, ficará suspensa a participação do autor submitente em qualquer ato interno do número da Revista onde pretenda ter o seu artigo publicado, sob pena de declassificação por conflito de interesse.

## 2. Publicação

2.1. Após o processo de avaliação, serão publicadas as produções bibliográficas que forem aprovadas pelos pareceristas “ad hoc” e referendadas pelo Conselho Editorial, em colegiado, por voto da maioria dos presentes.

2.2. Se a produção bibliográfica for aceita para publicação, a mesma será publicada com a identificação do autor próximo ao título contendo a sua titulação, a filiação institucional, cidade, estado e país.

2.2.1. Ao nome do autor, sera incluída nota de rodapé para constar o nome e a sigla da instituição a qual está ligado, cargos e demais atuações do autor, além do endereço eletrônico para correspondência (e-mail).

2.2.2. Solicita-se ao autor que preencha na versão completa o formulário de cadastramento no sistema na plataforma OJS e mantenha o seu CV Lattes atualizado.

## CHAMADA PÚBLICA PARA PUBLICAÇÃO NO NÚMERO 3 VOLUME 4 DA REVISTA AREL FAAr

Embora a Revista Científica AREL FAAr - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, seja de fluxo contínuo, o seu Conselho Editorial, está recebendo artigos para o número 3 volume 4, que serão publicados em setembro deste ano.

As temáticas estão vinculadas à área de concentração da Revista “Direito Público Contemporâneo” e às Linhas de pesquisa “Empresa, sociedade e sustentabilidade” e “Direitos Fundamentais e suas dimensões”.

Os interessados devem submeter seus artigos para o número 2 do volume 4 poderão fazê-lo até o dia 02 de agosto de 2016 pelo endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php>. A AREL também possui fluxo contínuo, oferecendo a possibilidade de submissão a qualquer tempo.

Os artigos deverão estar em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e as regras específicas da Revista apresentadas no referido endereço eletrônico.

## PARECERISTAS

**Álvaro de Oliveira Azevedo Neto**

Doutor em Direito

Faculdade Boa Viagem

Recife - Pernambuco (PE) - Brasil

**Ana Alice de Carli**

Doutora em Direito

Universidade Federal Fluminense - Campus Volta Redonda

Volta Redonda - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Bárbara Gomes Lupetti Batista**

Doutora em Direito

Universidade Veiga de Almeida

Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Célia Barbosa Abreu**

Doutora em Direito

Universidade Federal Fluminense - Campus Sede

Niterói - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Cláudia Ribeiro Pereira Nunes**

Doutora em Direito

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil

**Germana Parente Neiva Belchior**

Doutora em Direito

Faculdade Sete de Setembro - FA7

Fortaleza - Ceará (CE) - Brasil

**David Augusto Fernandes**

Doutor em Direito

Universidade Federal Fluminense - Campus Macaé

Macaé - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Martha Asunción Enriquez Prado**

Doutora em Direito

Universidade Estadual de Londrina

Londrina - Paraná (PR) - Brasil

**Nilton César Flores**  
Doutor em Direito  
Universidade Estácio de Sá  
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Nivaldo dos Santos**  
Doutor em Direito  
Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Universidade Federal de Goiás  
Goiânia - Goiás (GO) - Brasil

**Patrícia Maria Dusek**  
Doutora em Direito  
Universidade Castelo Branco - Campus Sulacap  
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Rafael Mario Iorio Filho**  
Doutor em Direito  
Universidade Estácio de Sá  
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Renata Guimarães Franco**  
Doutora em Direito  
Faculdades Integradas do Norte de Minas da Associação Educativa do Brasil  
Montes Claros -Minas Gerais (MG) - Brasil

**Rosângela Maria Pereira**  
Doutora em Direito  
Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro  
Pinheiral - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

**Zoraide Amaral**  
Doutora em Direito  
Centro Universitário de Barra Mansa - Campus Cicuta  
Volta Redonda - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

## POLÍTICA DAS PESQUISAS COM SERES HUMANOS - COMITÊ ÉTICO DE PESQUISA

No caso do resultados de uma pesquisa com seres humanos tornar-se um relatório ou artigo ofertado a este periódico, deve(m) o(s) autore(s) anexar(em) o documento da Comitê da Ética na Pesquisa (CEP) da instituição onde a pesquisa foi realizada no momento em que realizarem a submissão online, preferencialmente na área dos anexos ou metadados da pesquisa.

Se o projeto de pesquisa com seres humanos não tiver sido comprovadamente analisado por alguma CEP, o Editor-Chefe de esta Revista reserva-se ao direito de solicitar ao autor o preenchimento dos dados de sua pesquisa na Plataforma Brasil para tramitar na CEP do IESUR/FAAr o projeto, o protocolo e o resultado da pesquisa já realizada, antes de encaminhar o documento para os pareceristas "ad hoc".

No caso do parecer da CEP do IESUR/FAAr consubstanciado por escrito aprovar o protocolo, este seguirá os trâmites regulares estabelecidos neste periódico. Se aprovar com proposta de alteração ou sugestão, a propositura para publicação estará suspensa até a comprovação do cumprimento das exigências da CEP do IESUR/FAAr.

No caso do parecer da CEP do IESUR/FAAr consubstanciado por escrito, rejeitar o protocolo o protocolo, a submissão será entendida como não existente e o arquivo imediatamente devolvido ao autor.

Para maiores esclarecimentos do "modus operandi" da CEP do IESUR/FAAr, acesse a pagina da CEP do IESUR/FAAr, disponível em: <<http://www.faar.edu.br/portal/comite-etica-pesquisas-seres-humanos-cep.php>>.