



Universidade
de Itaúna

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW



REVISTA CONFRONTOS
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Itaúna – Minas Gerais – Brasil
Publicação semestral

Ano II, Número 3 – ago. a dez. 2020
ISSN 2675-260X



Universidade
de Itaúna

Itaúna

2021

REVISTA CONFRONTOS
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW
Itaúna – Minas Gerais – Brasil
Publicação semestral
Ano II, Número 3 – ago./dez. 2020
ISSN 2675-260X

EDITORES

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, UIT,
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira
Pedrosa Morais, UIT, Itaúna, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Alejandro González-Varas
Ibáñez, Universidad de Zaragoza,
Espanha.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de
Tomaz, UNIT, Aracaju, Brasil.

Profª Dra. Cleide Calgaro, USC, Caxias
do Sul, Brasil

Prof. Dr. Erivaldo Moreira Barbosa,
UFMG, Campina Grande, Brasil.

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva
Filho, UEA/UFAM, Manaus, Brasil

Profª Dra. Flávia Piva Almeida Leite,
UNESP, São Paulo, Brasil.

Prof. Dr. Gonçalo S. de Melo Bandeira,
IPCA, Barcelos, Portugal.

Profª Dra. Giulia Parola, UFF, Rio de
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira
da Gama, UERJ/Estácio de Sá, Rio de
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Gustavo Oliveira Vieira,
UNILA, Foz do Iguaçu, Brasil.

Prof. Dr. Heron José de Santana
Gordilho, UFBA, Bahia, Brasil.

Prof. Dr. Jahyr-Philippe Bichara,
UFRN, Natal, Brasil.

Profª Dra. Jamile Bergamaschine Mata
Diz, UIT/UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Jean-Marc Sorel,
Université Panthéon-Sorbonne,
Paris, França.

Prof. Dr. José Luis Bolzan de Morais,
UIT/ESDHC, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Ribas Vieira,
UFRJ/PUC-Rio, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Juarez Freitas,
UFRGS/PUC/RS, Porto Alegre, Brasil.

Prof. Dr. Lucas Carlos Lima, UFMG,
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de
Araújo, UNICAP, Recife, Brasil.

Profª Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi,
UFPEL, Pelotas, Brasil.

Profª Dra. Maria Cláudia da Silva
Antunes de Souza, UNIVALI, Itajaí,
Brasil.

Profª Dra. Marta Carolina Gimenez
Pereira, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Velten, UFES, Vitória,
Brasil.

Prof. Dr. Pedro Curvello Saavedra
Avzaradel, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Rafael Costa Freiria,
UNICAMP, Campinas, Brasil.

Prof. Dr. Rubens Beçak, USP, São Paulo,
Brasil.

Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves,
USC, Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Dr. Tagore Trajano de Almeida
Silva, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli,
UIT/UFMT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti, UEA/
UFAM, Manaus, Brasil.

Profª Dra. Vasilka Sancin, Universidade
de Liubliana, Eslovênia.

Prof.Dr. Valter Moura do Carmo,
UNIMAR, Marília, Brasil.

QUADRO DE PARECERISTAS

Prof. Dr. André Cordeiro Leal, FUMEC,
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Arnaldo de Souza Ribeiro,
UIT, Itaúna, Brasil

Profª Dra. Carla Ribeiro Volpini, UIT,
Itaúna, Brasil.

Profª Dra. Cintia Garabini Lages, UIT,
Itaúna, Brasil.

Profª Dra. Edilene Lobo, UIT, Itaúna,
Brasil.

Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende,
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa, UIT,
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Emilio Medauar Ommati,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Magno Federici Gomes,
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago,
IDP, Brasília, Brasil.

Profª Dra. Miracy Barbosa de Sousa
Gustin, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de
Almeida, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagundes,
UFSC, Florianópolis, Brasil.

Profª Dra. Renata Mantovani de Lima,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona
Freitas, FUMEC, Belo Horizonte, Brasil.

Profª Dra. Wânia Guimarães Rabêllo de
Almeida, PUC-Minas,
Belo Horizonte, Brasil.

Diagramação: Ana Cláudia Dias Rufino

Capa: Waneska Diniz

Foto Capa: Vitória de Samotrácia
(Museu do Louvre, Paris)

Edição: Conhecimento Editora

Contatos

31.98309-7688 (whatsapp)

31.98847-8910 (whatsapp)

conhecimentojuridica@gmail.com

marcos@conhecimentolivrraria.com.br

www.conhecimentolivrraria.com.br

EDITORIAL

Apresentamos, como muita satisfação, a **Revista Confrontos – Confrontos Journal of Law (ano II, nº 03, ago./dez., 2020)** que é uma iniciativa do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG e que tem como interesse a publicação de trabalhos acadêmicos de cunho acadêmico, jurisprudência comentada, ensaios, monografias e resenhas de obras jurídicas, legislação nacional ou internacional comentada e pareceres.

São aceitas colaborações do Brasil e do Exterior, que envolvam as linhas de pesquisa do programa do Mestrado e Doutorado referentes ao direito processual coletivo e efetividade dos direitos fundamentais e às organizações internacionais e a proteção dos direitos fundamentais. Ela possui fluxo contínuo e periodicidade semestral.

Esta edição, nº 3, é constituída por 05 (cinco) artigos. O primeiro texto intitulado **“O princípio protetor-recebedor e o ordenamento jurídico brasileiro”** de autoria de Danielle de Ouro Mamed; o segundo artigo com o verbete **“A integridade do direito e os enunciados interpretativos do novo Código de Processo Civil”**, de Guilherme César Pinheiro; o terceiro da lavra de Jorge Isaac Torres Manrique com o tema sobre **“Acerca de la agenda pendiente del Derecho Penal Económico”**; o quarto trabalho com o título **“Direitos fundamentais processuais: a supressão do juízo de admissibilidade da apelação no juízo ‘a quo’ como afronta ao princípio da razoável duração do processo previsto no inciso LXXVIII, do art. 5º da CF/1988 e aos artigos 4º, 5º, 6º e 8º do Código de Processo Civil”**, de autoria de José Tadeu Neves Xavier e Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha. Por último, o quinto artigo **“O dever do Estado de autorizar e controlar a produção de alimentos transgênicos”**, de Valmir César Pozzetti, Daniel Gabaldi Pozzetti, Kátia Maria Pessoa Garcia e Renata Kemi de Souza Soares.

Agradecemos, a todos os leitores, autores e avaliadores pela colaboração e confiança e pelo excelente trabalho realizado.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

Editores

FOCO E ESCOPO

A *Revista Confrontos* é uma publicação semestral apoiada pelo PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG que tem por finalidade divulgar artigos científicos, artigos de reflexão e resenhas cujo conteúdo afine-se com as seguintes as linhas de pesquisas:

Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais

Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais

Os artigos ou trabalhos inéditos serão publicados em português, inglês, italiano, francês ou espanhol. Todos os trabalhos submetidos à *Revista Confrontos* são avaliados, em primeiro lugar, pelos editores, que examinam a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, cada texto foi enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade de autor e avaliadores, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer a ser disponibilizado ao autor do trabalho.

FORMATO E NORMAS EDITORIAIS

Extensão: O texto deverá ter extensão máxima de 20 a 22 páginas, com espaçamento de 1,5, incluídas referências bibliográficas e notas. **O título (no idioma original e em Inglês) devem conter no máximo 240 caracteres incluindo espaços.**

Imagens: se o artigo contiver imagens fotográficas e/ou desenhos gráficos, esses deverão ser encaminhados em formato original (.jpeg, .png, .tiff) e em arquivos separados (não inseridos no interior do próprio texto), **com resolução mínima de 300 dpi**. No arquivo referente ao texto, deverá ser indicado através da inserção das **legendas (no idioma do artigo e também em Inglês)**, o local aproximado onde devem ser inseridas as figuras, gráficos, tabelas e/ou quadros.

Citações: as citações no interior do texto devem obedecer às seguintes normas:

- a. Um autor: (Leipnitz, 1987);
- b. Dois autores: (Turner e Verhoogen, 1960);
- c. Três ou mais autores: (Amaral et al., 1966);
- d. Trabalhos com o(s) mesmo autor(es) e mesma data devem ser distinguidos por **letras minúsculas logo após a data**. Ex: (Amaral, 2008a) (Amaral, 2008b);

Apresentação das citações:

Citações com **menos de três linhas** deverão ser **incorporadas ao texto entre aspas**;

Citações com **mais de três linhas** deveram ser apresentadas **em parágrafo isolado, com espaçamento simples entre as linhas, corpo de 11 pt e recuo de 4 cm** da margem esquerda do texto.

Notas de rodapé: As notas de rodapé devem ser usadas de forma **parcimoniosa**. Somente são permitidas notas de rodapé

explicativas e não são permitidas notas que contenham apenas referências. Estas deverão estar listadas, ao final do texto, no item ‘Referências’.

Não utilize as expressões *op. cit;* *ibid;* *ibidem;* *id;* *idem;*

Não utilize a expressão *apud*, dê preferência pelo emprego da expressão *in*.

A matéria dos originais deverá conter, na seguinte ordem:

Título do texto: Título no idioma do artigo e em Inglês. Se o artigo for redigido em Inglês deve apresentar também o título em Português. Com no máximo 240 caracteres com espaço.

Resumos: no idioma do artigo e em inglês, em um único parágrafo, com até 20 linhas, acompanhado de três palavras-chave. Nos casos em que o artigo é escrito em inglês, solicita-se também a apresentação de **resumo e palavras-chave em português**.

Texto completo do artigo: formatado em Times New Roman, 12 pt, espaçamento 1,5.

Referências: as referências bibliográficas e de outra natureza devem ser listadas ao final do texto, em ordem alfabética, em 12 pt, espaçamento simples, como nos modelos abaixo:

Artigos em periódico:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *Título do periódico*, **volume** (número/fascículo): pág inicial-pág final.

Ex.: JULIO-CAMPUZANO, A. 2009. Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional. *Revista de Estudios Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 1(2):8-20.

Artigos relativos a eventos:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do trabalho. *In:* Nome do Congresso (Encontro, Simpósio, etc.), nº, cidade, ano. *Anais...* Cidade, Sigla. **volume:**pág inicial-pág final.

Ex.: SALDANHA, J.M.L.; ESPINDOLA, A.A.S.; BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2008. A superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais ‘estruturais’ e ‘metodológicas’: uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In:* XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília, 2008. *Anais...* Brasília, Fundação Boiteux. 4310-4333.

Artigos em coletânea:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (org.), *Título da coletânea*. Cidade, Editora, p. pag inicial-pág final.

Ex.: GRANDO, A. 2003. Os reality shows. *In:* V. HOEWELL (org.), *Coletânea GT Produção de sentido nas mídias*. Pernambuco, UNICAD, p. 75-81.

Livros:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título do livro*. ed., Cidade, Editora, total de páginas p.

Ex.: FERRAJOLI, L. 2003. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 116 p.

Capítulos de livros:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do capítulo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (ed.), *Título do livro*. Cidade, Editora, p. pag inicial-pág final.

Ex.: CANÇADO TRINDADE, A. A. 2000. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, L. F. PIOVESAN, F. (Coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, p. 103-152.

GADAMER, H.G. 1991. Problemas de la razón práctica. In: H.G. GADAMER (ed.), *Verdad y metodo II*. Salamanca, Sígueme, p. 293-308.

Dissertações e Teses:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título da tese*. Cidade, Sigla do Estado. Tipo de tese (mestrado, doutorado). Universidade, número total de páginas p.

Ex.: LUCAS, D.C. 2008. *Direitos Humanos e Interculturalidade: um Diálogo entre a Igualdade e a Diferença*. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 266 p.

Citações de Sites e textos eletrônicos:

Caso seja possível identificar os autores de textos eletrônicos, a referência deve ser feita do seguinte modo:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: LENKER, A.; RHODES, N. 2007. Foreign Language Immersion Programs: Features and Trends Over 35 Years. Disponível em: <http://www.cal.org/resources/digest/flimmersion.html>. Acesso em: 28/04/2007.

* Neste caso, no corpo do texto, a referência é identificada por (Lenker e Rhodes, 2007).

Se não for possível identificar os autores de textos eletrônicos, deve-se fazer a referência do seguinte modo:

FONTE/SITE. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: GLOBO ONLINE, O. 2006. Brasil será o país com mais sedes do Instituto Cervantes. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2006/10/25/286393283.asp>. Acesso em: 05/04/2008.

* No corpo do texto a citação será (O Globo Online, 2006).

Jornais e revistas, órgãos e instituições:

Todos os textos de jornais e revistas devem constar nas referências bibliográficas. Caso haja autor explícito, a referência é feita pelo seu sobrenome:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Sessão (Coluna, etc.). Cidade, dia mês (abreviado).

Ex.: MICELLI, S. 1987. Um intelectual do sentido. Folha de S. Paulo. Caderno Mais! São Paulo, 7 fev.

* No corpo do texto, indica-se (Micelli, 1987).

Caso não haja um autor e o texto seja de responsabilidade do órgão, faz-se a referência assim:

Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Ano de publicação. Título do texto. Cidade, dia mês (abreviado), p. número da página.

Ex.: CORREIO DO POVO. 1945. Os métodos objetivos de verificação que empregamos no RS. Porto Alegre, 5 out., p. 14.

* No corpo do texto, indica-se (Correio do Povo, 1945).

ESCREVEM NESTE NÚMERO

DANIEL GABALDI POZZETTI

Engenheiro Ambiental pela FAMETRO/AM; discente Especial do Mestrado: PPGCASA - Programa de Pós Graduação em Ciências Ambientais e Sustentabilidade na Amazônia – UFAM. Email: daniel_pozzetti@hotmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-7500-3220>

DANIELLE DE OURO MAMED

Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Doutora em Direito Econômico e Socioambiental. Mestre em Direito Ambiental. Contato: mamed.danielle@gmail.com

GUILHERME CÉSAR PINHEIRO

Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS), bem como bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Professor de Direito Processual Civil e Prática Jurídica da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG), unidade Diamantina. Advogado atuante. Contato com o autor pelo e-mail: guilhermepinheiro.adv@hotmail.com

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE

Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Consejero Editorial de la Revista American Journal of Science and Technology (USA). Editor Asociado de la Revista Forensic Research & Criminology International Journal (USA). Par Académico Evaluador de las firmas editoras: Corporación de Estudios y Publicaciones (Ecuador) y Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional

de Torino (Italia). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Miembro extranjero adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Miembro, par académico evaluador, corresponsal e investigador externo adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par académico evaluador de la Revista Misión Jurídica, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). Investigador Externo de la Universidad Global (Honduras). Miembro asociado de E-Justicia Latinoamérica (Argentina). Autor de libros de derecho constitucional publicados en: Colombia, Paraguay, Chile, Ecuador y Perú. Autor del Tratado de Derechos Fundamentales (en prensa en Colombia, Paraguay y Perú). Coautor del Tratado de Derecho Penal Constitucional Aplicado (Colombia); y en prensa en: Perú, Chile, Bolivia, Paraguay, Nicaragua y Argentina. Coautor de las Dilucidaciones de Derecho Procesal Civil (Chile, Colombia y Perú). CoDirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia (en preparación) y Chile (en preparación). CoDirector de los Tratados Latinoamericanos de Litigación Oral y Lavado de Activos (en preparación). Autor de artículos en publicaciones científicas físicas y virtuales, en más de treinta universidades de veinticinco países. Ponente nacional e internacional. KIMBLELLMEN@outlook.com.

JOSÉ TADEU NEVES XAVIER

Pós Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (USC/Espanha), Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Advogado da União, Professor da Graduação em Direito da IMED-POA, Professor da Graduação, Pós Graduação e Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

KATIA MARIA PESSOA GARCIA

Pedagoga, Discente Especial do Programa PPGCASA – Mestrado e Doutorado em Ciências Ambientais e Sustentabilidade na Amazônia. Email: ktinha-garcia@hotmail.com

MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA DA ROCHA

Pós Doutora em Direito pela PUCRS, Doutora em Direito pela PUCRS, Mestre em Direito pela PUCRS, Especialista em Processo Civil pela PUCRS, Advogada, Professora Universitária.

RENATA KEMI DE SOUZA SOARES

Discente Especial do Mestrado em Ciências Ambientais e Sustentabilidade na Amazônia – PPGCASA. Bacharel em Direito pela UEA – Univ. do Estado do Amazonas - Email: rkdss.dir@uea.edu.br

VALMIR CÉSAR POZZETTI

Pós Doutor em Direito realizado na Universidade de Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito realizado na Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França; Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França; Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM (CIESA), Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luis Gonzaga/SP. Membro da APRODAB - Assoc. de Professores de Direito Ambiental do Brasil) e da ACCA (Academia de Ciências Contábeis do Amazonas) - E-mail: v_pozzetti@hotmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2339-0430>

SUMÁRIO

1 O PRINCÍPIO PROTETOR-RECEBEDOR E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Danielle de Ouro Mamed 1

2 A INTEGRIDADE DO DIREITO E OS ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Guilherme César Pinheiro..... 29

3 ACERCA DE LA AGENDA PENDIENTE DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Jorge Isaac Torres Manrique 57

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS: A SUPRESSÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA APELAÇÃO NO JUÍZO “A QUO” COMO AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PREVISTO NO INCISO LXXVIII, DO ART. 5º DA CF-88 E AOS ARTS. 4º, 5º, 6º E 8º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Tadeu Neves Xavier

Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha 89

5 O DEVER DO ESTADO DE AUTORIZAR E CONTROLAR A PRODUÇÃO DE ALIMENTOS TRANSGÊNICOS

Valmir César Pozzetti

Daniel Gabaldi Pozzetti

Katia Maria Pessoa Garcia

Renata Kemi de Souza Soares 89

1

O PRINCÍPIO PROTETOR-RECEBEDOR E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE PROTECTOR-RECEIVER PRINCIPLE AND THE BRAZILIAN LEGAL STRUCTURE

Danielle de Ouro Mamed

Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Doutora em Direito Econômico e Socioambiental. Mestre em Direito Ambiental.
Contato: mamed.danielle@gmail.com

RESUMO

A construção de normas jurídicas para a proteção do meio ambiente é um fenômeno recente que vem se aprimorando de acordo com as demandas decorrentes da crise ambiental. No campo normativo, é possível observar princípios jurídicos que regem o que se conhece atualmente como Direito Ambiental. Nesse sentido, há princípios presentes desde a fundação da especialidade jurídica e há princípios que vão sendo construídos no caminho, como é o caso do princípio do protetor-recebedor, pensando inicialmente no campo internacional e inserido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da ideia de serviços ambientais. Deste modo, este artigo tem como objetivo analisar a inserção deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro,

estudando, para isso: a) a ideia de princípios jurídicos; b) o surgimento do princípio do protetor-recebedor e c) a inserção do princípio no ordenamento brasileiro. O método utilizado é o dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, foi possível observar que há subsídios históricos e legislativos para que este seja considerado como um princípio estável no ordenamento pátrio. Não obstante, é interessante que seja interpretado considerando uma visão integral do ordenamento nacional e internacional, de forma coadunada aos direitos socioambientais e econômicos que, na Constituição Federal de 1988, se inclinam à busca por uma sociedade livre, justa, solidária e sustentável.

Palavras-Chave: Direito socioambiental; princípios; protetor-recebedor; serviços ambientais.

ABSTRACT

The construction of legal norms for the protection of the environment is a recent phenomenon that has been improving according to the demands arising from the environmental crisis. In the normative field, it is possible to observe legal principles that govern what is currently known as Environmental Law. In this sense, there are principles present since the foundation of the legal specialty and there are principles that are being built along the way, as is the case of the protector-receiver principle, initially thinking in the international field and inserted in the Brazilian legal system from the idea of services environmental issues. Thus, this article aims to analyze the insertion of this principle in the Brazilian legal system, studying, for this: a) the idea of legal principles; b) the emergence of the protector-receiver principle and c) the insertion of the principle in the Brazilian

law. The method used is deductive, with bibliographical and documentary research. In the end, it was possible to observe that there are historical and legislative subsidies for this to be considered as a stable principle in the national order. However, it is interesting that it be interpreted considering an integral vision of the national and international order, in a way that is in line with the socio-environmental and economic rights that, in the Federal Constitution of 1988, are inclined to the search for a free, fair, solidary and sustainable society.

Keywords: Socio-environmental law; Principles; protector-receiver; environmental services.

INTRODUÇÃO

A construção de normas jurídicas para a proteção do meio ambiente é um fenômeno recente que vem se aprimorando de acordo com as demandas decorrentes da crise ambiental. No campo normativo, é possível observar princípios jurídicos que regem o que se conhece atualmente como Direito Ambiental. Em sua constituição, é possível observar princípios presentes desde a fundação da especialidade jurídica (como o princípio do poluidor-pagador, princípio da prevenção e precaução, por exemplo) e há princípios que vão sendo construídos no caminho, como é o caso do princípio do protetor-recebedor.

A ideia do princípio do protetor-recebedor surgiu como uma possibilidade no campo das ideias da economia ambiental de abordagem neoclássica, que visa construir mecanismos econômicos que possam auxiliar na regulação da economia e também no controle das atividades poluentes, utilizando, sobretudo, da lógica de “compensações” da degradação ambien-

tal por algum mecanismo econômico artificial. O princípio do protetor-recebedor busca tornar possível o recebimento de benefícios econômicos em virtude de posturas consideradas sustentáveis por parte dos beneficiários. Parte-se da ideia de que sem uma compensação financeira, provavelmente as pessoas realizariam condutas poluentes ou degradantes da natureza, de modo que esta abordagem é considerada preventiva de danos ambientais. Doutra parte, também há quem trate os benefícios como uma forma de justiça social, devida àqueles que deixaram de gerar “riqueza” por manter uma conduta harmoniosa em face de seu ambiente. Assim, essa ideia foi construída inicialmente no campo internacional e inserida no ordenamento jurídico brasileiro a partir do conceito de serviços ambientais.

Nesse sentido, este artigo tem como objetivo tratar a questão do surgimento do princípio do protetor-recebedor na esfera do Direito, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, analisando: a) a ideia de princípios jurídicos; b) o surgimento do princípio do protetor-recebedor e c) a inserção do princípio no ordenamento brasileiro. O método utilizado é o dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, foi possível observar que há subsídios históricos e legislativos para que este seja considerado como um princípio estável no ordenamento pátrio. Não obstante, é interessante que seja interpretado considerando uma visão integral do ordenamento nacional e internacional, de forma coadunada aos direitos socioambientais e econômicos que, na Constituição Federal de 1988, se inclinam à busca por uma sociedade livre, justa, solidária e sustentável.

1 CONSTRUÇÃO E EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Preliminarmente, visando o entendimento em relação a como se consolidam os princípios em Direito, necessário se mostra observar as contribuições dos teóricos que trabalharam a temática no sentido de relacionar o tema central (o princípio do protetor-recebedor) às bases mais fundamentais do Direito, a fim de demonstrar os aportes teórico-jurídicos do tema proposto.

1.1 O DIREITO E OS PRINCÍPIOS

Hans Kelsen, na obra “Teoria Geral do Direito e do Estado” define o direito como um conjunto de regras que compõem o sistema que forma a ordem de conduta humana, esclarecendo, porém, que não somente as condutas humanas são tuteladas pelo direito, pois eventos naturais também o integram (Kelsen, 2005, p. 5). Segundo esta definição nota-se que a função precípua do direito seria ordenar a conduta humana e todas as questões que nela podem interferir, como os eventos de origem natural. Nesse contexto, importante lembrar que as condutas humanas estão intrinsecamente relacionadas com os elementos naturais, que por sua vez, também são influenciados pelas condutas humanas, numa relação recíproca e não dicotômica: as ameaças sobre os recursos naturais, portanto, não poderiam fugir à ótica do Direito, vez que este fato influencia diretamente a ordem social e sua relação com os elementos naturais¹.

¹ Nesse sentido, para maior aprofundamento, verificar Carlos Frederico Marés quando trata da relação entre meio ambiente, cultura e direito: “o meio ambiente (...) compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. (...) Para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo” (Marés, 2006, p. 15). Assim, o

Para Kelsen, a regulação da conduta humana trabalha com a noção de motivação, para que os indivíduos se abstenham ou executem atos nocivos ou úteis à sociedade (Kelsen, 2005, p. 21). Seguindo esta lógica, o Direito dispõe de mecanismos para nortear essas condutas para que as mesmas conduzam à paz social, incluindo-se, obviamente, a necessidade de ações ou abstenções voltadas à sanidade do meio ambiente, essencial à qualidade de vida e à própria manutenção dela.

Assim, tem-se que o Direito possui a prerrogativa de interferir na sociedade visando modificar, criar ou suprimir situações dentro dos sistemas econômicos com o fim último de contribuir para realizar seu objetivo em sua significação mais ampla: a regulação social.

Não obstante a majoritária concordância de que o Direito relaciona-se à regulação da sociedade, Cretella Júnior (1993), depois de analisar vários dos conceitos existentes, conclui que nenhum deles é suficiente para atender a seu significado na dimensão exata. No entanto, fornece alguns elementos que deverão sempre ser lembrados quando houver uma tentativa de trabalhar uma definição: “De modo geral, a sociedade é condição do Direito, a Justiça seu fim último, a bilateralidade atributiva atua como forma ordenatória específica e o poder garante a atualização daquela convivência” (Cretella Junior, 1993, p. 193).

Portanto, a razão de existir do Direito remete à necessidade da vida em sociedade, onde todos e todas possam coexistir, alinhando seus interesses na busca por uma sociedade justa, igualitária, inclusiva e sustentável. Há que se buscar, no processo de

autor defende que os patrimônios ambiental, natural e cultural correspondem aos elementos fundamentais da civilização e cultura dos povos, sendo a ameaça de seu desaparecimento assustadora – trata-se do desaparecimento da sociedade.

construção de normas, uma estabelecer as bases comuns em que assenta a sociedade, buscando oportunizar a convivência pacífica entre as diferenças.

Para a consecução dos objetivos do Direito, portanto, nota-se a instituição de normas como instrumentos para regular a vida em sociedade. A respeito dessas normas é que Alexy (2008), traz contribuições no campo teórico, defendendo que as normas jurídicas encontram-se divididas em categorias de normas-princípios e normas-regras.

Rothenburg (2003, p. 15), corroborando este entendimento e considerando que princípios e regras descendem do mesmo tronco (as normas), atribui aos princípios caráter normativo: “tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição”.

As normas-regras, segundo o autor, referem-se ao âmbito da validade jurídica, enquanto as normas-princípios corresponderiam a mandamentos de otimização ligados aos valores defendidos pela sociedade, integrando de igual forma o sistema de normas do Direito. Tais princípios são dotados de um grau mais elevado de abstração e relatividade, se comparados às regras, e podem ser invocados em um maior número de possibilidades fáticas ou jurídicas, e satisfeitos em graus determinados dependendo de cada caso concreto no qual se aplica a regra da proporcionalidade. Desta forma, realiza-se um sopesamento dos princípios, identificando-se, assim, qual deles deverá possuir maior relevância (Alexy, 2008).

Dworkin (2005, p. 36), trabalhando o conceito de princípio explica, primeiramente, que por princípio se deve entender todo o conjunto de padrões que não são regras, explicando que o padrão analisado “deve ser observado, não porque vá promover ou

assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão da moralidade”. Assim, é possível observar que Dworkin trata dos princípios como padrões relacionados ao senso de justiça ou equidade existentes em uma sociedade, baseados em algum nível de moralidade.

Complementarmente, interessante trazer a definição de Rothenburg (2003, p.77), que considera que os princípios podem ser considerados categorias normativas que portam os mais altos valores que cada sociedade resolve transformar em preceitos jurídicos, possuindo, portanto, inequívoca carga ideológica, ou, por outras palavras, estes princípios corresponderiam a “preceitos que consagram os valores mais importantes (ou cuja chancela jurídica é reputada mais convincente) num determinado contexto histórico, e que só podem fazê-lo adequadamente por meio de enunciados vagos e ajustáveis” (Rothenburg, 2003, p. 81).

Mello (2010, p.958-959) sem destoar das concepções anteriores, conceitua princípio como

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Nesse sentido, os princípios demonstram-se norteadores da interpretação do sistema jurídico, devendo ser observados para uma compreensão do direito o mais próxima da concretização de seus objetivos. Os princípios em direito, portanto, possuem uma notável função hermenêutica, além de também poderem ser

observados diretamente. Outro enfoque que pode ser dado aos princípios remete a sua consideração como ponto de partida do ordenamento jurídico:

Os princípios, de uma maneira geral, podem ser considerados as normas elementares ou os requisitos instituídos como alicerces de alguma coisa. Por conseguinte, princípios jurídicos seriam a referência inicial, ou melhor, os elementos primordiais para a construção da ordem jurídica, portanto, suas vigas de sustentação (Francischetto, 2007, p. 47).

Nesse sentido o autor explica que, em sentido amplo, os princípios possuem três funções básicas na ciência jurídica: a) função fundamentadora, o que significa que os princípios devem guiar os legisladores na elaboração de normas jurídicas; b) função orientadora da interpretação, especificamente quando da aplicação de normas por parte do judiciário e c) função de fonte subsidiária, uma vez que, caso falte a legislação em determinado ponto, o direito possui meios de resolver a lide, cabendo à consideração dos princípios a carência de possíveis lacunas (Francischetto, 2007, p. 48).

Delmas-Marty (2004), por sua vez, procura demonstrar a função diretiva dos princípios, defendendo que é cada vez mais comum que o legislador utilize certos princípios como modo de prescrever, fazendo com que estes princípios apontem ao intérprete o caminho a ser seguido (Delmas-Marty, 2004, p. 132). Para a autora, este caminho corresponde a uma normatividade extrajurídica, definida, portanto, a partir de valores exteriores à esfera jurídica:

(...) os princípios diretores, mesclados de direito e de valores metajurídicos, são portadores de conflitos que não provêm de seu caráter francamente determinado, mas do risco de determinações divergentes e por vezes antagônicas, como por exemplo, quando

a ordem política se opõe à ordem política econômica. Mesmo antagonista e conflituosa, a função deles é ainda assim comparável à dos padrões. Função de internormatividade em seu duplo significado: para os princípios nacionais de integração ao direito de normas extrajurídicas e, no plano internacional, de aproximação de sistemas jurídicos diferentes. (Delmas-Marty, 2004, p. 133).

Portanto, mostra-se de acentuada relevância para este trabalho a concepção de princípios como diretores das demais normas jurídicas. No caso do tema em estudo neste trabalho, nota-se a necessidade de observância dos novos valores advindos das atuais urgências socioambientais e da relação com os sistemas oriundos do capitalismo, bem como a necessidade de integrar esses novos valores ao sistema jurídico vigente. Delmas-Marty, nesse sentido, poderia considerar a função dos princípios ambientais como integrativa entre as demais normas. Assim, observa-se uma função especial dos princípios, a saber, a incorporação de novas concepções e padrões interpretativos na instituição de legislações voltadas à realidade socioambiental.

Finalmente, a respeito do que sejam os princípios, há que se considerar que indicam os valores em que se assenta e para onde se orienta uma determinada comunidade, “sempre ao encontro de uma nova redenção” (Rothenburg, 2003, p. 83), devendo, portanto, acompanhar a evolução social, dando conta de suas novas necessidades e aspirações.

Nessa concepção, ao considerar essa necessidade de evolução da sociedade, considerando uma concepção sistêmica do direito e dos princípios, interessante observar as contribuições de Jürgen Habermas quando pondera que o Direito constitui um poder político e vice-versa e isto gera a perpétua possibilidade de sua instrumentalização (Habermas, 1997, p. 211). Para isto, o autor utiliza-se de uma abordagem envolvendo os discursos uti-

lizados nas teorias jurídicas, propugnando pela possibilidade de desenvolver a ideia da constituição do Estado de Direito com auxílio de princípios segundo os quais o Direito é legítimo quando produzido a partir do poder comunicativo (Habermas, 1997, p. 212). Esta idéia, inclusive, pode-se traduzir pela observância da soberania popular como princípio basilar do ordenamento, o que significa dizer, que os valores convertidos em princípios precisam, efetivamente, emanar das necessidades sociais, expressas em seus discursos. Nas palavras de Habermas (2007, p. 213):

Na linha da teoria dos discursos, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente.

Assim, nota-se a necessária adequação entre princípios e vontade popular para a configuração do Estado de Direito, cuja organização deve servir à auto-organização política de uma comunidade, com auxílio dos sistemas jurídicos. O poder comunicativo de uma determinada vontade popular deve expressar-se nos programas legais e integrar-se na sociedade através de uma aplicação racional e estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos (Habermas, 2007, p. 220).

Como será possível observar no decorrer deste trabalho, é possível afirmar a existência de vontade e interesse populares que legitimem a instituição de mecanismos de preservação ambiental e de justiça social, como aquele de que trata a presente dissertação.

Finalmente, em síntese, é possível observar que dos elementos constantes das distintas definições de Direito, destaca-se a regulação social se constitui por meio de um poder, expresso formalmente, com o fim de estabelecer uma ordem social baseada nos valores de convivência defendidos pela sociedade, res-

peitando-se as diferenças nela existentes e valendo-se da obrigatoriedade da observância de normas, materializadas em regras ou em princípios.

Como elementos comuns às definições de princípios, observaram-se os termos mandamentos, preceitos, enunciados ou categoria normativa que carregam os valores sociais, dotados de certo grau de moralidade, possuindo carga ideológica expressa por meio dos discursos e devendo compor o espírito das demais normas, servindo como alicerce do ordenamento. Os princípios devem ser construídos com maior grau de abstração e relatividade em relação às regras, podendo ser aplicados quando as regras forem falhas, pois são utilizáveis em maior número de situações jurídicas.

1.2 PRINCÍPIOS NO DIREITO AMBIENTAL

Além dos chamados princípios gerais do direito, que são atinentes ao Direito como um todo, também é possível encontrar princípios especializados em determinados ramos do Direito, como efetivamente ocorre no Direito Ambiental.

Sobre este ramo do Direito, Machado (2009, p. 54) pondera:

O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. (...) O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem feito de específico, mas busca interligar esses temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

É considerando essa dimensão a respeito do papel do Direito que Machado (2009, p. 57), ao falar de princípios, especifica-

mente no direito ambiental, os coloca como alicerce ou fundamento da ordem jurídica vigente, defendendo que “uns princípios serão constitutivos do próprio Direito Ambiental e outros princípios serão instrumentais, destinando-se a viabilizar os princípios constitutivos”. Portanto, cabe aqui o esclarecimento de que os princípios podem referir-se tanto às bases constitutivas do Direito quanto aos mandamentos de otimização voltados à instrumentalização e efetivação dessas bases.

No caso brasileiro, há como se apontar como os princípios de Direito ambiental estão definidos, por meio do próprio ordenamento jurídico pátrio. Em certos casos, a exemplo do princípio da precaução, os princípios se apresentam de forma não expressa:

Como assinala Norberto Bobbio, ao lado dos princípios gerais expressos, podem ser identificados os não expressos, que tem como objetivo colher o espírito do sistema. É o caso do princípio da precaução, que decorre do direito de todos, gerações presentes e futuras, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. (Silva, 2004, p. 83)

Portanto, importa destacar que no Direito Ambiental é possível encontrar princípios expressos e, ainda, princípios não expressos, que deverão utilizar-se da já citada concepção sistemática do ordenamento jurídico.

1.3 APRESENTAÇÃO, ALCANCE E CARACTERÍSTICAS DOS PRINCÍPIOS

No que tange ao entendimento das características das normas-princípio, ou simplesmente princípios, mostra-se fundamental o destaque, novamente, de sua distinção quanto às normas-regras (ou simplesmente regras). Nas palavras de Dworkin,

“As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita (...)” (Dworkin, 2005, p. 39). Em outras palavras, o que quer dizer o autor é que quando há algum tipo de questionamento em relação às regras, tais questionamentos resolvem-se no âmbito da validade: se uma for válida, pressupõe-se a possibilidade de sua aplicação e a invalidação da outra regra.

Já no caso dos princípios, nota-se que esses possuem uma dimensão que não está presente nas regras: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando há conflitos entre a prevalência de dois princípios não compatíveis em determinado caso, aquele que irá prevalecer será o que dotado de maior força relativa (Dworkin, 2005, p. 42).

Conforme foi possível observar, os princípios mais fundamentais em determinado ordenamento jurídico estão contidos na Constituição do país analisado. Para efeitos deste trabalho, adota-se a postura de que a Constituição não corresponde a um texto pronto, mas, ao contrário, entende-se que a Constituição deva ser vista como um organismo vivo, em constante mutação, o que é plenamente possível através das interpretações que lhe podem ser dadas, de acordo às idéias da sociedade, em constante evolução².

Assim, cabe considerar que, devido ao caráter vivo da Constituição, é possível que novos princípios surjam, sem que estejam necessariamente previstos em seu texto. Sendo assim, como encarar aqueles que vão surgindo de acordo às necessidades sociais? Como lidar com os novos princípios se eles encontram-se

² Nesse sentido, verificar Cunha (2018).

implícitos, sendo somente observáveis à luz de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico?

Nesse sentido, é possível utilizar-se da concepção de Jürgen Habermas, quando trata do papel dos princípios do estado de direito na reconstrução do direito. Para o autor, as normas jurídicas devem apresentar-se de forma compreensiva, precisa e não-contraditória, devendo ser públicas e conhecidas por todos os seus destinatários, o que faria da tarefa de uma jurisdição a sistematização desses princípios, dando a eles uma configuração dogmática (Habermas, 1997, p. 182-183). Habermas defende, ainda, que é possível introduzir entre o direito positivo e o poder político um processo auto-estabilizador e circular (Habermas, 1997, p. 184), o que se faria concreto graças à utilização de princípios no sentido de uma interpretação sistêmica, dando uma nova tônica ao ordenamento, preenchendo assim, este lugar entre o direito positivo e o poder político. Entretanto, o autor esclarece que essa reconstrução só pode se manter enquanto funcionar como fonte de justiça, devidamente legitimada (Habermas, 1997, p. 184). Assim, deve haver, notadamente, uma ligação entre a formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade de um legislador político, considerando-se, nesse sentido, uma relação dos princípios com a teoria dos discursos (Habermas, 1997, p. 204).

Walter Claudius Rothenburg, a exemplo de Habermas, também considera que os princípios devem ser pensados por meio de uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico, pois, por sua própria definição eles se reportariam a um conjunto concatenado (Rothenburg, 2003, p. 51). Assim, numa perspectiva sistêmica, uma vez mais, justifica-se a análise a respeito da factibilidade de certos princípios ao verificar-se se seu enunciado se

adéqua ao que pretende o ordenamento ou mesmo se é possível uma nova interpretação do ordenamento já posto.

Assim, seguindo a lógica da criação de formas interpretativo-sistemáticas para defesa dos valores sociais é que Alexy (2008) defende que:

os princípios não precisam ser estabelecidos explicitamente, senão que também podem ser derivados de uma tradição de normas detalhadas e de decisões judiciais que, para o geral, são expressão de concepções difundidas acerca de como deve ser o direito (Alexy, 2008, p. 104).

Portanto, nota-se um considerável aporte teórico no sentido de embasar a interpretação sistemática dos princípios no ordenamento jurídico: as contribuições trazidas por estes autores podem servir de ponto de partida para que seja possível visualizar de que forma os princípios em Direito entram no ordenamento, seja de forma explícita, através do legislador constituinte e derivado, no próprio texto constitucional, ou de forma implícita, sendo “lidos” nas entrelinhas das legislações, decisões ou outras formas de instituição de mecanismos jurídicos.

Assim, considerando a visão dos autores é possível observar a existência de princípios que estão relacionados diretamente aos valores defendidos pela sociedade, ou seja, a formação de normas-princípios deve servir para nortear o ordenamento jurídico, mantendo com este a coerência necessária à defesa das questões que essa sociedade considera como mais caras. Os princípios, além de trazerem essa carga axiológica sobre o que a sociedade considera importante, podem, ainda, servir à instrumentalização desses valores, expressos nos princípios basilares (conforme já observado em Paulo Affonso Leme Machado).

Destarte, tendo em vista as noções de princípio aqui apresentadas, vale ressaltar que o enfoque a ser dado no presente trabalho corresponde à utilização dos princípios enquanto instrumentalizadores dos valores relativos à proteção ambiental que se destinam a direcionar políticas públicas, não havendo, portanto, um enfoque no papel dos princípios enquanto categoria normativa auto-aplicável (como, por exemplo, no caso de conflitos no judiciário). Tendo-se esta escolha como norteadora, espera-se contribuir para a construção de um arcabouço jurídico-teórico, partindo-se da noção de princípio e seu lugar no ordenamento jurídico até a abordagem de aspectos relativos à gênese e consolidação do princípio do protetor-recebedor no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme foi possível observar, o Direito Ambiental apresenta-se como um ramo cuja preocupação central é regular a conduta humana frente à natureza. Assim, a questão da degradação da natureza e a simbiose desta com a humanidade tem se tornado um dos valores mais importantes na contemporaneidade³, uma vez que as crises decorrentes da falência do modo de produção vigente denunciam a necessidade de tomada de uma nova postura nesse sentido. Assim, nota-se uma imensa gama de políticas públicas voltadas para a proteção ambiental.

³ Sobre a crise envolvendo meio ambiente e humanidade Eugene Odum, sobre o assunto, sustenta que “não há falta de estudos, relatórios e livros populares que avaliem a crise atual da humanidade. A maioria apresenta um quadro bastante deprimente dos problemas atuais da Terra”. O autor ainda explica, ainda, que a visão da humanidade sobre o futuro varia desde a confiança de que uma nova tecnologia deve salvar os recursos naturais até a convicção de que toda a sociedade tenha que reorganizar-se (Odum, 1988, p. 341).

No Direito Ambiental, os instrumentos para realização desse fim podem remeter à repressão de ações já perpetradas⁴ (instrumentos combativos de condutas ambientalmente indesejadas) ou ainda instrumentos preventivos⁵, que visam evitar a ocorrência de ações predatórias aos elementos da natureza. O princípio do protetor-recebedor, centro temático deste trabalho, como se verá, constitui mais um esforço em estabelecer meios de prevenção de danos ambientais ao mesmo tempo em que ensaia a valorização do ser humano na instituição dessas políticas.

2 EMERGÊNCIA E GÊNESE DO PRINCÍPIO PROTETOR-RECEBEDOR

Como se vê, o estabelecimento de regras e princípios no Direito deverá observar certa demanda da sociedade. Notadamente, a crise que envolve os recursos naturais e sua interrelação com a sociedade gera uma demanda inexorável de que medidas sejam tomadas visando conter as negatividades dela decorrentes.

O problema dos recursos naturais é um problema social. Indo mais adiante: trata-se de um problema socioambiental. As respostas possíveis para essa gama de questões envolvendo sociedade e elementos naturais. Dentre as respostas possíveis, encontra-se uma grande diversidade: Há quem defenda a impossibilidade de resgatar um nível adequado de qualidade ambiental, tendo em vista que a degradação atual já teria ultrapassado os limites para possibilidade de recomposição, outros, mais otimis-

⁴ Por exemplo, cominação de penas para delitos ambientais (âmbito penal) e sanções administrativas.

⁵ A título exemplificativo tem-se as medidas de incentivo fiscal para ações menos impactantes como ICMS ecológico e estabelecimento de normas que determinem a previsão de impactos ambientais para grandes empreendimentos baseadas na observância dos princípios da precaução e prevenção.

tas, defendem as mais diversas propostas para contensão ou mitigação da crise socioambiental e de seus efeitos⁶.

Considerando essa diversidade de soluções propostas, considerar-se-ão, neste trabalho, aquelas que envolvam a utilização de instrumentos econômicos com fins de preservação do meio ambiente.

2.1 A QUESTÃO SOCIOAMBIENTAL

As estruturas sociais e econômicas que compõem a sociedade contemporânea, na análise de Capra (2006, p.153), evidenciam como a nova economia fundada no modo capitalista de produção transformou profundamente as relações sociais entre o capital e o trabalho. Para o autor, apesar de essa nova economia haver trazido benefícios, teve efeitos sociais desastrosos, inclusive agravando a pobreza e a exclusão social (Capra, 2006, p. 154-156), asseverando, ainda, que:

A destruição do meio ambiente natural também caminha com o fim do modo de vida tradicional e auto-suficiente das comunidades rurais: propaganda do estilo de vida ocidental é veiculada em todo o mundo, sem o menor esclarecimento. (Capra, 2006, p. 158-159)

Assim, mostra-se que a economia, apesar de suas benesses também traz sua face nefasta, de distribuição de conseqüências negativas, ao ser humano e ao ambiente natural, inclusive a desagração do meio ambiente e do *modus vivendi* das comunidades que mantêm modo de vida tradicional.

⁶ Entre as medidas já propostas, destacam-se: deep ecology (ver Ost, 1995, p. 13); contrato natural (ver Serres, 1994), ecossocialismo (ver Löwy, 2005); a idéia de desenvolvimento sustentável (ver Sachs, 2004) e a instituição de instrumentos econômicos e de mercado para suavizar os efeitos negativos da ingerência do ser humano sobre os recursos naturais.

As consequências negativas advindas do modo de produção da racionalidade moderna ocidental e da ideia de globalização demandam uma nova forma de trato com o meio ambiente, o que poderia ocorrer, pela via da reestruturação do capitalismo conforme demonstra Fritjof Capra. Para o autor, a reestruturação do capitalismo é defendida até mesmo por alguns “capitalistas esclarecidos” que, depois de “ganhar rios de dinheiro”, começam agora a se preocupar com a natureza e o enorme potencial destrutivo do atual sistema, até mesmo porque, o ressentimento contra a globalização está crescendo rapidamente em todas as partes do mundo (Capra, 2006, p. 167).

Um dos movimentos que se contrapõem a esses processos destrutivos, movidos por este ressentimento sobre o qual argumenta Capra, é o chamado socioambientalismo que, no Brasil, começa a ser verificado a partir dos anos 80 a partir da associação entre movimentos ambientalistas com os movimentos sociais ligados à questão do meio ambiente, conforme explica Santilli (2005, p.34):

O socioambientalismo foi construído com base na ideia de que as políticas públicas ambientais devem incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental. Mais do que isso, desenvolveu-se com base na concepção de que, em um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade estritamente ambiental – ou seja, a sustentabilidade de espécies, ecossistemas e processos ecológicos – como também a sustentabilidade social – ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e equidade. Além disso, o novo paradigma deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental.

Esse processo, no Brasil teve a redemocratização, por meio da Constituição de 1988, um marco essencial, para seu desenvolvimento, uma vez que se nota a emergência de distintos movimentos sociais, que reivindicavam seus direitos, como por exemplo, o movimento indígena em prol da demarcação de suas terras; os trabalhadores pleiteando direito à greve; e os trabalhadores rurais defendendo a necessidade de reforma agrária (Santilli, 2005, p. 56).

Portanto, nota-se que a reivindicação de direitos socioambientais possui um cunho marcadamente de defesa de direitos coletivos ou difusos (a exemplo das questões sociais em geral e da problemática ambiental, que incide diretamente sobre a vida em sociedade), além de fomentar o debate a respeito da diversidade sociocultural que precisa ser considerada para a institucionalização de políticas públicas. Dessa forma, pensar em direitos socioambientais remete, necessariamente, ao respeito às diversas formas de organização social, fomento à democracia e, finalmente à necessidade de mudanças na gestão dos recursos naturais em face dos fatores negativos advindos do modo de produção atual, sendo que a Constituição de 1988, como se nota, acabou refletindo as demandas da sociedade, marcando-as na Carta Magna brasileira.

A preocupação com a questão socioambiental e em especial quanto às mudanças climáticas é tema recorrente desde os debates internacionais⁷ a respeito até os âmbitos sociais mais elementares, tanto que, por conta desses valores incutidos na so-

⁷ Entre os documentos e discussões internacionais mais relevantes ao tema destacam-se: Conferência de Estocolmo (1972), Relatório Brundtland (1978) Conferência do Rio de Janeiro (1992), Protocolo de Quioto (1995) e reuniões posteriores, os Relatórios do IPCC (Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas) dentre outros.

cidade através dessas discussões internacionais é que se foram construindo princípios implementados no direito interno brasileiro, a exemplo dos princípios do acesso aos recursos naturais, prevenção, precaução, reparação, informação, participação, obrigatoriedade da intervenção do poder público, e poluidor-pagador, por exemplo.

José Eli da Veiga, ao abordar o problema da emergência socioambiental, usa a ilustração de um martelo: o instrumento é composto por duas partes (o cabo e a cabeça), sendo que esses dois elementos quando separados não podem exercer as funções de um martelo com um mínimo de eficiência (Veiga, 2007, p. 112). Analogamente, social e ambiental não poderiam exercer a manutenção da vida caminhando em separado: “A emergência se origina por meio das novas relações (interações) dos componentes previamente desconectados”.

Assim, nota-se que as crises advêm justamente dessa separação entre elementos indissociáveis, que geram a necessidade de uma revisão de condutas:

Nesse sentido a ideia de crise surge quando as novas estruturas sociais impõem, através de seus modelos de aspirações e condutas, sentimento de desconforto para as configurações anteriores e forcem a elevação do patamar de embaraço para níveis não mais sustentáveis, independente de motivações racionais apriorísticas. (Machado, 2007, p. 01)

Tendo em vista a necessidade de reestruturação das estruturas sociais, o autor destaca como medidas concretas para tornar possível a ideia da sustentabilidade: a) superar a percepção da natureza uniforme; b) reconhecimento dos diferentes atores sociais que devem participar do processo, legitimados por referenciais científicos baseados em marcos conceituais unificadores; c) evitar generalizações inviáveis e d) sair do

âmbito da discussão do “dever ser”, para o “ser”. (Machado, 2007, p. 27)

Portanto, inegável a necessidade de trabalhar a chamada crise ambiental⁸ em conjunto com as conseqüências causadas à sociedade como um todo, especialmente aquelas que sofrem as conseqüências negativas do modelo de desenvolvimento atual, valorizando os aportes produzidos pela ciência a fim de tornar possível a união entre social e ambiental.

2.2 IDEIA-ORIGEM E BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO

O princípio do protetor-recebedor consiste em novo princípio que já integra o Direito Ambiental. Sua idealização adveio, primeiramente, do pensamento inverso àquele que se observa no princípio do poluidor-pagador: se aquele que degrada os recursos naturais deve pagar pelos custos de sua recuperação, prevenção e reparação, incorporando as externalidades ocasionadas por sua atividade poluidora, de igual forma, aqueles que concorrem

⁸ O tema “crise ambiental” já vem sendo estudado de maneira mais intensa e preocupada a partir de meados do século XX, porém suas causas preponderantes remontam à Revolução Industrial, quando se passou a alterar a produção e o consumo de maneira mais agressiva, gerando um desequilíbrio na relação entre sociedades humanas e natureza. As conseqüências da crise são observadas na forma de poluições diversas, perda da biodiversidade, degradação dos habitats animais, do ambiente urbano, da perda de paisagens, da contaminação de alimentos, dos rejeitos das atividades de mineração, extremos climáticos e outros. Atualmente tem-se, nos informes do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, especialmente o texto publicado em agosto de 2021, perspectivas negativas sobre a superação dos problemas ambientais que vinha sendo buscada nas discussões em âmbito onusiano. Os estudos demonstram que os efeitos das mudanças climáticas antropogênicas são em grande parte irreversíveis, projetando um quadro de importante comprometimento da qualidade ambiental. Cf. em <http://ipcc/ch>.

para a manutenção desses recursos poderiam ser compensados através de instrumentos econômicos.

Silva (2009), ao explicar as bases do princípio do poluidor-pagador comenta que o princípio se origina nas teorias de Pigou e as correções de mercado - externalidades ambientais que deveriam ser internalizadas, de modo que o responsável arque com o custo socioambiental de suas atividades (Silva, 2009, p. 112). Tendo em vista essas bases, explica a autora, que a Declaração do Rio de 1992 incluiu em seu princípio 16 que:

o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem promover a internacionalização dos custos dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais (SILVA, 2009, p. 113).

Assim, em âmbito nacional e internacional é possível observar a construção do que hoje se denomina princípio do poluidor-pagador, diretamente relacionado à questão econômica, pois visa a incorporação das externalidades negativas às atividades desenvolvidas pelos poluidores, estando essa previsão resguardada, em âmbito nacional pelo art. 4º, VII da Lei que institui a Política Nacional de Meio ambiente, definindo-se a obrigação de indenizar ou reparar danos causados pelos poluidores, impedindo, portanto, que estes recaiam exclusiva e injustamente sobre a sociedade.

Assim, se em âmbito internacional e nacional é incontestável a obrigação de que o poluidor pague por haver ocasionado dano ao ambiente, a visão inversa (de que aquele que influencia positivamente a sua preservação seja recompensado economicamente) ainda busca consolidar-se no ordenamento jurídico brasileiro. De qualquer modo, já é possível extrair

esse ideário de algumas políticas públicas já implementadas nacionalmente, especialmente àquelas que instituem sistemas de Pagamento por Serviços Ambientais, que podem ser considerados como “instrumentos econômicos contratuais de tratamento da questão ambiental que visam estabelecer benefícios econômicos para atores sociais que se disponham a permitir o pleno funcionamento das funções ambientais ou ecossistêmicas, ou recuperem condições ambientais comprometidas” (Mamed, 2016, p. 137).

Os instrumentos de PSA nascem, portanto, da transformação da natureza em mercadoria para que seja inserida nos mercados e assim, regulada. A proposta nascida da economia ambiental de matriz neoclássica advém de uma ideia de preservação ambiental, de preocupação em como providenciar a continuidade do modelo econômico de exploração da natureza diante de um cenário de crise ambiental tão preocupante. No princípio do poluidor-pagador, a lógica é monetarizar o dano ambiental causado, para que o recurso gerado seja revertido em algum benefício social ou ambiental. No princípio do protetor-recebedor, por sua vez, vê-se a conversar de uma postura benéfica à natureza em benefício econômico, com uma função de evitar a sua ocorrência.

Ainda assim, nota-se a construção de argumentos na defesa de um instrumento que vise uma correção de mercado no sentido de compensar aqueles que proporcionam a continuidade dos benefícios gerados pelos ecossistemas, afinal, há também um custo para essa manutenção seja possível e tal custo não seria incorporado aos instrumentos econômicos, aumentando-se, assim, o que Coase (1960) chamou de custo social.

Assim, da mesma forma como se observa essa falha na absorção pelo mercado dos custos negativos externos (externalida-

des negativas), também se observa que “a sociedade falhou em criar instituições que internalizem os valores públicos utilizados para manter determinados ecossistemas intactos” (tradução livre) [Pattanayak et al, 2010, p. 254]. No caso das externalidades ambientais positivas, nota-se que é necessário um dispêndio de recursos para sua manutenção, ou mesmo, é possível pensar que para que determinado bem ambiental mantenha suas características naturais alguém deixa de aferir benefícios econômicos imediatos (alguém encontra-se privado de renda por manter culturas de baixo impacto ambiental). Nessa perspectiva, seria possível justificar a aferição de recursos em prol dos atores cujo modo de vida seja compatível com a manutenção desses ecossistemas, constituindo este argumento, portanto, em um dos fundamentos para políticas de Pagamento por Serviços Ambientais.

Ou seja, a manutenção de ecossistemas que geram serviços ambientais (que trazem benefícios além do próprio ecossistema) também poderia ser financiada (ou compensada) através de uma forma de uso de instrumentos econômicos que visam resguardar o interesse público. Isso poderia ser feito utilizando-se dos sistemas de Pagamento por Serviços Ambientais, que poderiam, inclusive, servir de instrumento de justiça socioambiental, uma vez que procuram incluir economicamente aqueles que não têm participação no mercado, mas são responsáveis pela existência de benefícios advindos dos ecossistemas que representam ganho econômico (com a ausência de problemas ambientais de custosas soluções) e de qualidade de vida.

Assim, vê-se que a instituição do princípio em estudo em instrumentos concretos de proteção ao meio ambiente pode ser interessante, sempre que se respeitem os direitos socioambientais correlatos e não sirvam apenas de um mecanismo de mercado

que não traga benefícios concretos para o meio ambiente e para as sociedades humanas.

2.3 DEFINIÇÕES NECESSÁRIAS

Tendo em vista que na literatura disponibilizada sobre o tema há inúmeras abordagens, serão trazidos neste trabalho aquelas que possuem uma maior vinculação à questão do princípio em si.

Nesse sentido, Furlan (2010, p.191), considera que o princípio do protetor-recebido consiste em que “quem conserva deve receber um pagamento”, ou seja, quem presta ou contribui para um benefício ambiental deve ser de alguma forma recompensado, ao menos pelos custos que teve de suportar”.

Desta conceituação mostra-se presente a ideia geral de que “quem conserva deve receber”, no entanto, resta o questionamento a respeito de quem “presta” ou “contribui” para um benefício que não é gerado por um agente em si, mas pelo meio ambiente, demandando-se, portanto, um esclarecimento, bem colocado por Plaza e Santos (2010, p.1515):

(...) o termo serviços ambientais é utilizado para designar alguns serviços prestados pelos ecossistemas com ou sem interferência humana, para benefício do equilíbrio do planeta (incluindo o ser humano). Nesse raciocínio, depreende-se que quem presta serviços é o meio ambiente e não o homem, pois continuaria prestando serviços ambientais com ou sem a interferência humana.

Verificada a impropriedade dessa definição comum para os “serviços ambientais”, o que se mostraria mais adequado, no caso, poderia ser a substituição de termos por algo equivalente a “aquele que permite a continuidade de existência das condições necessárias para que os benefícios ambientais sejam mantidos”.

Nesse sentido, partindo do ponto de vista dos atores passíveis de receber benefícios de acordo ao que preceitua o princípio, contribui Ribeiro (2011) postulando que:

aquele agente público ou privado que protege um bem natural em benefício da comunidade deve receber uma compensação financeira como incentivo pelo serviço de proteção ambiental prestado. O Princípio Protetor-Recebedor incentiva economicamente quem protege uma área, deixando de utilizar seus recursos, estimulando assim a preservação.

Neste comentário, observam-se mais dois elementos interessantes: a) o beneficiário pode ser agente público ou privado e b) relaciona-se o princípio do protetor-recebedor à ideia de compensação financeira. No entanto, a conceituação preceitua a ausência de uso dos recursos. No entanto, parece importante ressaltar que a preservação dos recursos não necessariamente deve implicar na total ausência de seu uso. Sobre essa premissa equivocada a respeito da preservação ambiental, há que se ponderar que os povos indígenas e as populações tradicionais sobrevivem do uso de recursos naturais, sem que isto implique necessariamente em degradação ambiental.

Por outro lado, mostra-se um uso adequado de termos quando determina “agente público ou privado que protege um bem natural”, compatível com a ideia de que o ser humano não é o responsável pelo fornecimento direto de benefícios advindos do meio ambiente, mas sua conduta, abstendo-se de agir de modo ofensivo ao equilíbrio ambiental ou mesmo agindo positivamente, protegendo e fornecendo condições de sua manutenção.

Finalmente, importa destacar que o princípio tem encontrado lugar, também, no que tange à proteção internacional do meio ambiente, considerando-o como o avesso do princípio do poluidor-pagador:

O conhecimento científico da interdependência dos elementos que fazem parte do meio ambiente conduz as relações internacionais a levarem em conta o meio ambiente não como conjunto de elementos estanques, mas como um todo cuja harmonia depende de uma gestão integrada. Assim, outra face desse princípio é a do protetor-recebedor, que ilustra a necessidade de compensar aqueles que protegem o meio ambiente. (Silva, 2009, p. 113)

A autora, como se vê, destaca a função social que o princípio pode prestar. No entanto pondera que muitas questões ainda devem ser objeto de cautela quando se analisam esses mecanismos, como os cálculos de serviços ambientais, independência das populações em relação ao fundo financeiro recebido, e reflexões que relacionem o tema a possíveis formas de colonialismo, sendo fundamental nesse processo a transparência dos mecanismos (Silva, 2008, 114).

Destarte, há que se pensar, ainda, se é possível a construção de um princípio do protetor-recebedor de forma coerente, justa, democrática e considerando-se as questões axiológicas. Nesse sentido, cabe questionar: a idéia de preservação ambiental por meio de sistemas de Pagamento por Serviços Ambientais encontra subsídios (considerando-se uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro) a ponto de poder ser considerada um princípio? Se a resposta for positiva, em que sentido de princípio poderá este valor ser considerado?

3 SUBSÍDIOS LEGAIS PARA O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO NO ÂMBITO NACIONAL

Observando-se os pressupostos até o momento apresentados é possível inferir que esses devam ser compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico, segundo a qual “igualmente, em sua funcionalidade, os princípios

justificar-se-iam por emprestar solidez (amálgama) e coerência ao sistema, ou mesmo por permitir a própria identificação deste” (Rothenburg, 2003, p. 51).

Tal interpretação, nada mais quer dizer do que a necessidade de que o princípio, para assim ser considerado, deve encontrar reflexos em todo o ordenamento jurídico, de forma com que seja possível verificar a coerência de todo o sistema. Esta ideia, em poucas palavras, poderia ser traduzida de forma que o princípio pudesse ser entendido como o fio que alinhava todo o ordenamento, constituindo-se um “mandamento de otimização” pelo qual o Direito deveria se nortear. Assim, cabe uma breve análise a respeito dos reflexos contidos na legislação brasileira, a fim de verificar a existência de elementos que corroborem a idéia trazida pelo princípio ao Direito pátrio (Mamed, 2012).

Primeiramente, a título didático, cumpre ressaltar o destaque que a Constituição Brasileira vigente imprime à questão do meio ambiente. Note-se que, acompanhando os movimentos internacionais voltados à questão ambiental, a Constituição Brasileira de 1988 é a primeira na história nacional a utilizar a expressão “meio ambiente”. Trazendo esse precedente histórico é que Machado (2009) lembra que a Emenda Constitucional 1/1969 no Brasil utiliza, pela primeira vez no texto constitucional, a expressão “ecológico”, estabelecendo para o artigo 172 a seguinte redação: “A lei regulará mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do governo” (Machado, 2009, p. 126). O autor, inclusive, interpreta este fato como um sinal pro-

missor ocorrido antes da Conferência de Estocolmo de 1972⁹ e considera um grande avanço a proibição constitucional do recebimento de incentivos e auxílios para aqueles que degradassem o solo (Machado, 2009, p. 128). Nota-se, portanto a importância do dispositivo citado, tendo em vista que já determinava a possibilidade de recebimento de incentivos e auxílios para aqueles que não degradassem os recursos naturais.

Não obstante o fato de esta previsão haver sido excluída da Constituição de 1988, esta ficou conhecida pelo destaque inédito que dispendeu à questão ambiental, tratando-a no artigo 225, da seguinte forma: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (Brasil, 1988). Este dispositivo demonstra o direito a um meio ambiente equilibrado e demonstra a quem pertence a responsabilidade para concretizá-lo. Neste caso, claro se mostra que a responsabilidade é de titularidade tanto do Poder Público, quanto da coletividade, que devem atuar conjuntamente para lograr este objetivo.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está diretamente relacionado a outros direitos estabelecidos constitucionalmente, em especial, àqueles previstos no artigo

⁹ A referida Conferência é considerada um marco na construção do Direito Ambiental, pois foi a primeira grande conferência realizada com a finalidade de discutir a questão ambiental como tema central. A necessidade de limitar o desenvolvimento do ponto de vista econômico por conta dos problemas ambientais teve grande destaque, sendo o grande desafio discutido. Ademais, “a Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano contém 26 princípios endereçados prioritariamente aos governos locais e nacionais e à cooperação internacional, podendo ser entendida como uma extensão da Carta das Nações Unidas de 1945” (Barbieri, 2020, p. 25).

3º da Carta Magna¹⁰, relacionados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades sociais. Nesse sentido, para fazer possível esse objetivo constitucional, não há que se descuidar das questões sociais envolvendo desenvolvimento, economia e justiça, demonstrando-se as complexas relações compostas desses elementos, quando se trata de matéria ambiental.

O recente Acordo de Escazu (2018) também colabora nesse sentido, ao trazer de forma textual, pela primeira vez em um tratado internacional, a necessidade de defesa dos direitos humanos em questões ambientais. Em seu artigo 9, “2” se determina:

Cada Parte tomará as medidas adequadas e efetivas para reconhecer, proteger e promover todos os direitos dos defensores dos direitos humanos em questões ambientais, inclusive o direito à vida, integridade pessoal, liberdade de opinião e expressão, o direito de reunião e associação pacíficas e o direito a circular livremente, bem como sua capacidade de exercer os direitos de acesso, levando em conta as obrigações internacionais da Parte no âmbito dos direitos humanos, seus princípios constitucionais e os elementos básicos de seu sistema jurídico.

A previsão trazida busca efetivar a necessária justiça ambiental, de modo que as medidas tomadas devem assegurar o direito dos agentes que protegem o meio ambiente, inclusive no que se refere ao acesso aos recursos naturais. Esta observação se faz oportuna em razão de que alguns instrumentos que aplicam o princípio do protetor-recebedor acabam por violar certos

¹⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

direitos socioambientais das pessoas. Em projetos de Redução de Emissões decorrentes de Desmatamento e Degradação Florestal (REDD+, na sigla em inglês), por exemplo, é comum encontrar contratos que inviabilizam qualquer acesso das comunidades aos recursos naturais das terras que habitam em troca do benefício econômico a ser recebido. Portanto, as atividades essenciais ao modo de vida comunitário ficariam prejudicadas: cortar lenha, realizar caça de subsistência, coleta de produtos e outras atividades tradicionais e sustentáveis podem ser proibidas (Cf. Mamed, 2016).

Assim, como grande desafio para a implementação do princípio, tem-se a sua compatibilização com os direitos socioambientais *pari passu* com os direitos econômicos, o que se mostra uma aspiração possível, uma vez que a própria Constituição, no artigo 170, vincula os direitos econômicos aos objetivos de proporcionar existência digna, conforme os ditames da justiça social.

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:

(...)

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 (grifo nosso).

Mais uma vez, vê-se imbricados os valores de existência digna, justiça social de defesa do meio ambiente. Dessa forma, a preocupação do constituinte em outorgar ao meio ambiente o mais alto grau de proteção que se pode obter em âmbito de direito interno, incluindo, ainda, a defesa do meio ambiente como objetivo a ser visado através da atividade econômica. Inclusive, para tanto, prevê o tratamento diferenciado conforme o impac-

to ambiental dos produtos e serviços postos à disposição dos cidadãos, o que denota a interferência pretendida pelo Estado visando estabelecer um nível de tutela ambiental mais próxima do ideal possível.

Assim, como se observa, as políticas ambientais necessitam de uma sólida e exequível base econômica da mesma forma como não é possível pensar políticas econômicas sem que se pense nas conseqüências que elas podem acarretar no meio ambiente. O dispositivo constitucional, portanto, reconhece o papel fundamental dos instrumentos econômicos na defesa do meio ambiente.

Também é possível observar na Lei 6. 938/1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente a valorização de instrumentos econômicos, cujas bases remetem à lógica propugnada pelo princípio do protetor-recebedor. Dentre as disposições da lei, encontra-se o artigo 14, incisos II e II, que prevêm a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito como sanção administrativa, que podem ser caracterizados como benefícios econômicos.

No artigo 9º, inciso V da mesma lei nota-se, ainda os incentivos à produção e instalação de equipamentos e criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental. Ou seja, nota-se uma busca pela instituição de benefícios financeiros àqueles que se utilizam de mecanismos de produção da economia que tragam o mínimo de impacto ao meio ambiente. Trata-se de exemplos claros do recebimento de vantagens em contrapartida a condutas que permitam ao meio ambiente a manutenção de seus serviços.

Nesse sentido, interessante apontar que a idéia dos princípios do poluidor-pagador e do protetor-recebedor encontra-se pre-

sente na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000), de forma explícita, nos artigos 47 e 48:

Art. 47. O órgão ou empresa, público ou privado, responsável pelo abastecimento de água ou que faça uso de recursos hídricos, beneficiário da proteção proporcionada por uma unidade de conservação, **deve contribuir financeiramente para a proteção e implementação da unidade**, de acordo com o disposto em regulamentação específica.

Art. 48. O órgão ou empresa, público ou privado, responsável pela geração e distribuição de energia elétrica, beneficiário da proteção oferecida por uma unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para a proteção e implementação da unidade, de acordo com o disposto em regulamentação específica. (grifo nosso)

Como é possível observar, há a previsão de pagamento pelo uso e recebimento de vantagem financeira para aquele que protege o recurso. Neste caso, o titular legitimado a receber os benefícios pretendidos pelo princípio do protetor-recebedor seria o órgão público responsável pela Unidade de Conservação. No entanto, a instrumentalização deste dispositivo fica comprometida pelo fato de que o Decreto 4.340, (Regulamenta artigos da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), e dá outras providências), que deveria regular os artigos 47 e 48 não especifica de que forma ocorrerá essa contribuição financeira.

Por fim, cabe citar o reconhecimento expresso do princípio na recente Lei n. 14.119 de 13 de janeiro de 2021, que institui a Política Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais (PNSA). Na novel legislação o princípio é citado no artigo 5o, I,

que determina a sua observância (sob a nomenclatura de “provedor-recebedor¹¹”) como parte das diretrizes da PNSA.

O “provedor” também assume o lugar de destaque na referida lei, sendo definido como “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou grupo familiar ou comunitário que, preenchidos os critérios de elegibilidade, mantém, recupera ou melhora as condições ambientais dos ecossistemas”, conforme o artigo 2o, d, VI. Deste modo, a legislação denomina como “provedor” as pessoas que permitem a continuidade dos serviços ambientais e não a natureza que efetivamente provê os benefícios.

Desta forma, nota-se um esforço no sentido de integrar ao ordenamento jurídico, elementos que agreguem as necessidades sociais e que sejam economicamente viáveis, como a utilização do princípio objeto deste estudo. No entanto, há ainda que serem observados os aspectos teóricos relativos às políticas que envolvam valoração do meio ambiente, pois, nesse sentido, há questões de fundo que não podem ser ignoradas, vez que possuem influência substancial na natureza e na sociedade.

Assim, observa-se a existência de uma construção do princípio do protetor-recebedor, iniciada no campo internacional e inserida no ordenamento jurídico brasileiro. Como foi possível observar, há subsídios históricos e legislativos para que este seja considerado como um princípio estável no ordenamento pátrio, devendo ser considerado, portanto, uma norma jurídica válida. Não obstante, é interessante que o princípio seja interpretado considerando uma visão integral do ordenamento nacional e internacional, de forma coadunada aos direitos socioambientais

¹¹ Discordamos da utilização do termo, uma vez que não são as pessoas que efetivamente “provêem” os serviços ambientais, e sim a natureza. Mais adequado seria usar o termo “protetor” mesmo.

e econômicos que, na Constituição Federal de 1988, se inclinam à busca por uma sociedade livre, justa, solidária e sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na busca por soluções às intempéries causadas pelo esgotamento dos recursos naturais, muitas alternativas vem sendo construídas sob o discurso de frear a crise ambiental, latente na contemporaneidade. A construção do princípio do protetor-recebedor nasce desse esforço, numa vertente da economia ambiental neoclássica, que visa inserir os elementos da natureza nas redes de mercado para, através dele, regular a sua disponibilidade e, em tese, controlar a sua degradação.

Em que pesem as limitações óbvias que decorrem dessa racionalidade, a construção de mecanismos baseados nesse modo de ver a natureza é uma realidade com a qual as sociedades humanas precisam lidar. Portanto, a regulação jurídica acerca de como os mecanismos serão utilizados é algo que precisa estar bem posta nas leis e na literatura a respeito do tema.

O princípio do protetor-recebedor, como se vê, vem sendo construído ao longo dos anos e se vinculando às propostas onusianas, sendo tratado no campo internacional e também na literatura nacional sobre o tema, exprimindo, ainda, uma vontade social de que os problemas ambientais sejam enfrentados.

Não obstante, é necessária atenção para que o princípio não seja utilizado para subsidiar instrumentos que, apesar de serem pensados no marco da sustentabilidade, não observam direitos socioambientais e econômicos numa perspectiva integral, prejudicando pessoas que possam estar envolvidas, em especial

povos indígenas e comunidades tradicionais, em razão de sua vinculação com a terra e com os elementos naturais.

Destarte, é preciso considerar que o princípio do protetor-recebedor já é parte do ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido acolhido, inclusive pela Política Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais. Há, portanto, que interpretá-lo e aplicá-lo em conformidade com a justiça social devida aos verdadeiros protetores da natureza, preconizando a proteção do meio ambiente natural e pelo respeito os direitos socioambientais vinculados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBIERI, J. C. Desenvolvimento sustentável: das origens à Agenda 2030. Petrópolis: Vozes, 2020.

CAPRA, Fritjof. As conexões ocultas. São Paulo: Cultrix, 2006.

COASE, Ronald H. The problem of the social cost. Chicago: Journal of law and economics, 1960.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CUNHA, Manoela Carneiro. Povos Tradicionais têm um pacto com o meio ambiente. Disponível em: <<http://www.ispn.org.br/entrevista-com-manuela-carneiro-da-cunha/+povos+tradicionais+conceito&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20/07/2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. Por um direito comum. Tradução Maria Hermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. Hermenêutica filosófica em Hans-Georg Gadamer: a contribuição dos princípios. In: CARVALHO, Janete Magalhães e FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti (Coord.).

Discursos introdutórios na ciência do Direito. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

FURLAN, Melissa. Mudanças climáticas e valoração econômica da preservação ambiental: o pagamento por serviços ambientais e o princípio do protetor-recebedor. Curitiba: Juruá, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre a facticidade e validade. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 4ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LÖWY, Michael. Ecologias e Socialismo. São Paulo: Cortez, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAMED, D. O. O princípio do protetor-recebedor na proteção de águas e florestas: uma discussão em torno dos sistemas de Pagamentos por Serviços Ambientais. Dissertação de mestrado. Manaus: Universidade do Estado do Amazonas, 2012.

MAMED, D. O. Pagamentos por Serviços Ambientais e mercantilização da natureza na sociedade moderna capitalista. Tese de Doutorado. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2016.

MARÉS, Carlos Frederico. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3ed. Curitiba: Juruá, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

OST, François. A natureza à margem da Lei: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PATTANAYAK, Sbhender K.; WUNDER, Sven; FERRARO, Paul J. Show me the money: do payments supply environmental services in developing countries? Environmental economics and policy. v. 4. Issue 2, Summer 2010.

PIGOU, Arthur Cecil. La economía del bienestar. Madrid: M. Aguilar Editor, 1946.

PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila e SANTOS, Nivaldo. O mecanismo de Pagamento por Serviços Ambientais e a discussão sobre a possível incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. 2 Tiragem. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica da diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SERRES, Michel. Contrato natural. Piaget: Lisboa, 1990.

SILVA, Solange Teles. O direito ambiental internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SILVA, Solange Teles. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATTIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VEIGA, José Eli. A emergência socioambiental. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.

2

A INTEGRIDADE DO DIREITO E OS ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE INTEGRITY OF LAW AND THE INTERPRETATIVE STATEMENTS OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Guilherme César Pinheiro

Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS), bem como bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Professor de Direito Processual Civil e Prática Jurídica da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG), unidade Diamantina. Advogado atuante.
Contato: guilhermepinheiro.adv@hotmail.com

RESUMO

O artigo objetiva problematizar a legitimidade de enunciados interpretativos do Código de Processo Civil que se mostram contrários às propostas democratizantes do Código. A partir da compreensão do Direito como Integridade e da policentrismo processual, o artigo defende ser necessário respeitar os propósitos constitucionais do CPC/2015. Assim, o enunciado interpre-

tativo nº 13 da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho, 18ª Região e os enunciados interpretativos de números 01, 03 e 04 da ENFAM mostram-se ilegítimos, justamente porque negam aplicação adequada a duas das principais bases constitucionais do CPC/2015: dever de fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais e contraditório como garantia de influência e não surpresa.

Palavras-chave: Direito como Integridade. Policentrismo Processual. Fundamentação das decisões judiciais. Princípio do Contraditório.

ABSTRACT

The article aims to problematize a legitimacy of interpretative statements of the Code of Civil Procedure that are contrary to the democratizing proposals of procedural legislation. From the understanding of Law as Integrity and the procedural polycentrism, the article argue that it is necessary to respect the constitutional purposes of CPC/2015. Thus, the interpretative statement nº 13 of the Judicial School of Regional Labor Court, 18th Region and the interpretative statements of numbers 01, 03 e 04 of ENAFAM prove to be illegitimate, precisely because they deny adequate application to two of the main constitutional bases of the CPC/2015: the obligation of reasoning of judicial decisions and the contradictory as guarantee of influence and not surprise.

Keys-Word: Law as Integrity. Procedural polycentrism. Reasoning of judicial decisions. Contradictory principle.

01. INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil brasileiro passa por momento bastante peculiar na sua história, em razão da aprovação e sanção da Lei nº. 13.105/2015: CPC/2015. O primeiro Código de Processo Civil votado e aprovado após a instituição do Estado Democrático de Direito pela Constituição de 1988.

O primeiro Código de Processo civil do Brasil foi promulgado pelo Decreto-Lei nº. 1.608/1939, durante o Estado Novo de Getúlio Vargas, e sequer passou por trâmite legislativo que possibilitasse sua discussão pela comunidade jurídica. Francisco Campos, então Ministro da Justiça, nomeou comissão para elaboração de projeto de Código de Processo Civil composta pelos seguintes juristas: Álvaro Berford, Edgar Costa, Goulart de Oliveira, Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continetino e Pedro Batista Martins. Porém, em razão de divergências ocorridas na aludida comissão, Pedro Batista Martins apresentou trabalho solo ao Ministro da Justiça Francisco Campos, que mandou publicá-lo, com a finalidade de receber críticas e sugestões. Contudo, o texto final baseou-se no labor solidário de Pedro Batista Martins, contado apenas com revisão de Guilherme Estelina, este auxiliado por Abgard Renault e pelo próprio Francisco Campos (MADEIRA, 2016, p. 212), (MAZZEI, 2015, p. 44-47) e (REICHELTL, 2018 p. 76-77).

O segundo Código de Processo Civil brasileiro – CPC/1973 – tramitou legislativamente, parcialmente, durante o regime da ditadura militar. Sua aprovação pelo Congresso Nacional ocorreu ao tempo em que o General Garrastazu Medici governava o Brasil, mas sua elaboração começou antes da ditadura militar. No ano 1961, Jânio Quadros, ao assumir a Presidência da República, determinou que os códigos brasileiros fossem revisados, conferindo a Alfredo Buzaid a incumbência de revisar ou elaborar o de processo civil, quem, três depois, especificamente em 08/01/1964, entregou ao Governo anteprojeto de novo Código de Processo Civil (BRÊTAS, 2018, p. 121, nota de pé-de-página nº 58) e (PRATA, 1989, p. 4-6).

O texto do anteprojeto do CPC elaborado por Alfredo Buzaid foi intensa e extensamente debatido no Congresso Nacional de Direito Processual Civil, em abril de 1965, organizado para essa específica finalidade e realizado na cidade de Campos de Jordão. No evento, durante uma semana, professores e representantes da advocacia, magistratura e Ministério Público discutiram e votaram inúmeras emendas, as quais foram encaminhadas à Comissão Revisora, nomeada, em 1969, pelo Governo e composta por José Frederico Marques, Luiz Machado Guimarães e Luiz Antônio de Andrade, além de contar com ativa participação de José Carlos Barbosa Moreira. Em 11 de janeiro de 1972, foram encaminhadas a Alfredo Buzaid, época em que já ocupava o cargo de Ministro de Justiça, sugestões aprovadas pela referida Comissão Revisora, as quais, em sua maior parte, restaram rejeitadas. Meses depois, finalmente, foi encaminhado Projeto de Lei ao Congresso Nacional, onde tramitou sob o regime especial de urgência, o que não o impediu de receber 483 emendas e 26 subemendas, na Câmara dos Deputados, e 674 emendas, no Senado Federal. Concluída a votação no Legislativo, o texto aprovado foi enviado à Presidência da República, que o sancionou sem vetos (PRATA, 1989, p.4-6) e (BARBI, 1988, p. 1-5).

A cientificidade, excelência técnica e a influência das concepções de Enrico Túlio Liebman são as marcas características do Código de Processo Civil de 1973. Todavia, além de ter sido produzido durante a ditadura militar, referido código sempre se mostrou distante, por óbvias razões históricas, das garantias constitucionais do processo (MADEIRA, 2016, p. 212) e MAZZEI, 2015, p. 44-47).

O CPC/2015 é, portanto, emblemático por pelo menos um motivo especial: todo o seu trâmite legislativo ocorreu durante a vigência do regime democrático inaugurado pela Constituição

brasileira de 1998. Por isso, centenas de livros, congressos, seminários, simpósios, cursos de atualização e pós-graduações estudam e discutem o seu texto desde 2009, quando uma comissão de notáveis juristas se reuniu para elaborar o seu anteprojeto. Desde então há grande expectativa de que o CPC/2015 contribua sobremaneira para imprimir nova racionalidade à aplicação do Direito brasileiro, que seja consentânea aos preceitos constitucionais, embora se reconheça que a novel legislação não solucionará todos os problemas da prática jurídica (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 397).

O momento exige muita reflexão para que o CPC/2015 seja realmente compreendido com “novo” código capaz de inovar na racionalidade de aplicação do Direito e que os erros cometidos sob a égide do CPC/1973 não sejam repetidos, notadamente aqueles relacionados ao protagonismo judicial.

Entretanto, já se constata sinais de que a nova legislação pode vir a não produzir um de seus efeitos mais esperados: criar espaço procedimental de construção participada das decisões judiciais, sem protagonismos das partes (e de seus procuradores) nem dos magistrados, de forma a assegurar que os destinatários dos provimentos jurisdicionais sejam também seus coautores, ao lado dos magistrados. Isso porque desde a sanção do CPC/2015, em 16 de março de 2015, quando iniciou o seu período de *vacatio legis*, de 01 ano, alguns enunciados interpretativos de seu texto foram divulgados, mostrando-se contrários aos propósitos constitucionais da nova legislação processual civil.

Nesse contexto, este texto pretende problematizar alguns enunciados interpretativos¹ do CPC/2015 e demonstrar de que

¹ Ver interesse discussão travada por Eduardo José da Fonseca Costa, Glauco Gumerato Ramos e Marco Paulo Denucci Di Spirtio, na coluna “Direito ao

maneira eles violam a integridade e coerência do Direito e, portanto, são carecedores de legitimidade democrática. Serão objeto de análise apenas quatro enunciados interpretativos, porque dizem respeito a duas das principais conquistas do CPC/2015, no que pertinente a viabilização de espaço procedimental discursivo de aplicação do Direito. Tais conquistas dizem respeito às expressas recepções dos princípios do contraditório como garantia de influência e não surpresa (artigo 9º e 10)² e do dever de fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais (artigo 489 § 1º e incisos)³.

ponto” da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro) (COSTA, et al., 2016, p. 219-230).

² Art. 9º-Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

³ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º-Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Para tanto, adota-se como marco de reflexão a teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2007), bem como a noção de comparticipação e policentrismo processual, que fornece boa chave de leitura do CPC/2015 baseada na Constituição brasileira (THEODORO JÚNIOR et al., 2016). As enunciações teóricas a respeito do processo constitucional brasileiro (BRÊTAS, 2018) (BARACHO, 2007, p. 47) e do modelo constitucional de processo (ANDOLINA e VIGNERA, 1997) são também referenciais teóricos para as reflexões que serão realizadas ao longo deste texto.

Em síntese, este texto procurará demonstrar de que maneira enunciados interpretativos do CPC/2015 violam a integridade do Direito, sempre que atribuírem sentido normativo contrário aos propósitos constitucionais do texto legislativo referido.

02. BREVES NOÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE INTEGRIDADE DO DIREITO E A RELAÇÃO ENTRE A SUA DUPLA DIMENSÃO: É LEGÍTIMO QUE JUÍZES NEGUEM APLICAÇÃO (VIGÊNCIA) À LEI DEMOCRATICAMENTE VOTADA E APROVADA?

Antes de tudo, necessário fazer breve introdução à teoria do Direito como Integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin. Este autor oferece à comunidade científica teoria do Direito que visa a justificar a prática jurídica e, ao mesmo tempo, se adequa a ela. Propõe, então, uma concepção do Direito como integridade. E assim o faz a partir de críticas às concepções do convencionalismo – para quem o direito se restringiria a convenções pretéritas –, e do pragmatismo jurídico, que compreende o direito como programa instrumental voltado para o futuro (LAGES, 2001, p. 46). Logo, o Direito como integridade exige interligação

entre *presente*, *passado* e *futuro*, não no sentido de recuperar as intenções práticas daqueles que criaram suas regras explícitas. O que se pretende, ao invés disto, é explicitar a justificativa de sua criação (enunciação) na história geral da comunidade política. E essa história requer que se consolide que a prática atual possa organizar-se, assim como justificar-se por princípios, os quais podem oferecer futuro melhor para a comunidade:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o atual direito, os ideais e objetivos práticos dos políticos que o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2007, p. 274).

Nesse contexto, imprescindível destacar que o Direito é regido pelo princípio da integridade, que possui dúplice dimensão: uma legislativa; outra jurisdicional, de forma a viabilizar a construção de sistema coerente de Direito, o que exige olhar para a história institucional da comunidade política. Ronald Dworkin explica que o ideal de integridade política pode ser dividido em dois outros princípios: integridade na legislação e integridade na jurisdição. No primeiro caso, ao se instituírem novas leis, estas não de manter-se em coerência com os princípios do ordenamento jurídico. Já quanto à integridade na jurisdição, esta determina que a decisão judicial se mantenha coerente com a história institucional da comunidade política (DWORKIN, 2007, p. 203).

José Emílio Medauar Ommati esclarece que o Direito como integridade exige que os legisladores criem normas como se elas fossem fruto de único autor: a comunidade personificada; por

consequente, exige-se também que os juízes interpretem essas normas a partir da ideia de que elas foram elaboradas pela comunidade personificada, a fim de garantir a integridade do Direito em face da história institucional da comunidade (OMMATI, 2013, p. 190).

Muito embora cada uma das duas dimensões da integridade do Direito – integridade na legislação e integridade na jurisdição –, possuam campos de incidência próprios, elas se relacionam no momento de aplicação do Direito, na medida em que se exige que *“os juízes devem conceber o corpo de normas que eles [juízes] administram como um todo, e não como um cenário de decisões discricionárias no qual eles [juízes] são livres para fazer ou emendar as normas, uma a uma, com um interesse meramente estratégico”* (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 121).

E é justamente no aspecto da relação entre a integridade legislativa e a integridade jurisdicional que reside o problema de enunciados interpretativos sobre o CPC/2015 que procuram *flexibilizar*, ou melhor, afastar a incidência de dispositivos normativo do aludido diploma legal. Isto porque, se o legislador, ao elaborar o CPC/2015 o fez respeitando a integridade do Direito brasileiro, não cabe ao Judiciário negar-lhe aplicação. Afirma-se que o CPC/2015 respeita a integridade do Direito porque o seu texto, de maneira geral, é consentâneo aos preceitos constitucionais de índole processual⁴, os quais formatam verdadeiro bloco aglutinante e compacto de normas jurídicas voltadas a salvaguarda dos Direitos Fundamentais arrolados na Constituição brasileira (devido processo constitucional) (BRÊTAS, 2018, p.

⁴ A conformidade constitucional do CPC/2015 é evidenciada sobremaneira nas suas normas fundamentais, as quais deixam bem clara a intenção de amarrar a interpretação de todo o código à Constituição (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 19-333).

172-173), isto é, traduzem-se em inarredável metodologia de garantia de Direitos Fundamentais (BARACHO, 2007, p. 119).

Exigir que o CPC/2015 seja aplicado não significa que se deve repetir e obedecer acriticamente ao seu texto. O que se pretende enfatizar é que num Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a não aplicação de lei, votada e aprovada democraticamente por representantes do povo, somente pode ocorrer por meio do controle de sua constitucionalidade. O que inclui as modernas técnicas ou decisões do controle de constitucionalidade judicial, designadas de sentenças intermediárias: interpretação conforme à constituição; declaração de nulidade parcial sem redução do texto; declaração de nulidade parcial com redução do texto, além de outras denominações que a literatura especializada atribui às decisões do controle de constitucionalidade das leis⁵.

Lênio Streck aprofunda mais no tema e arrola meia dúzia de hipóteses que autorizam a não aplicação de lei ou dispositivo legal democraticamente votado e aprovado pelo Legislativo. As hipóteses são: 1) quando declarar a lei ou ato normativo inconstitucional, seja por controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; 2) quando aplicar critérios de solução de antinomias: lei posterior revoga lei anterior, se aquela não for inconstitucional, lei superior revoga lei inferior, lei especial revoga lei geral; 3) quando utilizar da técnica de interpretação conforme à Constituição e fixar um sentido ao texto para adequá-lo à ordem constitucional, sem modificá-lo; 4) quando utilizar da técnica de

⁵ Quem tiver interesse em compreender melhor as técnicas ou decisões de controle de constitucionalidade pode consultar os seguintes textos que encontrarão informações importantes, esclarecedoras e seguras: (PINHEIRO, 2016); (MEYER, 2008); (SAMPAIO, *In*: SAMPAIO e SOUZA CRUZ, 2001, p. 159-194); (BAHIA, 2016, p. 102-133); (PINHEIRO, 2015, p. 1-38).

declaração de nulidade parcial sem redução de texto e limitar o âmbito de incidência do texto, sem alterá-lo; 5) quando utilizar da técnica de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, hipótese em que palavra ou expressões são excluídas do texto da lei ou ato normativo, a fim de manter a sua constitucionalidade; 6) quando for o caso de não aplicar uma regra em razão de um princípio:

Em suma: o que não podemos fazer é cumprir a lei só quando nos interessa. Explicitando isso de outra maneira, quero dizer que o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses: a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade

parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo. f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Conforme deixo claro em *Verdade e Consenso* (posfácio da terceira edição), é através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão, graças à integridade e a coerência, aplicação similar. Um exemplo basilar que ajuda a explicar essa problemática “regra-princípio” é o da aplicação da insignificância. Em que circunstância um furto não deverá ser punido? A resposta parece ser simples: quando, mesmo estando provada a ocorrência da conduta, a regra deve ceder em face da aplicação do princípio da insignificância (STRECK, 2010, p. 171-172).

Nesse quadro de ideias, indispensável sublinhar que a aplicação do CPC/2015 há de ser feita a partir da Constituição, de sorte que interpretações distorcidas e dissociadas de seus propósitos constitucionais sejam afastadas, sob a consequência de aplicação ilegítima do seu texto. A integridade do Direito requer que a legislação seja interpretada a partir de seus princípios – para além dos textos legais e despreocupada com as intenções dos legisladores.

Assim, aos sujeitos processuais (ou a quaisquer intérpretes do Direito) cabem desenvolver o que Dworkin chama de “atitude interpretativa”, que é constituída por dois componentes. O primeiro componente é o pressuposto de que não se aceita uma regra pela sua simples existência (positividade), mas sim

pelo interesse, propósito, finalidade ou princípio subjacente à regra. Em direito democrático, cumpre ressaltar, que qualquer interesse, propósito, finalidade ou princípio há de ser adstrito a fundamentos teórico-constitucionais. Em adição ao primeiro componente, o segundo é aquele que determina que o conteúdo normativo da regra passa a ser suscetível à finalidade, ao interesse, ao propósito ou ao princípio (fundamentos teórico-normativos) a ela subjacente, de modo que seus conteúdos sejam compreendidos (interpretados) a partir de seus fundamentos jurídico-constitucionais subjacentes. É isto que permite que seus significados possam ser atenuados, ampliados, limitados ou modificados, conforme aqueles (fundamentos jurídico-constitucionais subjacentes), deixando, então, de ser mecânico. Isto é, “não é mais *deferência espontânea uma ordem única*” (DWORKIN, 2007, p. 55-59).

Portanto, os enunciados teórico-constitucionais subjacentes ao texto legal são os verdadeiros fundamentos da interpretação jurídica, em decorrência de seus significados serem suscetíveis aos fundamentos teórico-constitucionais que subjazem ao texto legal. Há por detrás do texto da norma um princípio capaz de justificar sua aplicação de maneira legítima, de sorte a ser não suficiente apenas a posituação do texto legal.

Com isso, é necessário verificar se os enunciados interpretativos do CPC/2015 estão de acordo com os propósitos constitucionais do próprio código. A análise não pode limitar-se à leitura do texto do código, sendo imperioso interpretá-lo a partir da Constituição, com o objetivo de constatar se sua aplicação se mostra como a melhor para a construção do Estado Democrático de Direito brasileiro. Até porque, para Dworkin, o Direito suscita divergência de cunho teórico, a respeito dos fundamentos de uma lei ou de um precedente, de forma que juízes e advogados

possam discutir acerca da verdade ou falsidade de uma proposição jurídica. É imprescindível que o Direito apresente pretensão de correção aos conteúdos de suas leis e precedentes. A discussão entre advogados e juízes não pode restringir ao “ocorrido” ou à análise do repertório de leis ou decisões pretéritas (DWORKIN, 2007, p. 05-10).

03. ALGUNS ENUNCIADOS INTERPRETATIVOS DO CPC/2015 E INTEGRIDADE DO DIREITO

Consoante afirmado anteriormente, alguns enunciados interpretativos chamam a atenção da comunidade jurídico-científica, em geral, e dos processualistas, em especial, justamente pelo fato de contrariarem algumas das principias conquistas do CPC/2015. São elas: o contraditório como garantia de influência e não surpresa e o dever de fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais. Por conseguinte, contrariam também a Constituição brasileira em vigor.

Quais são esses enunciados? Por que eles contrariam a Constituição brasileira e negam vigência ao CPC/2015? Essas são as perguntas que nortearão este tópico e conduzirão a exposição das ideias se que pretende oferecer à comunidade científica com o presente texto.

3.1. Enunciado nº. 13 da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região e o Dever de Fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais

O primeiro enunciado interpretativo do CPC/2015 que causou perplexidade aos processualistas vem da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, na Primeira Jor-

nada sobre o Novo Código de Processo Civil. É o enunciado de número 13 e refere-se ao dever de fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais, que tem regulamentação no conteúdo normativo do inciso IV, do § 1º do artigo 489. Veja o texto do enunciado em comentário:

Enunciado n.º 13 – I Jornada sobre o Código de Processo Civil de 2015. AINDA QUE SE REPUTE POR CONSTITUCIONAL, REVELA-SE MANIFESTAMENTE INAPLICÁVEL AO PROCESSO DO TRABALHO O DISPOSITIVO DO NOVO CPC QUE EXIGE FUNDAMENTAÇÃO SENTENCIAL EXAURIENTE, COM O ENFRENTAMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NO PROCESSO PELAS PARTES. O inciso IV, do § 1º, do artigo 489, do Novo CPC, ao exigir fundamentação sentencial exauriente, é inaplicável ao processo trabalhista, seja pela inexistência de omissão normativa, diante do caput do artigo 832, da CLT, seja pela flagrante incompatibilidade com os princípios da simplicidade e da celeridade, norteadores do processo laboral, sendo-lhe bastante, portanto, a clássica fundamentação sentencial suficiente.

Depreende-se desse enunciado que em demandas trabalhistas o magistrado não seria obrigado a enfrentar todos os argumentos fáticos e jurídicos articulados pelas partes acerca das questões discutidas no processo⁶. Ou seja, o que referido enunciado in-

⁶ Neste ponto, é imprescindível salientar as considerações de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, ao tecer comentários ao artigo 489, § 1º, inciso VI, do CPC/2015, especificamente quando afirmar que o juiz não julga “argumentos (= conjunto de razões fáticas e jurídicas)”, mas sim “questões (=pontos controvertidos)”. E, assim o faz, explicando que: “os argumentos estão sempre direcionados às questões debatidas no processo e as envolvem, visando a influir eficazmente na convicção do juiz que as decidirá. [...] Assim, pode acontecer que, no julgamento do caso concreto, ao exame e solução das questões discutidas, as justificativas da decisão, por si só, explicitamente afastem os argumentos das partes. Também, pode acontecer que a decisão, no desate da questão, acolha os argumentos de uma das partes, o que, em princípio, estará afastando os argumentos da parte contrária. Pode até ocorrer que os argumentos desenvolvidos pelas partes sejam estapafúrdios, inconsistentes, ilógicos, impertinentes ou teratológicos,

terpretativo diz é que as diretrizes do CPC/2015 (artigo 489 §1º, inciso IV), quanto à fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais, não se aplicam ao processo do trabalho, a despeito de a exigência de fundamentação das decisões ser direito integrante do modelo constitucional processo e, portanto, aplicável a qualquer processo: civil, penal, trabalhista, legislativo, administrativo e até mesmo arbitral⁷.

Não resta dúvida de que o enunciado em questão nega vigência ao inciso IV do §1º do artigo 489 do CPC/2015 e, consequentemente, contraria os artigos 5º, incisos LIV e LV, e 93, inciso IX da Constituição, o que compromete a integridade e coerência do Direito brasileiro.

E por quais razões o teor desse enunciado viola a integridade do Direito?

Um, o CPC/2015 é produto legislativo democrático, porque votado e aprovado por representantes do povo, além de ter contado com a ampla participação da sociedade civil.

Dois, o CPC/2015 tem a pretensão de manter fina sintonia com a Constituição brasileira (BRÊTAS, 2020, p. 35-55) e criar espaço procedimental que viabilize a prática de aplicação do Direito pautada sobremaneira na construção participada das decisões judiciais, a partir de um ambiente policêntrico e cooperativo (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2009, p. 201-252).

parecendo-nos fora de propósito que o juiz, mesmo assim, tenha de enfrentá-los por esgotamento” (BRÊTAS, 2020, p.164-165).

⁷ Quem tiver interesse em compreender melhor tal passagem, pode consultar os seguintes textos que encontrarão informações importantes: (ANDOLINA e VIGNERA, 1997, p. 9-10); (BARROS, 2009, p. 334); (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 237).

Três, o dever de fundamentar as decisões judiciais é imperativo das Constituições modernas inseridas no contexto do constitucionalismo democrático – pós Segunda Guerra Mundial – e consta em vários ordenamentos jurídicos, tais como o italiano, o francês, o português, o alemão e, principalmente o brasileiro, que segue o modelo italiano, apresentando dispositivos normativos a respeito do tema na Constituição e no Código de Processo Civil (BRÊTAS, 2018, p. 174-176).

Quatro, o dever de fundamentação das decisões pautada exclusivamente em argumentos jurídicos que tenham passado pelo crivo do contraditório, compreendido como garantia de influência e não surpresa⁸, tem o objetivo de garantir a imparcialidade do magistrado, de modo a evitar que suas convicções pessoais, religiosas, ideológicas, morais, sociais e políticas sejam transplantadas para a decisão e, por conseguinte, comprometam a legitimidade da jurisdição⁹ (BARROS, 2008, p. 131-148).

Cinco, a fundamentação, como resultado lógico da atividade procedimental e contraditorial desenvolvida pelos sujeitos do processo em todas as suas fases, é condição de possibilidade da própria decisão (STRECK, 2009, p. 17-20) de maneira que a decisão, que em sua fundamentação, desconsidere os argumentos empreendidos pelas partes não poderá ser compreendida como tal, ante a circunstância de que lhe faltaria a indispensável legitimidade democrática (LEAL, 2002, p. 105).

Seis, a exigência de fundamentação das decisões decorre da necessidade de controlar a legitimidade e a legalidade da jurisdição, de verificar a racionalidade da decisão (ao apreciar os ar-

⁸ O conteúdo e alcance normativo do princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa será exposto mais a diante.

⁹ Consultar também: (CATTONI DE OLIVEIRA e QUINAUD PEDRON, 2010, p. 119-149).

gumentos desenvolvidos pelas partes), de afastar a ocorrência de erros judiciários e de possibilitar melhor estruturação dos recursos eventualmente interpostos. Isto porque as partes necessitam saber quais os fundamentos fáticos e jurídicos embasaram a decisão, a fim de impugná-los argumentativamente e demonstrar suas inconsistências, objetivando que o recurso seja provido (BRÊTAS, 2018, p. 184).

O que se pretende ressaltar com essa meia dúzia de razões – que não excluem outras, desde que alinhadas ao projeto constitucional brasileiro – é que o dever de fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais, estabelecido pelos incisos do §1º do artigo 489 do CPC/2015 não se trata de simples alteração legislativa decorrente da bondade do legislador, nem de exigência supérflua, que teria o único objetivo de aumentar o trabalho dos magistrados. Tampouco significa implicância com os magistrados. O dever de fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais é exigência constitucional inarredável! Há por detrás do conteúdo normativo do artigo 489, § 1º e seus incisos fundamentos teórico-normativos constitucionais de índole democrática. Vale recordar, inclusive, que o principal objetivo do CPC/2015 é estabelecer fina sintonia com a Constituição.

Enfim: é essa estreita relação com a Constituição que garante a aplicação do artigo 489, § 1º e incisos, do CPC/2015, visto que a exigência de que as decisões sejam efetivamente fundamentadas faz parte do projeto de construção de uma sociedade democrática, a partir do marco estabelecido pela Constituição de 1988, a saber: Estado Democrático de Direito. Que fique bem claro que para teoria do Direito como integridade o CPC/2015 não deve ser aplicado (obedecido) pela simples circunstância de se tratar de decisão política do passado, ou seja, pelo simples fato de sua positividade. O mencionado código, em especial no

que tange ao dever de fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais, há de ser rigorosamente obedecido por fazer parte do projeto de efetivação da Constituição, o que exige reconstruir o presente a partir do passado e pensando no futuro:

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, mas por quaisquer outras regras que decorrem de princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas podem expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito¹⁰ (DWORKIN, 2007, p. 229).

Em razão disso tudo é que se diz que o enunciado n° 13 da Primeira Jornada sobre o Novo Código de Processo civil, da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª região, viola a integridade e coerência do Direito, por desrespeitar dispositivo

¹⁰ O trecho a seguir de Dierle Nunes e Alexandre Bahia ajuda a compreender a questão que se pretendem colocar: “*A atividade judicial em uma comunidade de princípios é regida pelo princípio da integridade, isto é, legislador e juiz devem atuar de forma a construir um sistema coerente de direito. Nas decisões legislativas o destinatário deve se reconhecer como seu autor. Já nas decisões judiciais, a integridade se mostra na postura que os juízes devem assumir frente ao ordenamento jurídico: devem tomá-lo ‘como se’ ele compusesse ‘um conjunto de princípios’.* O juiz deve chegar a uma decisão válida na medida em que compensa a indeterminação do Direito apoiando sua decisão na reconstrução que faz da ordem jurídica, de modo que aquele possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios. Essa tarefa que cabe a todo juiz (de qualquer instância), implica que ele deve decidir um caso concreto tendo em mira o Direito em conjunto (através de princípios), o que nada mais é do que sua obrigação prévia frente à Constituição. Por isso, os princípios devem ser reconstruídos no presente, levando-se em conta o passado (de forma reflexiva e não mera repetição) e também para o futuro, como abertura para as próximas gerações” (NUNES e BAHIA, 2010, p. 85-86).

normativo de Lei, democraticamente voltada e aprovada, e, principalmente por contrariar a Constituição brasileira em vigor.

3.2 Alguns enunciados interpretativos da ENFAM e o Contraditório como garantia de influência e não surpresa.

Além do enunciado nº 13 da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 18^a Região, outros três enunciados interpretativos do Novo CPC chamam atenção dos estudiosos do Direito Processual Civil. São os enunciados de número 01, 03 e 04 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) em evento intitulado “O Poder Judiciário e o Novo CPC”. Esses enunciados também violam a integridade e coerência do Direito, na medida em que esvaziam toda a construção teórica e normativo-constitucional a respeito dos artigos 9º e 10 do CPC/2015, os quais consagram a compreensão de contraditório como garantia de influência e não surpresa. Consequentemente, a Constituição brasileira é contrariada.

Antes de dizer as razões pelas quais os aludidos enunciados interpretativos da ENFAM violam a integridade e coerência do Direito, importa recordar, resumidamente, o alcance e sentido normativo do princípio do contraditório enquanto garantia de influência e não surpresa.

O ponto de partida dessa moderna compreensão do contraditório é a superação da ideia de que o contraditório se limitaria à bilateralidade de audiência, assentado no binômio ciência e participação, ação e reação. Atualmente, o contraditório não é mais entendido como requisito formal para o proferimento e validade das decisões, porquanto assume dimensão dinâmica e assegura às partes o direito de influenciar ativamente e de forma efetiva os

magistrados na construção das suas decisões (sentença, acórdão ou interlocutórias) (GONÇALVES, 1992, p. 127). Tanto é que Flaviane de Magalhães Barros aduz que o contraditório constitui “*espaço procedimentalizado para garantia da participação dos afetados na construção do provimento*” (BARROS, 2008, p. 18).

Neste sentido, com a ideia de que o princípio do contraditório consiste no direito de as partes participarem da construção dos fundamentos das decisões judiciais, faz com que elas [as partes] também possuam o direito de que seus argumentos, a respeito da situação fático-jurídica delimitadora da demanda judicial, bem como as provas por elas [partes] produzidas, sejam considerados pelos magistrados. Daí compreender o princípio do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo, além de estruturar o policentrismo processual (NUNES, 2009, p. 227).

Dessa maneira, o contraditório deixa de ser mera condição formal para o proferimento das decisões, passando a ser garantia institucional capaz de viabilizar o espaço técnico de interação argumentativa que induza à construção democrática, legítima e participada dos atos decisórios (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 102).

Vê-se que, nessa linha de reflexão, o contraditório tem como consequência a atribuição de deveres aos magistrados e o reconhecimento de direitos às partes. Aqueles têm o dever de informação ou de orientação, que consiste em advertir as partes acerca de todo o ocorrido no curso do processo sobre as questões fáticas, jurídicas de direito material ou processual, assim como acerca da existência de uma terceira via interpretativa (*terza via*). Isto é, informar as partes sobre tudo o que seja relevante para a solução do caso e possibilitar a efetiva participação de

todos. Em complemento, as partes têm o direito de manifestar a respeito das questões relevantes para a solução da causa, exercendo papel ativo durante o processo. As partes também têm o direito de que o conteúdo de suas respectivas manifestações seja conhecido e, principalmente considerado seriamente pelo magistrado (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 102).

Além disso, decorre do princípio do contraditório o reconhecimento de outros direitos às partes, a saber: 1) o direito de serem cientificadas de todo o ocorrido no processo, mediante citação válida e intimações subsequentes; 2) direito à produção de prova relevante e a participação ativa nessa produção; 3) o direito de audiência pelo magistrado, que deve proferir decisão apenas com base nas provas e nos argumentos constantes nos autos e que foram objeto de debate pelos sujeitos processuais; 4) direito de que as decisões tomadas no processo apreciem todas e tão somente as questões discutidas no processo (NUNES *et al.*, 2013, p. 88-89).

De conseguinte, a circunstância de se compreender o contraditório como direito de as partes construírem participadamente os fundamentos das decisões que atingirão seus respectivos patrimônios jurídicos, faz com que outra garantia lhe seja agregada, ao se levar em conta sua correlação com a fundamentação das decisões. É a garantia de não surpresa, que veda a inclusão na fundamentação do ato decisório de argumentos empreendidos a respeito de questões ou pontos que não foram objeto de interação argumentativo-contraditório. Isto impõe o dever de o magistrado provocar debate acerca de todas as questões e pontos relevantes para a solução do caso, inclusive as matérias de conhecimento oficioso, conforme preceitos da legislação estrangeira - art. 16 do Novo Código de Processo Civil da França; § 139 da ZPO alemã; art. 3, item 3, do Código de Processo Civil

de Portugal. Em razão disso, o contraditório vem sendo concebido como garantia de influência e não surpresa (NUNES, 2009, p. 224-239).

Em síntese, o que o contraditório, enquanto garantia de influência e não surpresa, determina é que seja dada às partes a oportunidade de manifestar sobre todos os aspectos relevantes para a solução da demanda, sejam eles fáticos ou jurídicos, de direito material ou de direito processual, conhecíveis de ofício ou não, ou probatório ou referente ao chamado direito jurisprudencial: súmulas, decisões vinculantes ou jurisprudência dominante. E, por óbvio, que a manifestação das partes influencie o magistrado na construção da decisão, gerando efetiva repercussão na fundamentação do ato decisório.

Acontece que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) divulgou em setembro de 2015, 06 meses após a sanção do CPC/2015, pela Presidente da República, 62 enunciados interpretativos. Três deles – os enunciados 01, 03 e 04 – chamam a atenção dos estudiosos do CPC/2015, justamente por esvaziarem normativamente a consagração do princípio do contraditório como garantia de influência e não supressa (artigos 9º e 10).

O enunciado 01 tem a seguinte redação: “*Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes*”. Depreende-se desse enunciado interpretativo que a obrigatoriedade de o juiz informar as partes sobre todos os possíveis fundamentos e questões relevantes para solução da demanda limita-se a aspectos fáticos. Em se tratando de aspectos jurídicos, o juiz estaria desobrigado a dar às partes oportunidade de manifestar sobre eles.

Tal enunciado desconsidera que, atualmente, não é mais possível separar, por complemento, fato e direito. Isto devido à circunstância de que o fato apenas ganha existência e relevância jurídica quando se torna matéria de aplicação do Direito. Por outro lado, o direito somente possui interesse concreto no momento de aplicação do(s) fato(s) (NUNES e DELFINO, s.d, p. 01-02). Não existe Direito sem facticidade, não existe norma sem fatos para aplicá-la. Não foi à toa que o texto do artigo 10 do CPC/2015 fez menção a fundamentos, a fim de abranger aspectos fáticos e jurídicos.

Já o enunciado 03 estabelece que: “*É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa*”. Não se vislumbra qualquer sentido nesse enunciado. Como constatar que a suposta manifestação da parte não terá o condão de influenciar na solução da causa, sem antes oportunizar a sua manifestação? Exercício de adivinhação?! Ora, se até quando o magistrado está diante de questão que possa ser declarada de ofício, as partes devem ser consultadas para se evitar decisões surpresas. Será que existe alguma questão ou circunstância que afasta a necessidade de oitiva das partes? Esse enunciado mais parece uma carta em branco para que os magistrados decidam sem ouvir as partes e depois afirmem ser desnecessário ouvi-las.

Por último, o enunciado 04 afirma que: “*Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015*”. Ora, a incompetência absoluta é questão que pode ser declarada de ofício e exatamente por isso deve passar pelo crivo do contraditório, a fim de se afastar as indesejáveis decisões surpresas. Não há motivos para negar aplicação à parte final do artigo 10 do CPC/2015 quando se tratar de declaração de incompetência absoluta.

Igualmente em relação ao dever de fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais, o princípio do contraditório, na acepção de garantia de influência e não surpresa, nos termos dos artigos 9º e 10 do CPC/2015, não há de ser aplicado, no sentido e alcance acima exposto, simplesmente pela circunstância de se tratar de decisão legislativa, ou seja, simplesmente porque consta no Código. A sua aplicação efetiva - *sem flexibilizações indevidas* – também é exigência constitucional democrática. É questão de legitimidade do exercício jurisdicional. Os artigos 9º e 10 do Novo CPC, bem assim as suas repercussões em todo o código, em especial no artigo 489, antes comentado, possuem fundamento no marco constitucional brasileiro (artigo 5º, incisos LIV e LV, 93, inciso IX), fato que assegura a aplicação daqueles dispositivos normativos (artigos 9º e 10 do CPC/2015) sem qualquer tipo de *flexibilização*, ou para utilizar de expressão grafada por Lênio Streck “*em sua literalidade*” (STRECK, 2010, p. 170). Até porque a própria Constituição preleciona que os direitos e garantias fundamentais nela previstos possuem aplicabilidade imediata.

Explica-se que a consagração do princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa é exigência constitucional, porque esse princípio é o principal fundamento normativo para se fundar um sistema compaticipativo ou de cooperação processual, no interior do qual seriam afastados quaisquer foco de centralidade ou protagonismo, seja das partes (e de seus procuradores), seja dos magistrados, e estruturar uma comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais com base no modelo constitucional de processo. Via de consequência, os sujeitos processuais devam assumir as responsabilidades decorrentes de suas respectivas funções técnicas e atuarem de maneira inter-

dependente, mas se fiscalizando reciprocamente¹¹ (THEODORO JÚNIOR et al., 2016, p. 69-100). O propósito disso tudo é operar quebra do indesejado e constitucionalmente inadequado protagonismo judicial, sem, contudo, se retornar ao liberalismo processual (NUNES, 2009, p. 177-200).

04. O CPC/2015 E O RESPEITO À HISTÓRIA INSTITUCIONAL DA COMUNIDADE

O que se pretende enfatizar com isso tudo é que mesmo após o Direito ter sido invadido pela linguagem e pela Filosofia, o que lhe confere indeterminação, não significa que se pode dizer qualquer coisa a respeito de qualquer coisa. A aplicação do Direito (compreensão-interpretação-aplicação) é vinculada à história institucional da comunidade política, no interior da qual é produzido, reproduzido e aplicado. Reconhecer a existência de possibilidade de inúmeras interpretações sobre o mesmo texto, não quer dizer que todas elas são válidas e adequadas.

Não é por outra razão que Dworkin, na tentativa de melhor explicitar sua teoria do Direito como integridade, faz paralelo entre o processo interpretativo do Direito e a escrita de um romance, na medida em que a prática interpretativo-decisória é comparada com a literatura. Assim, a decisão judicial deve ser construída a partir de outras pretéritas, de forma contínua e lógica, e assim por diante. Cada decisão deve ter similitude com os capítulos de um romance em série, conferindo-lhe sequência e criando-o da melhor maneira possível. Nas palavras do próprio autor:

¹¹ Mais sobre cooperação processual e o princípio do contraditório, conferir: (BRÊTAS, 2018, p. 132-144); (BRÊTAS, 2020, p. 44-48).

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um escreve seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 2007, p. 276).

A propósito, importa transcrever a leitura de Cíntia Garabini Lages sobre proposta de romance em série ou em cadeia da teoria do Direito como integridade:

O direito como integridade, num caso de direito consuetudinário, pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito. Deve ele considerar as decisões passadas como parte de uma longa história que deve interpretar e continuar, de acordo com as suas opiniões sobre o melhor desenvolvimento a ser conferido à história em questão (LAGES, 2001, p. 47).

A necessidade de se voltar os olhos para as decisões pretéritas tem a intenção de conferir coerência aos princípios construtivos do sistema jurídico de determinada comunidade e coibir a prática de tomada de decisões completamente díspares da história institucional de uma comunidade política, sem qualquer explicação para tanto, em verdadeira “anarquia interpretativa” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2010, p. 43), o que se mostra totalmente destoante da proposta de interpretação jurídico-construtiva no contexto enunciativo da concepção de Direito como integridade.

O texto do CPC/2015, como qualquer outro texto, é passível de inúmeras e díspares interpretações, mas não se pode admitir interpretações que sejam destoantes de seus preceitos constitucionais, que desconsiderem a história institucional da sociedade brasileira e o marco teórico-normativo que lhe subjaz. Enun-

ciados interpretativos do CPC/2015 também precisam levar em conta tudo isso. Caso contrário, serão considerados ilegítimos, como é o caso do enunciado nº 13 da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho, 18ª Região, e dos enunciados de números 01, 03 e 04 da ENFAM.

É curioso o fato de que os enunciados interpretativos ora comentados tenham origem em eventos com participação exclusiva de magistrados, o que demonstra resistência de parcela da aludida classe ao CPC/2015. Parece que se instalou na cabeça de alguns que o CPC/2015 é código a favor dos advogados e contra os juízes¹². No entanto, todo e qualquer código de processo civil não pode ser apropriado por uma ou outra classe. Isto porque código de processo é conjunto sistemático de normas jurídicas, de índole técnica e cogente que regulamenta o desenvolver da atividade jurisdicional, deve servir a todos do povo: ricos, pobres, pessoas físicas e jurídicas, seja de direito público ou de direito privado, logo, o CPC/2015 não é dos advogados, dos juízes, do Ministério Público, da academia (dos professores), dos parlamentares que o votaram e aprovaram, nem da Presidente da República que o sancionou. O CPC/2015 é do povo brasileiro, da sociedade brasileira e tem que se mostrar constitucionalmente adequado para regulamentar a atividade jurisdicional na solução dos conflitos jurídicos que lhe são submetidos à apreciação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto nas linhas anteriores, provoca-se os leitores e todos aqueles potenciais intérpretes do CPC/2015 a compreendê-lo a partir de suas premissas constitucionais, de

¹² Todavia, é correto afirmar que o CPC/2015 busca promover equilíbrio entre advogados e magistrados (NUNES, 2014, p. 1).

sorte a questionar a sua aplicação, ou melhor, a investigar quais são os fundamentos teóricos que alicerçam sua aplicação. Não se pretende defender a aplicação do CPC/2015 pura e simplesmente pela circunstância dele ter sido votado e aprovado pelo Legislativo. O que deve garantir a aplicação do Novo CPC é a sua conformidade com a Constituição brasileira, de forma que a integridade e coerência do Direito sejam asseguradas.

Com isso, enunciados interpretativos, verbetes sumulares ou quaisquer outros mecanismos de atribuição de sentido ao texto do CPC/2015 necessitam manter-se coerente com os propósitos constitucionais na novel legislação, sob pena de serem qualificados como ilegítimos.

Interpretar adequadamente um texto normativo da magnitude de um Código de Processo Civil não é tarefa simples, principalmente depois de o Direito ter sido invadido pela Filosofia e pela linguagem e se passar a reconhecer a possibilidade de existência de múltiplas atribuições de sentido ao mesmo texto normativo. Essa questão se torna mais intrincada quando são divulgados enunciados interpretativos sobre o CPC/2015 que são totalmente destoantes de suas bases constitucionais, contrariando até mesmo a literalidade da novel legislação.

Nesse contexto é que se apresenta como significativa a teoria da integridade do Direito, de Ronald Dworkin, a exigir dos intérpretes respeito a história institucional da comunidade que construíram e estão a construir.

Assim, verifica-se que o enunciado interpretativo nº 13 da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho, 18ª Região e os enunciados interpretativos de números 01, 03 e 04 da EN-FAM não respeitam a integridade e coerência do Direito, exatamente porque negam aplicação adequada a duas das principais

bases constitucionais do CPC/2015: dever de fundamentação estruturada (ou exauriente) das decisões judiciais e contraditório como garantia de influência e não surpresa.

Tudo indica que aquele que desejar ver o CPC/2015 aplicado de maneira constitucionalmente adequada terá que assumir a responsabilidade de ser um “juiz Hércules”. E, como já foi esclarecido por José Emílio Medauar Ommati, Hércules não é uma metáfora que procura elevar os magistrados ao *status* de autoridades divinas, mas sim “[...] qualquer juiz, advogado ou cidadão em geral que aceita e leva a sério o Direito e pretende vê-lo à sua melhor luz. Dworkin, portanto, nos convida a sermos Hércules, ou seja, a desenvolvermos a nossa democracia constitucional à sua melhor luz” (OMMATI, 2012, p. 42).

Fica, então, o convite para assumirmos o papel de juiz Hércules na empreitada de aplicar o CPC/2015 de acordo com a Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Constituição e processo: a decisão em sede de controle de constitucionalidade vista a partir da constitucionalização do processo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v.1, n.7, p. 102-133, jan. 2006.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Vol. I. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1º e 2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, p. 131-148, 2008.

_____. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08, n.11.719/08 e 11.900/09. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey. 2009.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4ª edição. Belo Horizonte: Del Rey. 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Fundamentos e inovações do Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.) **Reforma do processo civil**: perspectivas constitucionais. *Belo Horizonte*: Forum, 2010, p. 119-149.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; RAMOS, Glauco Gumerato; DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. A elaboração de enunciados para orientar a interpretação de uma nova legislação é algo positivo sob o ponto de vista científico e pragmático? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 94, p. 219-230, abr./jun. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007: Tradução Jefferson Luiz Camargo.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Book-seller, 2006: Tradução de Elaine Nassif.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em O império do Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7/8, p. 36-49, 2001.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MADEIRA, Dhenis Cruz. A influência do processo constitucional sobre o novo CPC. In: BURRIL DE MACEDO, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre; DIDIER JR. Fredie. (Org.). **Coleção novo CPC - Doutrina Seleccionada - Parte Geral**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 01, p. 187-226.

MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: BURRIL DE MACEDO, Lucas; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre; DIDIER JR. Fredie. (Org.). **Coleção novo CPC - Doutrina Seleccionada - Parte Geral**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 01, p. 35-63.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Tendências de Padronização Decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os Problemas na Utilização do Marco Zero Interpretativo. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 40-62.

_____; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação**. 2a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____; DELFINO. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. **Consultor Jurídico** (São Paulo on line), p. 1-2.

_____. Novo CPC promove equilíbrio entre magistrados e advogados. **Consultor Jurídico** (São Paulo. Online), v. 17122014, p. 1-1, 2014.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2012.

_____. **Teoria da Constituição. 2ª edição** Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2013.

PINHEIRO, Guilherme César. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: um pouco sobre as decisões do controle de constitucionalidades das leis e sua pretensão de atribuição de eficácia vinculante no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito (PUC Minas Serro)**, v. 11, p. 1-38, 2015.

PRATA, Edson. **Processo de conhecimento**. Vol. I. São Paulo: Universitária de Direito, 1989.

REICHELDT, Luis Alberto. Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural. **Revista de Processo**, v. 282, ano 43, p. 67-89, 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. (Org.) **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 159-194.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade. (Org.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27.

_____. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)**, v. 15, p. 158-173, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 35, n. 189, p. 09-52, nov. 2010.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**: Revista, Atualizada e Ampliada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

3

ACERCA DE LA AGENDA
PENDIENTE DEL DERECHO PENAL
ECONÓMICO. POSTULACIONES
A PROPÓSITO DEL CUASI
INCONTENIBLE AVANCE DEL
FLAJELO DE LA CRIMINALIDAD
ECONÓMICAABOUT THE PENDING SCHEDULE
FOR ECONOMIC CRIMINAL LAW.
APPLICATIONS REGARDING THE ALMOST
UNCONTROLLABLE ADVANCE OF THE
LOSS OF ECONOMIC CRIMINALITY**Jorge Isaac Torres Manrique**

Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Consejero Editorial de la Revista American Journal of Science and Technology (USA). Editor Asociado de la Revista Forensic Research & Criminology International Journal (USA). Par Académico Evaluador de las firmas editoras: Corporación de Estudios y Publicaciones (Ecuador) y Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Miembro extranjero adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Miembro, par académico evaluador, corresponsal e investigador externo adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par académico evaluador de la Revista Misión Jurídica,

de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). Investigador Externo de la Universidad Global (Honduras). Miembro asociado de E-Justicia Latinoamérica (Argentina). Autor de libros de derecho constitucional publicados en: Colombia, Paraguay, Chile, Ecuador y Perú. Autor del Tratado de Derechos Fundamentales (en prensa en Colombia, Paraguay y Perú). Coautor del Tratado de Derecho Penal Constitucional Aplicado (Colombia); y en prensa en: Perú, Chile, Bolivia, Paraguay, Nicaragua y Argentina. Coautor de las Dilucidaciones de Derecho Procesal Civil (Chile, Colombia y Perú). CoDirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia (en preparación) y Chile (en preparación). CoDirector de los Tratados Latinoamericanos de Litigación Oral y Lavado de Activos (en preparación). Autor de artículos en publicaciones científicas físicas y virtuales, en más de treinta universidades de veinticinco países. Ponente nacional e internacional.

Contato: KIMBLELLMEN@outlook.com.

RESUMEN

En la presente entrega, el autor desarrolla esta capital temática, en tanto que acertadamente la considera de muy urgente como insoslayable naturaleza y atención. Así, aborda su planteamiento con fundamentadas propuestas, destinadas a revertir en gran medida la incurrancia de tanto, la criminalidad económica como la gran criminalidad económica. Ello, en razón a que las mismas hacen peligrar incluso no solamente el orden económico de los Estados. Prueba de ello, es el caso del accionar de la transnacional Odebrecht, cuyo actuar delictivo ha hecho colapsar la administración de justicia e institucionalidad, entre otros, de la mayoría de países no solamente de la región.

Palabras clave: Retos del derecho penal económico. Desafíos del derecho penal económico. Agenda pendiente del derecho penal económico.

ABSTRACT

In the present installment, the author develops this thematic capital, while he rightly considers it to be very urgent as an unavoidable nature and attention. Thus, it approaches its approach with well-founded proposals, destined to revert to a large extent the incurrance of both economic crime and great economic crime. This, because they endanger even not only the economic order of the States. Proof of this is the case of the actions of the multinational Odebrecht, whose criminal activity has caused the administration of justice and institutions to collapse, among others, in most countries, not only in the region.

Key words: Challenges of economic criminal law. Pending schedule of economic criminal law.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La relación entre el derecho penal y el orden económico, encuentra solido como indubitable fundamento en la praxis, lo que no le resulta ajeno a sistema jurídico alguno. Así, los ordenamientos jurídicos son utilizados para proteger o salvaguardar el orden económico.

Pero, en las disimiles conexiones existentes entre el Derecho y la Economía siempre habrá un acápite particular entorno a la resolución de conflictos en el ámbito del Orden Económico, entendido globalmente como el proceso de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Dichos conflictos pueden ser abordados, en los casos de mayor gravedad y por las conductas de gran relevancia, desde la perspectiva del Derecho Penal,

particularmente por una especialización denominada Derecho Penal Económico, que trata de apegarse a los principios rectores de Legalidad, Intervención Mínima y Culpabilidad.¹

Los ilícitos contra la economía han sido regulados indistintamente en la historia, aunque no delimitados como tal hasta que empezaron a ser estudiados, desde la Criminología, por Edwin Sutherland, cuando desarrolló en 1939 el concepto de “White Collar Crime”, o lo que es lo mismo, Criminalidad de Cuello Blanco, a partir de lo cual, establece una serie de parámetros sobre los cuales se identifica a la criminalidad económica.²

Y es que, el derecho penal económico es un tema de creciente actualidad en el ámbito de las ciencias penales. Esto se debe no sólo al interés de combatir el fenómeno de la corrupción a escala del mundo empresarial, sino también a que aborda temas nucleares del derecho penal y su dogmática.³

Por su parte, la globalización económica ha obligado a la política criminal a asumir nuevos retos. En concreto, el derecho penal económico ha de redefinir, inicialmente, sus objetivos básicos: qué conductas desea prohibir y castigar. La siguiente cuestión a la que ha de enfrentarse es de naturaleza teleológica: la política criminal racional es de orientación preventiva, por

¹ PÉREZ DUHARTE, Arlín y RODRÍGUEZ GARCÍA, Mariano. Presente y perspectivas del Derecho Penal Económico. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/11-Presente-perspectivas-Derecho-Penal-Economico.pdf, Lima, 2017, p. 1.

² PÉREZ DUHARTE, Arlín y RODRÍGUEZ GARCÍA, Mariano. Ob. Cit. Pp. 3- 4.

³ KINDHÄUSER, Urs. De la presentación al Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico. ONTIVEROS ALONSO, Miguel (Director). En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <https://www.dijuris.com/es/images/archivos/anuario-mexicano-ontiveros-9786079389284.pdf>, Ubijus Editorial. México, 2015, p. 11.

tanto, ha de enmarcarse en un contexto de políticas sociales y económicas de idéntica orientación. Al derecho penal no le corresponde liderar ese proceso, pero tampoco puede inhibirse ante la criminalidad económica: última ratio no es *nulla ratio*. Ese derecho penal ha de ser construido a la vista de las características especiales del marco económico —la globalización— y de los agentes económicos —las empresas— y ha de responder a los principios garantistas de la política criminal propia del Estado social de derecho.⁴

La globalización, en efecto, ha abierto cauces para que formas tradicionales de delincuencia alcancen una dimensión hasta ahora desconocida, multiplicando exponencialmente no sólo la rentabilidad del delito, sino también las posibilidades de actuación organizada supranacional, con la consiguiente capacidad para eludir la acción de la justicia.⁵

Queda evidenciado así, que no solo se han expandido en el orbe las bondades de la globalización, sino, que la criminalidad económica ha utilizado dicho escenario para su fortalecimiento y recrudecimiento de su actuación.

No debe desconocerse además, que la globalización, asentada en los presupuestos ideológicos del neo-liberalismo, ha potenciado la desigualdad y que, en consecuencia, la homogenización de reglas no se ha traducido en una mayor igualdad en las condiciones de vida de los individuos o de los grupos, sino en la vigencia de la *lex mercatoria* como primera referencia normativa, por encima de derechos humanos fundamentales, de principios constitucionales retóricamente intangibles o de con-

⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Derecho penal económico. Lineamientos de política penal. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <http://revis-taius.com/index.php/ius/article/view/119/114>. Puebla. 2015, p. 7.

⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Ob. Cit. P. 20.

venciones internacionales que obligan y limitan a los Estados firmantes. Las consecuencias son de sobra conocidas.⁶

El abordaje de la temática de la presente entrega revela que en España se registra una sesuda reflexión al respecto. Así, el autor precisa que al respecto se debe: i) reelaborar la diferencia entre organizaciones lícitas e ilícitas, ii) integrar una teoría del comportamiento humano, en especial en organizaciones, diversa de la doctrina del sujeto racional egoísta, y iii) reconsiderar las premisas políticas que dieron lugar a su desmesurada expansión a finales del siglo XX.⁷

Empero, es de considerar que la criminalidad económica presenta un incontenible como muy peligroso avance. Y más allá de su cada vez mas creciente “institucionalización”, la misma ha devenido en algo mucho mas poderoso y preocupante. Nos referimos a la gran criminalidad económica o *corporate crime*, que amenaza con desestabilizar las instituciones políticas y descomponer el modelo del Estado del bienestar pactado después de la Segunda Guerra Mundial.⁸

En razón a lo expuesto, es que consideramos de muy urgente naturaleza como insoslayable el planteamiento de propuestas, destinadas a revertir en gran medida la incurrancia de tanto, la criminalidad económica como la gran criminalidad económica, que hacen peligrar incluso, no solamente el orden económico de

⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Ob. Cit. P. 8.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Retos del Derecho penal económico empresarial de nuestro tiempo. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6379-Retos-del-Derecho-penal-economico-empresarial-de-nuestro-tiempo, São Paulo, 2019.

⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Culpables, millonarios e impunes: El difícil tratamiento del derecho Penal del delito de cuello Blanco. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13063/13675>. Lima, 2012, pp. 89- 90.

los Estados. Prueba de ello es el caso de la trasnacional Odebrecht, cuyo actuar delictivo ha hecho colapsar la administración de justicia e institucionalidad de la mayoría de países de la región.

II. ANOTACIONES SOSLAYADAS PARA LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA

Las propuestas expuestas y desarrolladas en el presente acápite, no hacen mas que poner sobre el tapete, no solamente su inexistencia o postergación, sino además, la imperiosa necesidad de su dación y ejecución o puesta en marcha.

2.1. Nueva política criminal socio económica.

Tanto el Poder Ejecutivo como el legislador precisar comprometerse en la elaboración de una nueva política criminal socio económica. La misma deberá contener basilarmente: i) El abrace de los mismos niveles que comporta la delincuencia y gran delincuencia económicas, ii) Combatir las nuevas modalidades de corrupción que las generan, y iii) Lucha frontal contra la impunidad.

2.2. Proscripción del indiscriminado uso de la prisión preventiva.

Otro punto basilar para traer a colación es la liviandad con que se viene manejando de la solicitud y aprobación de la prisión preventiva. Mas aun cuando no pocas veces las mismas carecen de la motivación suficiente, bien para solicitarla, para imponerla y para apelar a la misma. Ora en sus tres posibilidades: i) Ínfimo plazo, ii) Desproporcionado plazo, iii) Inexistencia de la misma. Ello en tanto que las mismas no se encuentran establecidas en el Código Procesal Penal y tanto más, cuando

se realiza en términos de reformulación o reacción tardía, se lleva a cabo por la presión social e institucional.

Ello, no hace más que desnaturalizar dicha figura jurídica, el *iter procesal* y restar fortaleza del derecho penal económico, en su lucha contra de la criminalidad económica.

2.3. Prevención de la delincuencia socioeconómica.

¿Cómo prevenir estos crímenes por parte del Derecho Penal cuando no existe un reproche social contundente de la ciudadanía?. No es una cuestión fácil. El corrupto, como el mafioso, siempre encontrará incluso en su propia conciencia alguna justificación de su comportamiento, justificación que también aceptará cierta parte de la población, a veces beneficiaria del delito económico o de la actividad legal del poderoso. Se trata de seguir trabajando por parte de todas las disciplinas implicadas, la criminología, la dogmática, así como la legislación y la jurisprudencia en la comprensión de esta forma de criminalidad, que posee unas características distintas a las que ha sido la realidad tradicionalmente inducida por el Derecho Penal, los delitos de los sectores marginales, violentos, contra la vida, la propiedad.⁹

Definitivamente el abrace de la presente empresa, precisa la intervención como política de Estado a nivel interinstitucional e interdisciplinaria, aunada a un proyecto de largo aliento, que no se vea truncado por los gobiernos de turno.

⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. Cit. Pp. 96- 97.

2.4. *Formación en valores.*

No cabe duda que la formación en valores, se constituye en un pilar opción a efectos de inculcar en las personas acerca del correcto proceder, de modo tal que al llegar a la mayoría de edad se les haga muy complicado incurrir como tolerar actos delictivos.

De igual parecer es Herrero Herrero, al proponer medidas de carácter social, a saber: i) Apuntar a la moralización del campo económico-financiero, esto es, la promulgación de códigos de conducta, erigidos en un conjunto de principios y de recomendaciones no coercitivos que regulan ciertas prácticas comerciales con el fin de que se desarrollen dentro del respeto a determinadas reglas deontológicas, ii) Creación y potenciación de una opinión social contraria a esta clase de disfunciones, pues, la prevención de estos delitos ha de propugnar una buena información sobre los perjuicios de los mismos a la comunidad, y iii) Necesidad de que las víctimas colaboren en la detección, persecución y juzgamiento de los delincuentes económicos, informando a las víctimas potenciales de estos delitos y acerca de sus derechos y sobre las vías que pueden tomar para defenderse frente a la criminalidad económica y sobre la necesidad de ponerse en contacto con las autoridades competentes.¹⁰

2.5. *Derechos fundamentales.*

No debe perderse de vista que el origen del derecho penal económico, se presenta en la construcción del orden igualitario, en su dimensión político-criminal, comporta, pues, el prota-

¹⁰ BARROSO GONZÁLEZ, Jorge Luis. Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000100095. Puebla, 2015, pp. 117- 118.

gonismo del Estado, que ha de intervenir decididamente, no ya para culminar esa construcción a través del derecho penal —que es instrumento inidóneo—, pero sí para imprimir a los procesos de criminalización y descriminalización una orientación y unos contenidos que no entren en colisión con el objetivo prioritario. El Estado social no puede, así, inhibirse delegando sus responsabilidades en el mercado; ha de asumirlas tutelando, incluso penalmente, los derechos fundamentales y los bienes jurídicos básicos que nacen y se desenvuelven en el propio mercado.¹¹

Definitivamente, toda política de Estado y dación de leyes, deben estar enmarcadas en la sintonía con el espíritu que abraza el Estado Constitucional de Derecho imperante. De lo contrario, ello no solo constituirá una vulneración a los derechos fundamentales, sino a su vez, un lamentable retroceso democrático, deslegitimando así su accionar.

2.6. *Un nuevo orden normativo.*

En principio, es de señalar que el orden socioeconómico constituye el marco en el que se entrecruzan un amplio conjunto de intereses, principios y valores. La afectación relevante a esos elementos esenciales del sistema, en cuanto constituidos en bienes jurídicos, brinda la base inicialmente legitimadora de la punición de los delitos socioeconómicos. La lesividad —siquiera sea solo potencial— para lo colectivo se erige, así, en un criterio diferencial básico con respecto a los delitos patrimoniales.¹²

Empero, el nuevo marco está presente, con mayor o menor intensidad, por doquier. Lo que hace evidente no ya solo el interés, sino la necesidad de contar con un sistema normativo idóneo

¹¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Ob. Cit. P. 30.

¹² TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Ob. Cit. P. 15.

para dar respuestas nuevas y eficaces a fenómenos delictivos también nuevos y, por su lesividad, no baladíes. La reflexión sobre ese nuevo orden normativo debe ir guiada a responder a las cuestiones fundamentales que se plantean ante toda iniciativa político-criminal que pretende rehuir la digresión bizantina y asentarse en la racionalidad.¹³

Y es que se trata, de una delincuencia vinculada a las estructuras de la globalización y financiarización de la economía, que genera ingentes costes económicos, entre los que deben contarse, junto a los perjuicios directos, los derivados de los efectos resaca y espiral. Esta delincuencia es propia de los delitos socioeconómicos, los que se identifican en la desmesura de su dañinidad, pues, apuntan a bienes jurídicos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, de titularidad social o colectiva.¹⁴

Así, por presión del principio de lesividad, procede en el ámbito de la delincuencia socioeconómica, identificar tres categorías de bienes jurídicos supraindividuales: institucionalizados de titularidad individual o individualizable (por ejemplo, capacidad recaudatoria o recursos de la Hacienda pública), supraindividuales que constituyen elementos básicos del sistema (por ejemplo, patrimonio cultural) y colectivos o sociales funcionalmente necesarios para la defensa de otros individuales (por ejemplo, transparencia en el mercado bursátil para evitar perjuicios a los inversores).¹⁵

Consecuentemente, el nuevo orden normativo deberá unificarse con la estricta salvaguarda y defensa del orden socioeconómico, considerando el amplio conjunto de intereses, principios y valores, a la vez de respetar escrupulosamente la

¹³ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Ob. Cit. P. 13.

¹⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Ob. Cit. Pp. 14- 15.

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Ob. Cit. P. 17.

observancia de los derechos fundamentales de la totalidad de actores intervinientes.

2.7. Nueva dogmática de imputación.

En la era global, los estados nacionales se debilitan o, por lo menos, cambia su nivel de participación y preeminencia en las decisiones mundiales; ello ha significado la aparición de bloques económicos que buscan mejorar sus ventajas competitivas en el mercado y ello redundando en aspectos políticos, sociales, culturales que están presentes en la globalización que no puede ser estudiada sólo como fenómeno económico. Estas transformaciones en el poder de los estados tienen un impacto directo en las decisiones de política criminal, tanto regionales como internacionales, lo que plantea retos sustanciales a la dogmática penal, en grado tal que hoy en día discutimos la necesidad de una nueva dogmática que sea más flexible respecto de los criterios de imputación que nos vienen dados como principios liberales y garantistas de la primera modernidad.¹⁶

Y es que el arribo de las referidas transformaciones en el poder de los Estados, que tienen impacto directo en las decisiones de política criminal, que plantea retos sustanciales a la dogmática penal; exige también que la nueva dogmática penal sea debidamente desarrollada como acorde con las nuevas formas de criminalidad socio económica, sino además, que observe el obligado garantismo procesal.

¹⁶ CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. Derecho penal - Globalización y Derecho Penal Económico. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <https://www.iaeu.edu.es/estudios/derecho/derecho-penal-globalizacion-y-derecho-penal-economico/>. España.

2.8. *Especialización y capacitación.*

El Derecho penal económico está alcanzando una sofisticación nunca vista en este sector jurídico, que demanda profesionales capacitados desde diversas perspectivas: especialistas forenses, abogados cualificados y una cada vez mayor importante labor de consultoría prejudicial.¹⁷

Sumado a ello, amerita asumir como pilar la decidida apuesta por la especialización de los magistrados y personal judicial. Además, de la creación de juzgados especializados en primera y segunda instancia, incluso en la Corte Suprema.

En lo que respecta a la capacitación de la totalidad los actores. La temática de la debida capacitación de la totalidad de los actores de la administración de justicia penal económica, deviene en imprescindible como insoslayable. Empero, la misma debe entenderse de manera vertical de arriba hacia abajo y no desde abajo hasta antes de los gerentes y directores.

Al respecto, no se debe perder de vista que la misma no solo debe estar encabezada por verdaderos especialistas en la correspondiente materia en sede jurídica, sino además, que se tiene que considerar también, la administración. Esto es, una capacitación más allá del Derecho, interdisciplinaria.

Así también, el propósito de la capacitación no puede agotarse en el mero hecho de ser tal, sino más bien, en la asimilación, concientización y efectiva como eficaz puesta en práctica. De otro modo, no tendría razón de tal si es que es asumida única-

¹⁷ BRUMA. Los nuevos retos de la delincuencia económica, analizados por economistas y abogados. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <https://lagaceta-dealmeria.es/los-nuevos-retos-de-la-delincuencia-economica-analizados-por-economistas-y-abogados/>. Almería, 2019.

mente para considerarla per se, como logro de un objetivo de gestión y la certificación correspondiente.

2.9. Proscripción de la egolatría y mesianismo.

Resulta sumamente preocupante la eventual consabida ligereza con que resultan ser asumidas las modificaciones o propuestas legislativas para la lucha contra la corrupción, a la luz de las correspondientes comisiones de reforma.

Ello ocurre cuando en principio, no necesariamente son convocados para ello a los verdaderos especialistas. Luego, que las propuestas y modificaciones terminan siendo producto de una coyuntura y no de una real necesidad legislativa. Lo referido aterriza en que antes de la creación de una comisión de reforma, increíblemente ocurre que las respectivas modificaciones y propuestas, simplemente no existían.

Mención aparte, merece referir a lo que Mario Castillo Freyre señala como “Tentaciones Académicas”. Esto es, que entre no pocos miembros de las comisiones de reforma observan el principio (“yo no opongo a tus propuestas de artículos para la ley y tú no te opones a las mías”). Luego, acuerdan que finalmente que vaya el paquete completo sin mayor debate y análisis, en atención a que en el Congreso de la República el legislador hará las observaciones y enmiendas correspondientes. Lo que ciertamente no siempre ocurre. Como consecuencia, es que puede apreciar leyes aprobadas en las que su articulado no presenta la obligada sistematización interna y externa, y donde existen algunos en los que el texto presenta contenido repetido, incompleto, contradictorio.

Además, no se puede dejar de apostrofar el que no pocos dadores de una norma legal, resultan más preocupados por la permanencia de vigencia de una ley nociva o errada por contener

una propuesta de su persona, en vista que no pueden concebir que su nombre deje de estar presente en la dación o propuesta de la misma. Entonces, se oponen por todos los medios posibles a la eventual modificación de la supuesta iluminada ley, que ellos fueron autores, gestores o promotores. Es el típico caso de aquellos que se consideran predestinados a trascender sin mayor o ningún mérito o fundamentación suficiente.

2.10. Implantación del Estado de Justicia.

Dejamos expresa constancia, que ciertamente el Derecho Penal Económico no podría lograr satisfactoriamente sus fines, en tanto que el mismo se ajusta a unismismancia del sistema jurídico imperante, esto es, del Estado Constitucional de Derecho, el mismo que no puede ser equiparable ni sinónimo de justicia. Esto es, que su filosofía resulta constitucional, pero injusta.¹⁸ Fundamentamos lo referido en los siguientes términos:

En primer lugar, a la Justicia Legal se le suele denominar de dicha manera, en razón a su abrace de conformidad a lo estipulado en la norma legal respectiva, esto es, cuando en sede judicial o administrativa se decide ajustándose a lo contemplado exclusivamente en la ley de la materia, para el caso concreto. O que también se invoque el otorgamiento de un derecho establecido en el texto expreso de la ley.

Seguidamente, se tiene en la Justicia Constitucional una definición que observa estrictamente los postulados de la Constitu-

¹⁸ TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Justicia legal, justicia constitucional, justicia convencional, justicia restaurativa, justicia. ¿Son sinónimos?. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/Justicia-legal-justicia-constitucional.html>. Lima, 2018.

ción Política. Entonces, queda claro que este tipo de justicia no es equiparable a la justicia legal.

A continuación, la Justicia Convencional es a la que se arriba tomando como premisa lo juridizado en la Convención Americana de Derechos Humanos: Su alcance o cercanía a la justeza es superior a la que ofrecen la justicia legal y la constitucional.

Luego, es de verse el significado de la Justicia Restaurativa se encuentra relacionado al espíritu que la restauración contempla para los sujetos ofendidos o agraviados. Si bien restaura a la totalidad de ofendidos o perjudicados, no necesariamente se le otorga lo que le corresponde a la víctima, sino, lo que subjetivamente considere la misma para quedar o saberse restaurada. No pocas veces el alto contenido emocional, hace que lo que precise el ofendido, sea básicamente el otorgamiento de las sinceras como sentidas disculpas y satisfacciones del ofensor, con cargo de no volver a incurrir en la correspondiente ofensa u agravio. Con ello, la víctima se vería en cierta forma, por satisfecha. Entonces, la justicia restaurativa arriba a un peldaño más arriba que la justicia legal, constitucional y convencional.

Finalmente, tenemos a la Justicia, a la justicia propiamente dicha, la única equiparable a la legitimidad, a la justeza. Este tipo de justicia, es a la que se refiere con el dar a cada quien lo que le corresponde. Justiniano señaló al respecto: “La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”. Así, la justicia no puede ser equiparable a la justicia restaurativa, ya que a diferencia de esta última, la carga o necesidad emocional no se plasma, debido a que si el ofensor la robó al ofendido diez cabezas de ganado, pues, será justo o de justicia, que el ofendido reciba del ofensor el número completo y calidad (características) de lo robado y en extremo alguno, unas disculpas que puedan hacer las

veces de bálsamo reductor del número y naturaleza de lo robado. Que no se nos malentienda, ya que no estamos en contra, demonizamos, rebajamos o desmerecemos a la justicia restaurativa, solo la comparamos con la justicia. Entonces, queda demostrado que la justicia, no es igual y es a la vez muy superior a la justicia legal, constitucional, convencional y restaurativa.

No obstante, es preciso dejar constancia que en strictu sensu, la única justicia válidamente existente, es la justicia propiamente dicha o justicia verdadera. Y es que, no se trata de erradamente pretender otorgar mayor significancia o supremacía utilizando nombres rimbombantes para “crear” diversos tipos de justicia, cuando la justicia es una sola, dicho de otro modo, la última de las analizadas.

A propósito, cabe hacer mención a la marcada gradualidad ascendente entre: legalidad, constitucionalidad, convencionalidad, restauratividad y justicia.

Para concluir y en mérito a lo desarrollado, colegimos que a lo que debemos aspirar como único norte inquebrantable e innegociable; es a la mención, defensa y plasmación de la justicia propiamente dicha, esto es, a la legitimidad, a la justeza, es decir, a la justicia verdadera.

No obstante lo desarrollado, sostenemos que no necesariamente tenemos que esperar a que algún día se encuentre el ansiado Estado de Justicia, puesto que desde ya podríamos abrazarlo premuniéndonos del principio de legitimidad.

III. ¿POR QUÉ LA AGENDA PENDIENTE PLANTEADA NO ES ASUMIDA O NO TERMINA SIENDO LA ESPERADA?.-

El presente punto resulta ser de particular importancia y trascendencia, puesto que en principio se ha podido observar que se ha legislado o asumido políticas de Estado, con una mirada o enfoque solamente desde las entidades públicas o privadas; dejando en el olvido a los administrados y justiciables, pero sobre todo la efectiva salvaguarda del orden económico.

Entonces, para empezar podemos reflexionar acerca del por qué de las decisiones insuficientes, parciales, incompletas, que se manifiestan al no legislar correctamente por ejemplo el tema materia del presente trabajo.

A continuación, huelga a propósito, ocuparnos de responder a las basilares preguntas que a propósito caen de maduras: i) ¿Es únicamente responsabilidad del legislador?, ii) ¿Por qué resulta siendo una constante dicho accionar en cada cosa que deseamos llevar a cabo?, iii) ¿Por qué tan ajena y errática puede sernos la empresa de marras?, iv) ¿Por qué tiene o puede demorar tanto tiempo en alcanzarse lo que tanto supuestamente se busca y se tiene que buscar, sin terminar consiguiéndose?, v) ¿Por qué tanto tienen que padecer los justiciables y administrados para que puedan abrazar un trato más equitativo en el reconocimiento de sus derechos fundamentales?, vi) ¿Por qué no la tenemos clara de inicio?, vii) ¿Por qué no ocurre ello en Europa y aquí sí, por ejemplo?

En ese orden de pensamiento, podemos ensayar una resolución a las mismas, achacando a nada menos que a motivos de naturaleza de una suerte de nuestro ADN latino.

Es así que la respuesta parece apuntar a razones muy profundas, a nuestra construcción, a algo que sencillamente no podemos evitar, pues, resulta siendo parte de nuestra propia naturaleza.

Así, analizando a fondo (o tal vez, realmente a fondo), tenemos que señalar que esa incapacidad de poder reflexionar que nos caracteriza como occidentales, no es producto de la casualidad, sino de la causalidad. Así, tenemos que tomar en cuenta que como peruanos (por ejemplo) presentamos inmensas fracturas, ya que no tuvimos las edades del “Renacimiento”, ni “Ilustración” (nos saltamos con garrocha de la edad Antigua a la Moderna). En tal sentido, carecemos de la capacidad de repensar, reflexionar, reaprender a pensar a partir de sí mismo y su entorno –o simplemente renacer-, así como la pérdida de fe en todo tipo de dogmas; que el Renacimiento le otorgó a la Europa en los siglos XI y XV.

He ahí la explicación de nuestra gran tara. A dichas fracturas tenemos que agregarles (en palabras el destacado jusfilósofo y gran docente Juan Carlos Valdivia Cano, en su revelador y agudo ensayo “la enfermedad del amor”) el hecho que somos mestizos hechos o resultantes de una suerte de *tutti frutti* de una cultura autóctona (Inca), moral cristiana, instituciones de poder romanas (Parlamento, Poder Judicial), y estructura mental griega; y griega es o significa (entre otras cosas) platónica. Lo que nos otorga la tendencia de definir las cosas por su objetivo o ideal y no por lo que éstas efectivamente o de manera integral total o completa son (por ejemplo: cuando nuestra cultura occidental define la palabra amor lo hace idealísticamente (única y unánimemente como algo, noble, sublime y maravilloso)- amor platónico- y no por lo que realmente es en su totalidad, se olvida así de los celos, la traición, el tedio, la mentira, el poder, el desencuentro, la cachetada, el escándalo, el odio, la muerte...).

Nuestra cultura, no entiende que finalmente el amor es un problema cronológico, es solo cuestión de tiempo. El amor es una enfermedad crónica (no es que los amantes estén enfermos, sino que Eros mismo lo está), y así, tarde o temprano (los celos siempre diligentes descifrarán los decepcionantes signos amorosos) el amante probará el avinagrado sabor de la lucidez (dicha lucidez está empedrada de desilusiones). Alguien dirá, ¿no hay o no existe el amor puro (o solo el de la parte bonita)?, “ese amor ando buscando, afirman frecuentemente no pocos”. Fernando Savater responde por cierto afirmativamente, pero refiere que solo el amor de King Kong (el más alto, grande, que todo lo espera y todo lo dá —a cambio de nada— único y “verdadero” amor que solo apareció en la pantalla grande), Así, no ser platónico es ir más allá de Platón, entonces, es aceptar que el Danubio no es azul, es sucio, marrón, agua con barro y aceite (por decir lo menos). Por eso, Valdivia Cano considera además, que en asuntos de amor mejor situado que Platón está Zarathustra (“amor: en los medios la guerra, y en el fondo odio eterno entre los sexos”).

Luego, a la luz de las carencias¹⁹ occidentales y peruanas reseñadas, huelga citar a Ortega y Gasset (“el hombre no es tal, sino es él y sus circunstancias”), para tener en cuenta que todo lo que nos ocurrió como cultura, trajo como resultado lo señalado y lo cual no se puede salvar o pasar por alto así nomás.²⁰

¹⁹ Carencias (de edades) y fracturas (culturales) que también pueden ser investigadas y analizadas por los ciudadanos de cada Estado o país occidental, respecto de su caso concreto; a efectos de poder realmente entender su propia naturaleza y acceder a al estado de lucidez que refiere Juan Carlos Valdivia Cano; para luego, realizar lo propio al respecto.

²⁰ A propósito, no podemos dejar de resaltar que siempre es bueno o saludable conocerse realmente a si mismo (ya sea como persona, como ciudadano, como nacional o como parte de una cultura). Sea cual fuere a la conclusión o verdad a la que arribemos. La verdad (simplemente), por cruda que sea, no mata, solo aturde un poco; pero luego, a partir de ella, podemos efectivamente empezar a ir

Finalmente, dejamos constancia que solo planteamos un término como ejemplo, aparentemente sencillo (amor), con lo cual se pudo ver el desastroso “problema” que desencadenó (amor platónico); así, imaginemos lo que ocurre cuando se investiga, discute, analiza y “reflexiona” —reiteramos que reflexionar proviene de renacer/volver a pensar/aprender de los errores; es decir, del aprendizaje otorgado por la época del Renacimiento europeo, la misma que no tuvimos — acerca de temas jurídicos como lo es, verbigracia, la presente entrega en la que abordamos someramente las etapas de la evolución del derecho peruano.

IV. REFLEXIONES FINALES

La inexistencia e inobservancia de los aspectos propuestos y desarrollados en la presente entrega como agenda pendiente, obstaculizan la efectiva vigencia de un derecho penal económico y de su correspondiente de política criminal, sintonizados con la coyuntura criminal contemporánea.

Sugerimos se considere atender de manera urgente los diversos puntos expuestos como agenda pendiente.

La capacitación, especialización, concientización y efectiva aplicación de la naturaleza del derecho penal económico y de los puntos de agenda mencionados, se constituye en señero im-

en busca de nuestra propia solución o evolución. Así, acertadamente se sentencia “conócete, acéptate y supérate” y “para saber dónde dirigirte, primero debes tener conocimiento acerca de dónde te encuentras”, además. En consecuencia, es falso como erróneo que alguien pretenda superarse sin previamente haberse conocido y aceptado, o que quiera ir o conseguir algo (la superación o el éxito, por ejemplo), sin tener la menor idea acerca de dónde y cómo se encuentra inicialmente.

portante para lograr abrazar los mencionados y convertirlos en logros satisfactoriamente cumplidos.

El principal desafío del derecho penal económico, es lograr su plena aplicabilidad a la luz de la defensa y salvaguarda del orden económico, a la vez de observar estrictamente los derechos fundamentales de los diversos actores del mismo, así como, lo propio de sus principios procesales. Esto es, aterrizar en la naturaleza de su quintaesencia y dación.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO GONZÁLEZ, Jorge Luis. Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000100095. Puebla, 2015.

BRUMA. Los nuevos retos de la delincuencia económica, analizados por economistas y abogados. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <https://lagacetadealmeria.es/los-nuevos-retos-de-la-delincuencia-economica-analizados-por-economistas-y-abogados/>. Almería, 2019.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. Derecho penal - Globalización y Derecho Penal Económico. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <https://www.iaeu.edu.es/estudios/derecho/derecho-penal-globalizacion-y-derecho-penal-economico/>. España.

KINDHÄUSER, Urs. De la presentación al Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico. ONTIVEROS ALONSO, Miguel (Director). En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <https://www.dijuris.com/es/images/archivos/anuario-mexicano-ontiveros-9786079389284.pdf>, Ubijus Editorial. México, 2015.

PÉREZ DUHARTE, Arlín y RODRÍGUEZ GARCÍA, Mariano. Presente y perspectivas del Derecho Penal Económico. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcade2017/papers/11-Presente-perspectivas-Derecho-Penal-Economico.pdf, Lima, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Retos del Derecho penal económico empresarial de nuestro tiempo. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6379-Retos-del-Derecho-penal-economico-empresarial-de-nuestro-tiempo, São Paulo, 2019.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Derecho penal económico. Lineamientos de política penal. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <http://revistaius.com/index.php/ius/article/view/119/114>. Puebla. 2015.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Justicia legal, justicia constitucional, justicia convencional, justicia restaurativa, justicia. ¿Son sinónimos?. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/Justicia-legal-justicia-constitucional.html>. Lima, 2018.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Culpables, millonarios e impunes: El difícil tratamiento del derecho Penal del delito de cuello Blanco. En línea recuperado en fecha 02/05/20 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/de-rechocsociedad/article/view/13063/13675>. Lima, 2012.

4

DIREITOS FUNDAMENTAIS
PROCESSUAIS: A SUPRESSÃO DO
JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA
APELAÇÃO NO JUÍZO “A QUO”
COMO AFRONTA AO PRINCÍPIO
DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO PREVISTO NO INCISO
LXXVIII, DO ART. 5º DA CF-88
E AOS ARTS. 4º, 5º, 6º E 8º DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

FUNDAMENTAL PROCEDURAL RIGHTS:
THE SUPPRESSION OF THE APPEAL
ADMISSIBILITY IN THE “A QUO” COURT
AS AN ARREST TO THE PRINCIPLE
OF REASONABLE DURATION OF THE
PROCEEDING PROVIDED FOR IN ITEM
LXXVIII, OF ART. 5 OF CF-88 AND ARTS.
4TH, 5TH, 6TH AND 8TH OF THE CIVIL
PROCEDURE CODE

José Tadeu Neves Xavier

Pós Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (USC/Espanha), Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Advogado da União, Professor da Graduação em Direito da IMED-POA, Professor da Graduação, Pós Graduação e Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha

Pós Doutora em Direito pela PUCRS, Doutora em Direito pela PUCRS, Mestre em Direito pela PUCRS, Especialista em Processo Civil pela PUCRS, Advogada, Professora Universitária.

RESUMO

O Código de Processo Civil inseriu uma série de modificações no sistema recursal do Processual Civil brasileiro. Dentre as inovações trazidas por esta legislação está a retirada do juízo de admissibilidade recursal da apelação das atribuições do juízo de primeiro grau e a sua outorga ao tribunal de segundo grau. Tal modificação no sistema recursal acarretou uma série de consequências que contrariam as orientações que se encontram presentes nos princípios basilares do processo previstos na Constituição Federal e mesmo no próprio Código de Processo Civil, dentre os quais se destacam os princípios da efetividade do processo, do acesso à adequada tutela jurisdicional e o da razoável duração do processo.

Palavras-chave: Processo civil, apelação, admissibilidade.

ABSTRACT

The Civil Procedure Code introduced a series of changes in the Brazilian Civil Procedure appeal system. Among the innovations brought about by this legislation is changing the admissibility judgment of the appeal from the first degree court to the second degree court. This change in the appeal system entailed a series of consequences that contradict the guidelines that are present in the basic principles of the process provided for in the Federal Constitution and even in the Civil Procedure Code itself, among which the principles of effectiveness of the process, of access adequate jurisdictional protection and the reasonable duration of the process.

Keywords: civil procedure, appeal, admissibility.

1 INTRODUÇÃO

Correlacionar tempo e direito, tanto na perspectiva das reformas processuais do Código de Processo Civil de 1973, quanto sob a égide do Código novel, é tarefa dos processualistas que buscam fazer presente o fenômeno da temporalidade: uma silepse sempre presente quando tratamos de reforma legal. O Código de 1973 foi objeto de várias reformas processuais que acabaram por transformar algo que era ordenado e lógico em algo sem qualquer preocupação com ordem e fluidez legislativa. Se a meta do legislador era acabar com a demora à solução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário, tal meta, definitivamente, não foi alcançada. Com as reformas do Código de Processo não houve avanço em relação à temporalidade do processo. Diante desse cenário, partiu-se para um novo código, uma nova legislação processual sem, entretanto, esquecer as relações entre tempo e direito.

Nessa esfera, quando se deambula pelos mais distintos conceitos de tempo na companhia de pensadores de diferentes origens (no tempo, no espaço e na ideologia), percebe-se que o tempo é um *continuum* da humana existência enquanto entes que descobrem sentidos; **é um *continuum*** que proporciona a transformação e que marca a constante evolução dos seres e das coisas.

Noutra perspectiva, tempo é fato que ocorre em sociedade, é fato social, também, algo que **é sentido** e que pode ser experimentado. Tempo é vivência pessoal e civilizacional que adlesce qualitativamente e se reproduz quantitativamente. **À luz desse enfoque, emerge a indagação** acerca da aplicabilidade prática do princípio da razoável duração do processo na seara do processo civil.

Em apertada síntese, o direito processual civil, como ciência social aplicada, serve-se do tempo. Tempo que marca, e bem, os limites do “instante que passa...” da incidência provável da lei à impossibilidade de sua incidência. Marca bem o estado do que é ao estado do que não pode ser jurídico, regula as sucessões ou da aquisição e da perda das pretensões e dos direitos. O tempo em “nosso” universo consagra a finitude de todas as coisas e, no direito processual, na sua maturidade científica, revela-se na imagem de um cronômetro que busca responder à pergunta: qual é a pretensão de duração de um processo? Todo o conjunto normativo, na perspectiva da ciência do direito, aspira com a criação de estruturas de vigência de larga duração. Há, ademais, sempre equilíbrio entre passado e futuro, seu *cronotopos* está na coerência de um “marcar passos” lentos, mas seguros. O relógio do direito processual ajusta a sua velocidade para adaptá-la às mudanças, pois o tempo do direito não está apenas no passado, tampouco somente no futuro, mas sim no ritmo lento do futuro

passado. Um presente que se prolonga e que antecipa, mas protege o que passou.

No âmbito das leis voltadas à jurisdição, ressaí a matriz de que o processo deve ser analisado, pelo Poder Judiciário, dentro de um prazo razoável enquanto direito fundamental. Nesse viés, sob a batuta dos direitos fundamentais, o presente estudo tem por desiderato analisar de que forma a supressão do juízo de admissibilidade da apelação, no juízo “a quo”, afronta o princípio da razoável duração do processo previsto no bojo do inciso LXXVIII do art. 5º **da Constituição Federal**. De igual forma, a análise, ora em tela, também irá verificar se, além da afronta à Constituição, são arrostados dispositivos do Código de Processo Civil, em específico, aqueles previstos nas normas fundamentais processuais: art. 4º (razoável duração do processo), art. 5º (boa-fé processual), art. 6º (cooperação processual) e art. 8º (dignidade da pessoa humana).

Com esse mister, parte-se da análise dos pressupostos de admissibilidade recursal, enquanto matéria de ordem pública. Na sequência, traz-se um exemplo, de ordem prática, onde se demonstra quais são as consequências processuais da feitura do juízo de admissibilidade somente no segundo grau de jurisdição: inúmeros recursos são remetidos, ao Tribunal, sem, entretanto, preencherem os requisitos para terem êxito quando da apreciação do juízo de admissibilidade. Por fim, traz-se a lume que, em verdade, o envio de recurso visivelmente inadmissível, ao segundo grau de jurisdição, afronta tanto os ditames da Constituição Federal quanto verbetes do próprio Código de Processo Civil. No que tange à metodologia adotada no desenvolver da presente pesquisa, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, na invocação da lei frente a casos concretos, chegando-se a con-

clusões de cunho mais particulares do que o conteúdo fundado nas premissas nas quais está balizado.

2 OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL COMO MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E A SUPRESSÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA APELAÇÃO NO JUÍZO “A QUO”

Conforme os ensinamento de Friedrich Lent e Othmar Jauernig (LENT e JAUERNIG, 2002),

Os pressupostos da admissibilidade correspondem aos pressupostos gerais do processo. Como na sua falta não pode seguir-se qualquer decisão de fundo da acção, também aqui na falta de admissibilidade não pode haver qualquer objecto do recurso; antes, este tem de ser rejeitado por inadmissível sem exame do seu objeto.

Da citação ora colacionada exsurge a constatação de que os requisitos de admissibilidade recursal são matéria de ordem pública e devem ser apreciados, a qualquer tempo, por qualquer instância, mesmo que o Órgão Jurisdicional competente, à época, não o tenha feito. Portanto, entende-se que os requisitos de admissibilidade recursal são *questão* de ordem pública porque refletem o interesse de toda a sociedade e, dessa forma, são imperativos que norteiam a correta prestação jurisdicional.

Dentre os requisitos de admissibilidade recusal, temos o cabimento, a tempestividade, o preparo, a legitimidade e o interesse processual. Neste momento, e para a análise da presente pesquisa, foca-se nos requisitos da tempestividade e do cabimento do recurso.

Pelo Código de 1973, cabia ao juízo *a quo* fazer a análise dos requisitos de admissibilidade da apelação. Entretanto,

com o advento do CPC de 2015, houve a supressão do juízo de admissibilidade da apelação no primeiro grau de jurisdição. Portanto, agora, a análise é feita, exclusivamente, no segundo grau de jurisdição. Essa análise, feita somente no segundo grau, traz celeridade processual ou maior retrocesso temporal? Para responder à questão ora formulada, utiliza-se de um exemplo prático para enfrentar a cinca propriamente dita.

Em uma carta precatória, oriunda de um processo de execução, cujo objeto era tão somente a avaliação e praça de 50% de 10 (dez) lotes urbanos penhorados, de propriedade dos executados, foi exarada decisão judicial que homologou a arrematação e determinou a expedição da respectiva carta em favor da arrematante.

Pois bem, da decisão em tela, os executados manejaram recurso de apelação. Ocorre que, segundo preconiza o Código, no parágrafo único do art. 1015, o recurso cabível, das decisões prolatadas no processo de execução é o agravo de instrumento. Tendo em vista que a referida carta precatória nada mais é do que um ato do processo executivo, é recorrível, conseqüentemente, via agravo de instrumento e não via apelação. Por tal motivo, a apelação é inadmissível e, obviamente, incabível o Princípio da Fungibilidade entre apelação e agravo, senão vejamos:

Primeiro porque estes dois recursos atacam atos de natureza distinta, vale dizer, enquanto a apelação é manejada contra a sentença; o agravo é manejado contra a decisão interlocutória.

Em segundo lugar, ao interpor o recurso de apelação e não o recurso de agravo, estão os executados, em verdade, comentendo erro grosseiro. De fato, a interposição de recurso onde resta configurado o erro grosseiro não pode prosperar. Consoante magistério de Araken de Assis, “erro grosseiro se configura,

efetivamente, na hipótese de a parte interpor recurso diferente do expressa e desnecessariamente apontado como próprio no dispositivo legal.” (ASSIS, 2012). Ensina, ainda, o douto mestre, ao tratar dos fundamentos para rejeitar a fungibilidade recursal, que, de fato, o “recurso próprio exhibe pressupostos específicos [...], submetendo-se a negligência na simples troca do nome da espécie recursal ou, investigando mais a fundo, a inépcia da petição recursal, em virtude do descumprimento daqueles pressupostos.” (ASSIS, 2012). *In casu*, os executados deveriam ter interposto agravo de instrumento, pois, conforme alhures asseverado, o art. 1015, parágrafo único do NCPC prevê a interposição de agravo de instrumento contra decisão proferida no processo de execução.

Em terceiro, cumpre destacar que inexistente “sentença homologatória” de arrematação, salvo no velho Regulamento 737 de 1850. No CPC de 1973, versão originária, haveria sentença na adjudicação, concorrendo vários pretendentes (art. 715, § 2.º). Tendo em vista a inexistência de sentença homologatória de arrematação, por óbvio, incabível é o recurso de apelação contra a decisão interlocutória que apenas homologou a arrematação. Portanto, no atual sistema processual brasileiro, o recurso aforado pela agravada não existe, eis que não encontra amparo legal vigente no ordenamento pátrio. Portanto, entende-se que a remessa de recurso visivelmente inadmissível, cujo vício é insanável, ao segundo grau, fere o princípio da razoável duração do processo previsto tanto na Carta Magna quanto no próprio CPC. Nesse passo, a seguir, esmiúça-se a presente argumentação.

3 O ENVIO DE RECURSO VISIVELMENTE INADMISSÍVEL, AO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, COMO AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO PREVISTO NO INCISO LXXVIII, DO ART. 5º DA CF-88 E AOS ARTS. 4º, 5º, 6º E 8º DO NOVO CPC

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo. Tal princípio encontra-se insculpido no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, com o seguinte teor: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Vale dizer: a busca da efetividade do processo advém do direito constitucional, da garantia constitucional de acesso à adequada tutela jurisdicional, que deve ser prestada dentro de um prazo razoável.

O direito à prestação jurisdicional tempestiva¹ e célere não pode ser visto apenas como um direito a uma prestação fática (ESTEVEZ, 2005). O direito à tutela jurisdicional tempestiva e célere exige a técnica processual adequada, a instituição de um procedimento capaz de viabilizar a participação e, por fim, a própria resposta jurisdicional.

Logo, vê-se que o direito à tutela jurisdicional tempestiva e célere pressupõe consideração aos direitos de participação e de edição de técnicas processuais adequadas e idôneas e, também, pressupõe a obtenção de uma prestação por parte do Estado-juiz. O dever de prestação que se consubstancia em dever de proteção

¹ Ensina Diego Fernandes Estevez que “a duração razoável do processo apresenta dupla face: a duração oferecida pelo Estado e a duração a ser recebida pelo jurisdicionado.”(ESTEVEZ, 2005).

por parte do Estado-juiz² se materializa no momento em que há a prolação da decisão judicial a respeito, por exemplo, de direitos fundamentais. Portanto, o direito à tutela jurisdicional célere, tempestiva e efetiva (sem perder sua característica de direito de iguais oportunidades de acesso à justiça a todos os sujeitos do processo) é direito fundamental previsto na Carta Magna Brasileira (ASSIS, 2006).

Nesse diapasão, a partir da fundamentalidade do princípio da razoável duração do processo traz-se, para dentro da esfera do direito processual civil, a aplicabilidade prática do preceito. Nesse sentir, os art. 4º e 6º do NCPC pontuam pela necessidade das partes obterem, em tempo razoável, a solução integral do mérito.

Reza o art. 4º que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” Por sua vez, o art. 6º disciplina que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” Eis o ponto fulcral a ser observado: o recebimento de recurso inadmissível, cujo vício é insanável, afronta não apenas a garantia fundamental à razoável duração do processo como, também, os ditames do NCPC.

Ao receber recurso reconhecidamente inadmissível, está o Judiciário a procrastinar o andamento processual desnecessariamente! E mais: ao receber o recurso inadmissível, está o magistrado a ofender o princípio da cooperação encampado pelo art. 6º do NCPC, *in verbis* “todos os sujeitos do processo devem co-

² Já dizia Hans Kelsen que “a função denominada jurisdição é muito mais constitutiva, criadora de direito, na verdadeira acepção da palavra. Pois existe uma situação de fato concreta, ligada a uma específica consequência jurídica, e toda essa relação é criada pela sentença judicial. Assim, como ambas as situações de fato são ligadas nas relações do geral pela lei, assim deverão estar unidas, na relação do individual, pela sentença individual.” (KELSEN, 2003).

operar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Diga-se, ainda, que não apenas ao magistrado cabe zelar pela razoável duração do processo. Conforme o dispositivo em tela, também às partes é dado tal dever. Portanto, a parte, ao manejar recurso visivelmente impróprio, além de perpetuar o erro grosseiro, está a procrastinar o feito e, assim o fazendo, afronta não apenas a cooperação, mas também a boa-fé processual preconizada no art. 5º do CPC, *in verbis* “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” Para Aline Marques Pinheiro, “o artigo 5º do CPC elege o princípio da boa-fé processual, enquanto dever das partes envolvidas no processo, sendo considerado um elemento indispensável das relações jurídicas” (PINHEIRO, 2019). No tópico, esclarece Guilherme Rizzo Amaral que

[...] evidentemente o direito das partes a participar efetivamente do processo, dialogando com o órgão jurisdicional para a construção da solução mais justa para o caso concreto, traz consigo um correspondente dever de exercer tal atividade de forma proba, leal e efetivamente comprometida com a rápida solução da lide. Assim, sempre que as partes ou seus procuradores desviarem-se deste objetivo e passarem a se utilizar do processo como mecanismo de protelação da solução para o caso concreto, o princípio da cooperação, que até então fora aplicado para garantir o direito de participação no processo, passa a ser base fundamentadora para a aplicação de sanções processuais, como, aliás, comumente ocorre na jurisprudência. (AMARAL, 2015)

Por outro lado, resta cristalino que o recebimento de recurso inadmissível fere os fins sociais do processo tais quais disciplina-

dos no art. 5^o da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), com a redação dada pela Lei nº 12.376/2010, bem como o disposto no art. 8^o do NCPC: “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá **aos fins sociais** e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. A expressão fins sociais significa, conforme dizeres de Cristiano Imhof e Bertha Steckert Rezende, “além de resolver o litígio, é proporcionar a tranquilidade social” (IMHOF e REZENDE, 2015). Com o fito de proporcionar a tranquilidade social, “os objetivos da resolução da lide em causa individual transcendem à esfera privada” (ASSIS 2016) e, ao transcender, afetam toda a sociedade.

Nessa toada, emerge a assertiva de que ao receber um recurso inadmissível, está o Judiciário a esquecer o fim social do processo, uma vez que está deixando de examinar peças processuais bem elaboradas e causas que, em última análise, primam por solução. Logo, nessa ordem de ideias, indaga-se:

1- Por que receber um recurso em que já foi detectada, no seu nascedouro, a inadmissibilidade?; 2- Por que receber um recurso que, inadvertidamente, foi elaborado com vício insanável?; e 3- Por que se utilizar da máquina jurisdicional se, ao fim e ao cabo, restará flagrante a inadmissibilidade recursal e configurado o erro grosseiro?

Fato é que o recebimento do referido apelo e o seu envio ao segundo grau de jurisdição se mostra contrário à duração razoável do processo e aos fundamentos do CPC.

³ “Art. 5^o. Na aplicação da lei, o juiz atenderá **aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum**”.

De outra seara, ainda que não seja o foco do presente ensaio, é imperioso referir que o Código, no art. 1015, em rol *a priori* taxativo, elencou as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Entretanto, o próprio Código, em nome de “outras hipóteses previstas em lei” traz diversas situações de cabimento do recurso. Daniel Amorim Assunção Neves, de forma elucidativa, explica que

Além do rol do art. 1.015, outros dispositivos no ordenamento jurídico prescrevem decisões interlocutórias passíveis de agravo de instrumento, como é o caso do art. 354 do CPC, o qual positiva que será impugnável por agravo de instrumento a sentença que resolve apenas a parcela do processo quando se tratar das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III. A decisão proferida, quando se tratar de julgamento antecipado parcial do mérito, também deverá ser impugnada por agravo de instrumento de acordo com o art. 356, § 5º, pois neste caso o juiz decide parcialmente o mérito quando um ou mais pedidos formulados se mostram incontroversos ou estão maduros para julgamento. Há também o cabimento do agravo de instrumento no art. 101 caput que trata de decisão interlocutória quando versa sobre a resolução do pedido de gratuidade da justiça, ou seja, todos estes são, de certa forma, já englobados nas hipóteses do art. 1.015, mas que o legislador preferiu por explicitar novamente o cabimento (NEVES, 2016).

Ademais, o STJ, em inúmeras decisões, se posicionou pela mitigação da taxatividade do rol do art. 1015, às vezes ampliando e, em outras, restringindo as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. No Recurso Especial n. 1696396/MT e no Recurso Especial n. 1704520/MT, o STJ ampliou o rol dos incisos do art. 1015 do CPC para incluir, como hipótese de cabimento do agravo de instrumento, situações de urgência que impliquem em inutilidade do reexame em futura apelação. Já no Recurso Especial n. 1700305/PB, o STJ restringiu a hipótese de

cabimento do parágrafo único do art. 1015 ao se pronunciar no sentido de que nem toda a decisão, na execução, é agravável.

Conforme mencionado, voltando-se às digressões iniciais, o Código, expressamente, prevê que cabe agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de cumprimento de sentença e também nos processos de execução.

Em que pese a expressa previsão legal, na prática, o que se vê é a interposição de apelações em face de decisões que rejeitam impugnações (ao cumprimento de sentença) ou até mesmo em casos de exceção de pré-executividade. Como o juízo de admissibilidade desses recursos ocorre somente no 2º grau de jurisdição, recursos intempestivos e com erro grosseiro estão sendo enviados aos Tribunais.⁴ Portanto, claramente, vê-se que a supressão do juízo de admissibilidade da apelação está afrontando não somente direitos e garantias fundamentais, mas também está impactando na falta de celeridade processual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo buscou fazer uma correlação entre tempo e direito, entre celeridade e morosidade, entre temporalidade e in-

⁴ Ao analisar o tema, Lúcio Delfino assevera que “na vigência do código revogado, como o filtro de admissibilidade funcionava já em primeiro grau, recursos mal interpostos, frutos de erro grosseiro ou mesmo intempestivos tinham seu seguimento obstado de pronto, e os atos processuais voltados à satisfação do crédito seguiam trâmite regular, cabendo ao interessado, se assim quisesse, manejar o competente agravo de instrumento na tentativa de se fazer prosseguir no jogo recursal. Hoje, contudo, os juízes encontram-se maniatados: banido o controle prévio de admissibilidade, estão obrigados, cumpridas as formalidades legais, a encaminhar para o tribunal os autos em que a apelação foi encartada (art. 1.010, §3o). Na prática, significa isso a paralisação inidônea da execução, cuja inanição processual se fará arrastar sabe-se lá por quanto tempo.” (DELFINO, 2017).

tertemporalidade ao se debruçar sobre as cosequências da supressão do juízo de admissibilidade da apelação, pelo primeiro grau de jurisdição, enquanto afronta ao princípio da razoável duração do processo.

Temporalidade e intemporalidade não são expressões sinônimas, embora possam guardar simetria de significado. Temporalidade é a qualidade, ou o estado ou, ainda, a condição do que é temporal. Intertemporalidade é “intervalo do temporal” ou o que está no íterim do tempo. O direito na sua temporalidade é consecutivamente “interinidade sempre presente”, ou manifestação de simetria entre fato e norma contemporâneos; já na sua intertemporalidade é sucessivamente um conjunto de intervalos entre fato e norma contemporâneos e não-contemporâneos (de)marcando – entre outras possibilidades – a irretroatividade, que é sempre qualidade do que não tem efeito sobre o passado.

O tempo, no direito, constrói-se a partir daquilo que determinam as regras previstas em lei. Segundo François Ost, quando dizemos que podemos “dar” o tempo, que podemos “tomar” o tempo, em verdade, estamos construindo ou temporalizando o tempo. Assim, temporalizar significa construir o tempo. Segundo o autor, o conceito de temporalização se presta para que se veja o tempo como uma instituição social (OST, 1999). O fenômeno tempo nas relações jurídicas, segundo Ost (OST, 1999), “é uma obra frágil e de todos os lados surge a ameaça da destemporalização”, vale dizer: a destemporalização (PONTES DE MIRANDA, 1999) é uma figura fora do tempo que prenuncia o perigo à estabilidade das relações jurídicas. O tempo do processo tem seu curso próprio, é “o tempo separado do da vida real” (OST, 1999) e regulado pelo que ditam as normas, as regras, os códigos. O tempo do processo é um tempo ordenado, pré -pro-

gramado que obedece a uma pré-definida sequência e a uma determinada regularidade.

Sob esse enfoque, de plano, percebe-se que tempo e direito estão intimamente interligados e, inclusive, a partir da produção da norma. A norma é o resultado desta complexa evolução que é a relação entre tempo e direito, sendo sempre o direito no tempo, ademais que esta relação traz consequências para a vida útil do processo, quando relacionamos tempo/direito/processo. Nesse passo, afere-se que o fator determinante da visível morosidade na administração da Justiça traz prejuízos tanto para as partes quanto para a sociedade. Questões como a dimensão temporal do processo e o direito ao processo sem extenuantes dilações são os temas que mais preocupam os juristas na atualidade.

Em verdade, a excessiva duração do litígio vulnera não apenas a garantia do devido processo legal, mas também traz a inobservância da garantia da efetividade e, principalmente, do acesso à justiça. Como forma de atenuar a morosidade jurisdicional, diversas leis foram editadas no sentido de amenizar os efeitos da demora jurisdicional dando-se, assim, início às ondas de reformas do Código de Processo Civil de 1973 que, entretantes, a edição das leis constantes das reformas parciais do Código de Processo Civil produziram um efeito perverso, isto é, a ruptura da sistematicidade do referido diploma legal: a unidade do Código de Processo Civil de 1973 foi seriamente prejudicada com a assimetria estrutural dos atratores da lei processual. Diante da falta de sistematicidade, buscou-se a edição de um novo código que teve, como preocupação central, a celeridade processual e,

em suma, a razoável duração do processo conforme prevê, expressamente o art. 4^os.

Destarte, a questão da celeridade processual foi esquecida quando o tema pautado é o juízo de admissibilidade da apelação, eis que, com o advento do CPC de 2015, houve a supressão do juízo de admissibilidade da apelação pelo primeiro grau de jurisdição. Tendo em vista que o juízo de admissibilidade da apelação é feito, somente, no segundo grau de jurisdição, estão sendo interpostas apelações contra decisões que rejeitam as impugnações ao cumprimento da sentença, apelações sem o pagamento de preparo, apelações com erro grosseiro e apelações intempestivas. O juiz, ao receber a apelação e ao detectar tais problemas, nada pode fazer a não ser remeter o processo ao segundo grau de jurisdição. Portanto, claramente, vê-se que a supressão do juízo de admissibilidade da apelação afronta a garantia constitucional da razoável duração do processo.

⁵ Sobre o art. 4^o do CPC, Augusto da Silva Farias aduz que “o artigo 4^o do Código de Processo Civil revela-se como cópia do que preconiza, literalmente, o texto contido no art. 5^o, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O art. 4^o propôs, de forma expressa na sua redação, que o processo atenderá “em prazo razoável” (tempo) “a solução integral do mérito” (objetivo processual) e a “atividade satisfativa às partes” (objetivo material). Nota-se que a atenção voltada aos procedimentos erigiu forma com o objetivo de atender uma demanda atingindo o mérito, com satisfação às partes e em prazo razoável na duração destes procedimentos. Possível vislumbrar, então, que se tratam de escopos árduos ao Estado, mas que já vinham sendo tratados anteriormente pela disposição conferida pela E.C.n^o 45/04. Em verdade, a duração razoável do processo já tinha participação constitucional, antes mesmo do advento da E.C. n^o 45 de 08.12.2004. Ocorre que a disposição feita no art. 8^o, 1, do Pacto de San Jose da Costa Rica já previa a razoável duração do processo. Tal premissa principiológica foi acolhida pela República Brasileira, tendo em vista a inteligência projetada pelo art. 5, § 2^o da C.R.F.B./88.” (FARIAS, 2019).

5 REFERÊNCIAS

AMARAL, G. R. 2015. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. São Paulo, RT, 1100 p.

ASSIS, A. 2012. **Manual dos Recursos**. 4. ed. São Paulo, RT, 1210p.

ASSIS, A. 2016. **Processo Civil Brasileiro**. v. I. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1536p.

ASSIS, A. 2006. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *In*: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. **Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 195.

DELFINO, L. 2017. Eliminação do duplo filtro de admissibilidade foi tiro que saiu pela culatra. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-09/fim-duplo-filtro-admissibilidade-tiro-saiu-culatra>. Acesso em: 09/08/2021.

FARIAS, A. S. 2019. A razoável duração do processo: a busca pela eficiência a partir de instrumentos processuais erigidos pelo atual diploma processual civil. *In*: ROCHA, M. G. M. (coord.). **Neoprocessualismo: a constitucionalização do processo civil e as normas fundamentais processuais**. Porto Alegre: Paixão Editores, p.127-148.

ESTEVEZ, D. F. 2005. Duração razoável do processo e recursos extraordinários. **Revista Páginas de Direito**, 5(283), Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/100-artigos-jul-2005/5267-duracao-razoavel-do-processo-e-recursos-extraordinarios>. Acesso em: 09/08/2021

GOMES JÚNIOR, L. M. 2005. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro, Forense, 293p.

IMHOF, C.; REZENDE, B. S. 2015. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 1473p.

KELSEN, H. 2003. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo, Revista dos Tribunais, 282p.

LENT, F.; JAUERNIG, O. 2002. **Direito Processual Civil**. 25. ed. Coimbra,, Almedina, 480p.

NEVES, D. A. A. 2016. **Manual de direito processual civil**. v. único. 8. ed. Salvador, JusPodivm, 1840p.

PINHEIRO, A. M. 2019. O artigo 5º do CPC e a boa-fé processual. *In*: ROCHA, M. G. M. (coord.). **Neoprocessualismo: a constitucionalização do processo civil e as normas fundamentais processuais**. Porto Alegre: Paixão Editores, p.245-264.

OST, F. 1999. **O Tempo do Direito**. Lisboa, Instituto Piaget, 442p.

PONTES DE MIRANDA, F. C. 1999. **O Problema Fundamental do Conhecimento**. Campinas, Bookseller, 330p.

PORTO, S. G.; USTÁRROZ, D. 2020. **Manual dos Recursos Cíveis**. 7. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 320p.

5

O DEVER DO ESTADO DE
AUTORIZAR E CONTROLAR A
PRODUÇÃO DE ALIMENTOS
TRANSGÊNICOSTHE STATE'S DUTY TO AUTHORIZE
AND CONTROL THE PRODUCTION OF
TRANSGENIC FOODS**Valmir César Pozzetti**

Pós Doutor em Direito realizado na Universidade de Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito realizado na Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França; Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França; Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM (CIESA), Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luis Gonzaga/SP. Membro da APRODAB - Assoc. de Professores de Direito Ambiental do Brasil) e da ACCA (Academia de Ciências Contábeis do Amazonas)
E-mail: v_pozzetti@hotmail.com.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2339-0430>

Daniel Gabaldi Pozzetti

Engenheiro Ambiental pela FAMETRO/AM; discente Especial do Mestrado: PPGCASA - Programa de Pós Graduação em Ciências Ambientais e Sustentabilidade na Amazônia – UFAM. Email: daniel_pozzetti@hotmail.com.
Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-7500-3220>

Katia Maria Pessoa Garcia

Pedagoga, Discente Especial do Programa PPGCASA – Mestrado e Doutorado em Ciências Ambientais e Sustentabilidade na Amazonia.
Email: ktinha-garcia@hotmail.com

Renata Kemi de Souza Soares

Discente Especial do Mestrado em Ciências Ambientais e Sustentabilidade na Amazônia – PPGCASA. Bacharel em Direito pela UEA – Univ. do Estado do Amazonas - Email: rkdss.dir@uea.edu.br

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é o de analisar as regras jurídicas brasileiras no tocante às responsabilidades do Estado, poder/dever, seja na autorização ou na fiscalização da produção de alimentos transgênicos. A metodologia utilizada nessa pesquisa é a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa foi bibliográfica e quanto aos fins, qualitativa. A conclusão a que se chegou foi a de que o Estado brasileiro, ao fazer publicar a Lei nº 11.205/2005 que regulamenta a produção, distribuição e descartes de alimentos transgênicos, estabeleceu mecanismos de controle para o próprio Estado, impondo-se a ele uma postura pró ativa da qual, se descumprir, será responsabilizado, uma vez que o cidadão brasileiro deve ser tutelado pelo Estado quer no âmbito da saúde alimentar, quer no âmbito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras Chaves: Alimentos Transgênicos; Controle administrativo; Dever do Estado; Sustentabilidade Ambiental.

ABSTRACT

The objective of this research is to analyze the Brazilian legal rules regarding the State's responsibilities, power/duty, whether in the authorization or inspection of the production of transgenic foods. The methodology used in this research is the deductive method; as to the means, the research was bibliographical and as to the ends, it was qualitative. The conclusion reached was that the Brazilian State, when publishing Law No. 11.205/2005 that regulates the production, distribution and disposal of transgenic food, established control mechanisms for the State itself, imposing a proactive posture which, if he does not comply, he will be held responsible, since the Brazilian citizen must be protected by the State both in the context of food health and in the context of an ecologically balanced environment.

Key Words: Transgenic Foods; Administrative control; State duty; Environmental Sustainability.

INTRODUÇÃO

As informações veiculadas na mídia nacional e internacional, de que a população da terra crescia em ritmo acelerado e que em breve não haveria alimentos suficientes para todos; fez com que as autoridades políticas e os cientistas se alarmassem. Com isso, iniciou-se uma busca desenfreada para o desenvolvimento de tecnologias que pudessem minimizar o suposto “fantasma da fome” dando origem à especulação monetária, por parte das empresas de biotecnologia; que passaram a desenvolver técnicas de manipulação genética e em seguida, através da mídia, tentaram encontrar mercado consumidor para os seus produtos, com promessa de ali-

mentos mais eficientes, mais nutritivos, mais eficazes, com maior qualidade de durabilidade que os alimentos orgânicos.

Passamos a vivenciar a “Revolução Verde”, onde se intensificou o uso de agrotóxicos, com a desculpa ou “mal necessário” de que só assim é que iríamos vencer a fome mundial. Entretanto, existem muitas dúvidas em relação aos alimentos transgênicos, especificamente no tocante à saúde do consumidor: será que os mesmos trarão ou não prejuízos à saúde?

Assim, o objetivo desta pesquisa é o de analisar as regras jurídicas brasileiras no tocante às responsabilidades do Estado, poder/dever, seja na autorização ou na fiscalização da produção de alimentos transgênicos.

A problemática que essa pesquisa apresenta é: de que forma o Estado brasileiro, poderá controlar e fiscalizar a oferta de alimentos transgênicos no território brasileiro, primando pela saúde física e ambiental dos cidadãos.

A pesquisa se justifica tendo em vista que há relatos de que campos inteiros no Paraguai, antes férteis, agora não o são mais em virtude do uso do agrotóxico glifosato, utilizado de forma casada, na produção de alimentos transgênicos. Some-se a isso, os inúmeros casos de doenças atribuídas à ingestão desses alimentos, tais como câncer, autismo e o mal de Alzheimer.

A metodologia que se utilizará nessa pesquisa é a do método dedutivo, onde se parte de análises gerais, para se deduzir uma conclusão individual; quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica, com uso da doutrina, jurisprudência e legislação; quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

DEFINIÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS

Os alimentos transgênicos são alimentos que sofreram uma combinação genética e, ao mesmo tempo, uma inserção de vírus produzidos em laboratório, que serão imunes aos agrotóxicos utilizados para a produção desses alimentos. Tais alterações permite à empresa de biotecnologia, patentear esse novo alimentos, que não se constrói sozinho na natureza e depende de uma produção em laboratório para se desenvolver no meio ambiente com a ajuda de agrotóxicos específicos, só produzidos pela mesma empresa que construiu a sementes geneticamente modificadas.

Segundo Rodrigues¹, *“alimentos transgênicos são aqueles obtidos a partir de variedades transgênicas ou aqueles em que no seu processamento utilizam-se microorganismos transgênicos. Os organismos geneticamente modificados (OGMs) são aqueles obtidos pela técnica DNA recombinante, nos quais são inseridos genes, em geral de outra espécie ou mesmo reino. Os transgênicos podem ser utilizados para consumo direto ou como insumo ou ingrediente na cadeia de produção de alimentos”*.

Assim, é preciso ter cautela; pois a história não nos permite esquecer alguns acontecimentos tristes e recentes, tais como a ingestão do medicamento Talidomida por mulheres grávidas (que resultou no nascimento de crianças defeituosas); o caso “*vache folle*”- doença da vaca louca (animais que foram alimentados com ração duvidosa, sem maiores estudos a respeito) que causou a morte de centenas de pessoas na Europa; e o caso do sangue contaminado na França que provocou a contaminação de

¹ RODRIGUES, Maria Rafaela Bruno Junqueira. Alimentos Transgênicos. Franca/SP, Lemos e Cruz Ltda, p. 107, 2003.

diversas pessoas pelo vírus HIV, por falta de cuidados. Sendo assim, a dor sofrida no passado pela falta de certeza científica, deixa a comunidade nacional e internacional receosa, em relação aos novéis alimentos transgênicos.

E é desta falta de certeza científica que a polêmica se ergue, entre cientistas, sociedade e juristas. Se não há a certeza científica de que a saúde pública não sofrerá prejuízos, os juristas alertam para que se observe a Carta da República, nos incisos II e V, do § 1º, do artigo 225, onde se estabelece de forma clara, a obrigação do Poder Público de primar pela defesa e preservação da sadia qualidade de vida do povo brasileiro, estabelecendo parâmetros para isso. Este dispositivo legal está intimamente ligado ao Princípio da Precaução² e à teoria do Risco do Desenvolvimento³, com previsão legal no inciso III, §1º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 441 do Código Civil.

A discussão doutrinária a respeito desta precaução que se deve ter, antes de liberar o alimento transgênico, é grande. No Brasil muito se discutiu, diversas decisões judiciais proibiram o cultivo e a comercialização de alimentos transgênicos, com base no artigo 225 da CF/88 e no Princípio da Precaução. Por esse motivo, este texto Constitucional foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.974 de 05.01.1995, que criou a CTNBio – Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - e estabeleceu normas técnicas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

² Princípio de Direito Ambiental, constante da Declaração Rio/92. que estabelece que se não há certeza científica de que o dano não ocorrerá, a atividade não deve ser liberada.

³ Teoria do Risco do Desenvolvimento estabelece que: “há riscos quando um produto é inserido no mercado de consumo e, os riscos dele advindos não podem ser conhecidos ou identificados, só vindo a sê-los após a oferta, face ao desenvolvimento tecnológico.

Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 1.752, de 20.12.1995 e por Medidas Provisórias posteriores. A lei nº 8.974/95, foi revogada e aperfeiçoada pela Lei nº 11.105/2005, que passou a definir “organismo” no inciso IV do seu artigo 3º.

Pois bem, esta legislação brasileira define que a CTNBio – Comissão de Biotecnologia, formada por cientistas renomados na área, oriundos das Universidades Brasileiras, é que decidirá sobre a liberação de determinada espécie transgênica no mercado consumidor. Para isso, estabelece a obrigatoriedade de Estudos de Impacto Ambiental, pelo produtor, e mais uma série de exigências para que o produto seja aprovado.

Esta polêmica também se faz, com muita intensidade, na Europa. Apesar da resistência brasileira aos transgênicos, o Brasil iniciou o seu processo legislativo a respeito do assunto em 1995, e promoveu alterações em 2005.

2. FRANÇA E UNIÃO EUROPÉIA: OPOSIÇÃO AOS OGMS

Em fins dos anos 90, tanto na França como em toda a Europa, desenvolveu-se intenso movimento de oposição aos OGMS; muito embora, desde o início esta tecnologia havia sido apresentada como promissora.

Segundo BONNY⁴, *em fins de 1996 chegaram à Europa as primeiras importações de sementes transgênicas dos EUA, que acenderam o debate em torno da autorização à empresa Novartis, para produzir o milho transgênico Bt*. Entretanto, neste mo-

⁴ BONNY, SYLVIE Organismo Geneticamente Modificados. Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p.221. Organizado por VARELLA, Marcelo Dias.

mento, a opinião pública francesa estava com marcas profundas, em virtude três acontecimentos angustiantes:

a) sangue contaminado (HIV) – onde pacientes foram submetidos a transfusões de sangue e receberam produtos de sangue contaminado pelo vírus da AIDS, em uma época em que o nível de conhecimento já teria permitido limitar essa prática perigosa;

b) caso “Vaca Louca” – doença degenerativa adquirida pelo gado de corte, pela ingestão de farelo de restos de animais doentes; havia grande suspeita sobre os riscos e, apesar disso, adiaram-se algumas medidas com respeito à alimentação do gado e importações de carne; medidas que, em alguns casos, nem chegaram a ser tomadas, principalmente por causa dos interesses econômicos do setor;

c) o caso amianto – produto utilizado nas construções que provocava doenças nos seres humanos. Embora os riscos fossem conhecidos há tempo, ele continuou a ser usado, especialmente para proteger os interesses dessa indústria, que mantinha um “ator” influente junto aos órgãos oficiais responsáveis para avaliar e administrar riscos.

Esses fatos provocaram grande desconfiança, levando as pessoas a achar que as empresas e autoridades públicas às vezes desconsideraram certos riscos à saúde, a fim de proteger interesses econômicos ou políticos. Assim, em fins da década de 90, o debate sobre OGM (autorização, importação, rotulagem, impacto, etc..) estava situado em um contexto muito influenciado por questões de insegurança alimentar que tinham recebido ampla divulgação nos meios de comunicação.

Os opositores aos transgênicos pregam que a sua tecnologia é de **alto risco** e que não há nenhuma vantagem para o consumidor, ao passo que para a empresas que os desenvolvem, as

vantagens são inúmeras. Assim, segundo nos relata BONNY⁵, os franceses realçam dois argumentos para rejeitar os alimentos transgênicos:

1) Os OGMs representam muitos riscos, dos quais ninguém pode escapar, uma vez que se relacionam com o alimento diário e o ambiente imediato. Além disso, podem ocorrer acidentes biológicos perigosos, com a criação, intencional ou não de microorganismos virulentos, ou a criação e o escape de novas formas de vida que podem pôr o homem e o ambiente em risco. Os OGMs apresentam ainda outros perigos e riscos mais globais para os agricultores de países em desenvolvimento e para a biodiversidade, o que torna legítima – e até mesmo eticamente essencial – a oposição e ações contra eles.

2) Seus possíveis benefícios irão primariamente para as empresas que os produzem e não para a sociedade como um todo ou os consumidores. Pelo contrário, a segurança da sociedade e dos consumidores é sacrificada.

Apesar de a França colocar muita resistência em relação aos OGMs, ela recentemente regulamentou o assunto através da Lei nº 2008-595 de 25 de junho de 2008, permitindo a cultura e comercialização dos alimentos transgênicos. A nova lei francesa não difere em nada da Lei de Biotecnologia brasileira, a Lei nº 8.974, de 05.01.95, alterada pela Lei nº 11.105/2005, que trata do uso de técnicas de engenharia genética e da liberação, no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados.

Esta Lei, alterou o artigo L.531-2-1 do Código do Meio Ambiente francês, que passou a prever que os organismos geneticamente modificados podem ser cultivados, comercializados ou utilizados apenas com respeito ao meio ambiente e à saúde públi-

⁵ BONNY, SYLVIE Organismo Geneticamente Modificados. Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p.229. Organizado por VARELLA, Marcelo Dias

ca, às estruturas agrícolas, aos ecossistemas locais e às fileiras de produção comercial qualificada como « sem organismos geneticamente modificados », com toda e qualquer transparência.

As autorizações relativas aos organismos geneticamente modificados devem ser feitas em consonância com uma avaliação prévia, independente e transparente, referente aos riscos para o meio ambiente e para a saúde pública. Esta avaliação é assegurada por peritos na área, que deverão pautar suas avaliações de acordo com os princípios jurídicos da competência, da pluralidade, da transparência e da imparcialidade.

A liberdade de consumir e produzir com ou sem organismos geneticamente modificados, sem que isso prejudique a integridade do meio ambiente, a qualidade e as culturas tradicionais, é garantida com respeito aos princípios da precaução, prevenção, informação, participação e responsabilidade, os quais estão insertos na Carta do Meio Ambiente da França, de 2004, e no respeito às disposições comunitárias⁶.

O artigo L.533-5⁷ do Código do Meio Ambiente, alterado por essa Lei, passou a prever que a comercialização de produtos agrícolas geneticamente modificados deve ser objeto de uma autorização prévia. Não pode ser autorizada a comercialização de produtos compostos, na totalidade ou parte, de organismos geneticamente modificados que contêm genes que codificam fatores de resistência aos antibióticos utilizados para tratamentos médicos ou veterinários, pelos quais, na avaliação dos riscos se conclui que eles são suscetíveis de ter efeitos prejudiciais para o ambiente ou à saúde pública.

⁶ Informação obtida no site: fbls.net/culturegenethique.htm, consultado em 27.08.2021.

⁷ Também modificado pela Lei nº 2008-595; informação obtida em : www.legifrance.gouv.fr, consultado em 26.08.2021.

Importante destacar que a Lei nº 595-2008 prevê, em seu artigo 17, que a investigação pública desenvolve as investigações relativas ao genoma nos aspectos concernentes às questões vegetais, à toxicologia, à epidemiologia e à entomologia, apoiando o desenvolvimento das técnicas que permitem detectar os organismos geneticamente modificados e a sua rastreabilidade nos produtos, estudando a sua toxicidade a longo prazo e intensificando as investigações sobre a precisão da inserção do *trans-gêne* e a interação entre a inserção do gene e a expressão do genoma. Da mesma forma que a Lei brasileira, o artigo L.532-2 do Código do Meio Ambiente Francês estabelece que toda utilização, nomeadamente para investigação ou produção industrial de organismos geneticamente modificados que pode apresentar perigo ou inconvenientes para o ambiente ou para a saúde pública, deve ser realizado de maneira confinada.

3. CONTROLE DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS

Assim, uma vez que a legislação permitiu a produção dos alimentos transgênicos e que ainda não se tem certeza científica sobre sua inocuidade à saúde do consumidor, deve-se estabelecer mecanismos de precaução para se buscar a origem do alimento, para retirá-lo do mercado, caso ele se apresente nocivo à saúde. Os mecanismos que já possuímos hoje, para minimizar efeitos desastrosos dos alimentos OGMs é o controle através da rotulagem e da rastreabilidade.

3.1 - ROTULAGEM

O Codex Alimentarius⁸ nos traz a seguinte definição: “o rótulo é caracterizado como qualquer adesivo, marca, desenho, ilustração ou outro tipo de descrição escrita, impressa, gravada” e, “rotulagem é qualquer escrito, impresso ou gráfico, que está presente no rótulo que acompanha o alimento, ou é colocado próximo ao alimento, incluindo aquelas para proposta de promover suas vendas ou exposição”⁹.

Desta forma, os rótulos possuem três objetivos principais: 1) assegurar ao consumidor o fornecimento de informações adequadas sobre a saúde e segurança; 2) proteger consumidores de indústrias de embalagens fraudulentas e ilusórias; e, 3) promover concorrência justa e a comercialização do produto¹⁰.

Assim, os rótulos podem gerar efeitos que vão além do mero fornecimento de informações até a função de educar e alterar comportamentos.

Além disso, o rótulo deve ser apresentado de forma que seja entendido e lido pelo indivíduo comum, versando sobre as condições habituais de uso e compra; caso contrário, o fornecimento de suas informações poderia ser considerado uma política regressiva, pois provê informações que atingirão apenas consumidores pretensamente “educados”.

⁸ CODEX Alimentarius: Programa de Normas alimentares, criado em 1962 pela FAO/OMS (Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação / Organização Mundial de Saúde, cuja funções principais é a de proteger a saúde dos consumidores e assegurar práticas equitativas de comércio regional e internacional de alimentos. Informação disponível no sitio: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/comites/ccab.asp>, consultado em 21 ago. 2021.

⁹ Disponível em <http://codexalimentarius.net/standards/stand.htm>, consultado em 2 ago. 2021.

¹⁰ Disponível em www.agbioforum.org, consultado em 21.01.2008.

De acordo com o Decreto Federal nº 4.680/03, o produto que possuir acima de 1% de ingredientes transgênicos em sua composição deve ser rotulado; tanto os produtos embalados como os vendidos a granel ou *in natura*. A norma exige que o recipiente ou a embalagem tragam o rótulo, em destaque, no painel principal juntamente com o símbolo, algumas expressões padronizadas para informar a sua origem e composição transgênica, devendo conter a espécie doadora do gene e as seguintes informações: “(nome do produto) transgênico”; “contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)”; “Produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico”;

Além do rótulo em destaque, o Decreto determina que os alimentos geneticamente modificados também tragam um símbolo, que é um triângulo amarelo, com a letra “T” dentro deste triângulo, podendo ser impresso também em preto sobre fundo branco, quando a embalagem não for colorida. Ele deverá constar no painel principal da embalagem, que é o que fica voltado diretamente para o consumidor quando o produto está na prateleira. Isto é válido, também, para os alimentos destinados aos animais.

Quem fiscaliza o cumprimento da rotulagem dos alimentos transgênicos no Brasil, são todos os órgãos responsáveis pela fiscalização de alimentos e os de defesa do Consumidor federais, estaduais e municipais: Vigilância Sanitária, Agricultura e os de Defesa do Consumidor¹¹.

Segundo LAPEÑA¹², “o desenvolvimento de uma política de rotulagem parte da premissa de que o consumidor tem o direito

¹¹ Informação obtida no site : <http://www.idec.org.br/id=596>, pagina consultada em 09.02.2021

¹² LAPEÑA, Isabel. Da Rotulagem de produtos Transgênicos. (Cap. 6) Coleção de Direito ambiental. Organismos Geneticamente Modificados, organizado por Marcelo Dias Varella. Del Rey, Belo Horizonte, 2005. p.157.

de saber o que está comprando e, conseqüentemente, consumindo ou usando. A maior fonte de informação a esse respeito, está na rotulagem dos produtos. O consumidor, baseando-se na informação que existe no rótulo do produto, adota a decisão melhor e mais informada na hora de exercer seu direito de opção entre os produtos que se oferecem no mercado”.

Assim, a derradeira função da rotulagem, estaria na função de educar o consumidor. Este entendimento está muito claro no Código de Defesa do Consumidor, no caput do artigo 4º e nos incisos III, IV, V e VI que estabelecem que a Política Nacional das Relações de Consumo deve atender às necessidades do consumidor, primando pela transparência, boa-fé, educação e informação dos fornecedores e consumidores, controle de qualidade e segurança, bem como coibir todos os abusos, no mercado de consumo.

Além disso, a rotulagem também ajuda a resolver problemas de responsabilidades que daí decorram, como por exemplo o caso de alergias, toxidade ou troca acidental no nível de nutrientes dos alimentos que foram modificados geneticamente e que podem provocar situações de perigo para a saúde dos consumidores.

Há que se dizer, também, que a rotulagem permite a rastreabilidade detectando-se a origem do produto alimentar. Os partidários da rotulagem entendem que a rotulagem dos alimentos transgênicos ajudaria a resolver essas questões e que a rotulagem deveria ser responsabilidade daquele que introduz a nova tecnologia. Também concordamos com esse posicionamento; pois o ônus cabe àquele que obterá retornos financeiros. Entretanto, esta tem sido a grande resistência, por parte das empresas de biotecnologia.

Em 2005 a ONG Greenpeace fez a denúncia¹³ ao Ministério da Justiça, de que as empresas de alimentos transgênicos, no Brasil, não seguiam a lei de rotulagem. Esta denúncia motivou a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do estado de São Paulo. O Tribunal de justiça de São Paulo, concedeu liminar para que em 30 dias as empresas Cargill e Bunge, que comercializavam os óleos de soja (marcas Soya e Liza), com mais de 1% de soja transgênica em sua produção, se adequassem ao Decreto nº 4.680/03. Em 30 de janeiro de 2008 a ação recebeu sentença, obrigando que a Lei de Rotulagem fosse cumprida por esses fabricantes de óleo de soja.

Segundo Erickson,¹⁴ na União Européia alimentos que contêm porcentagem superior a 1% de soja ou de milho geneticamente modificado, devem ser rotulados. No Japão, foi estabelecido o nível de 5% para a soja e, no caso do milho, devido ao potencial de polinização cruzada, nenhuma porcentagem foi estabelecida. Já nos Estados Unidos não existe nenhum requerimento obrigatório para rotulagem de alimentos GMs. O Food and Drug Administration (FDA) considera que, se o alimento GM é substancialmente equivalente aos seus análogos convencionais, nenhum tipo de rotulagem é requerida, a não ser nos casos em que o conteúdo nutricional tenha sido alterado ou quando o produto contenha alergênicos conhecidos.

¹³ Vide a íntegra da carta de denúncia, disponível no site: <http://greenpeace.org/br/brasil/transgenicos/noticias/cargill-se-rende-a-lei-leos>, consultada em 05 set. 2021.

¹⁴ ERICKSON, B.E. Citado por WATANABE, Edson. Avaliação de Segurança dos Alimentos Geneticamente Modificados. Artigo publicado no livro Bioética e Biorrisco, Abordagem Transdisciplinar, organizado por VALLE, Silvio e TELLES, José Luiz, Interciência, Rio de Janeiro, 2003, p.107.

Já na Europa, os consumidores tem sido encorajados a exigir os rótulos que identifiquem os alimentos desenvolvidos pela Biotecnologia.

Independentemente do que está prescrito no *caput* do artigo 1º do Decreto nº 4.680/03, a rotulagem de transgênicos no Brasil, está prevista, integralmente, no Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, em seu artigo 6º, III, quando assegura ao consumidor o direito à informação clara, precisa e adequada, com especificação de quantidade, caracterização, composição, qualidade, preço e riscos que representam.

Ademais, o Decreto nº 3.871/01, em seu artigo 1º, § 1º, determina que as expressões “produto geneticamente modificado” ou “contém ingrediente geneticamente modificado” devem constar no rótulo de todo produto desta natureza. Já o § 2º do mesmo artigo estabelece que estas informações devem estar na língua portuguesa, com visibilidade adequada.

Assim, a necessária rotulagem dos alimentos transgênicos é no sentido de informar os consumidores sobre aquilo que estão consumindo, sobretudo para preservar a saúde e a segurança alimentar, que é o principal interesse protegido pela rotulagem.

Importante destacar, neste contexto, o **Princípio da Segurança Jurídica**, que é um dos principais valores informadores da identidade político-filosófica que confere o adjetivo do Estado Democrático de Direito a um dado ordenamento. Este princípio está destacado, de maneira implícita no inciso XXXVI do artigo 5º da CF/88.

Além deste Princípio, importante destacar também o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. A função da Administração Pública é proteger a sociedade como

coletividade, a liberdade de todos, contra o mau uso da liberdade de uns ou de poucos.

Ainda temos que destacar um outro importante instrumento jurídico, que é a Lei nº 9.677¹⁵ de 02 de julho de 1998, que altera o capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo a classificação dos delitos considerados hediondos, os crimes cometidos contra a saúde pública:

Art. 275 – Inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, existência de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Assim, pelo entendimento da legislação acima descrita, o produtor que deixar de cumprir a lei e não rotular adequadamente seus produtos, estará incurso na tipificação de crime hediondo, podendo responder criminalmente.

O entendimento sobre a rotulagem também está legislado no âmbito da OMC- Organização Mundial do Comércio, por isso, vamos verificar a rotulagem neste contexto.

3.2 A ROTULAGEM NO ÂMBITO DA OMC

No âmbito da Organização Mundial do Comércio, a rotulagem dos produtos objeto do comércio internacional, deve-se observar o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio - TBT¹⁶, que determina a rotulagem dos OGMs e seus produtos deriva-

¹⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.677, de 02/03/1998, publicada no DOU de 03/07/98. Disponível na página: <http://www.saude.inf.br/legis/lei9677.htm>, consultada em 02 set. 2021.

¹⁶ TBT Agreement = Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio.

dos, porque se aplica, de modo geral, em matéria de regulações técnicas e padrões referidos, aos requisitos de envasamento e embalagem, com o fim de garantir que o estabelecimento de normas técnicas em relação aos mesmos, não implique numa barreira ao comércio e seja aplicado conforme os princípios de “necessidade e proporcionalidade”.

Segundo LAPENÑA¹⁷, o TBT, em seu Preâmbulo, § 6º, estabelece que:

“não se deve impedir a nenhum país que adote as medidas necessárias para assegurar a qualidade de suas exportações, ou para a proteção da saúde e vida das pessoas e de seus animais ou a preservação de seus vegetais, para a proteção do meio ambiente, ou para a preservação de práticas que possam induzir ao erro, aos níveis que se considerem apropriados, sob a condição de que não apliquem de forma tal que constitua um meio de discriminação arbitrária ou injustificada entre os países em que prevaleçam as mesmas condições ou uma restrição encoberta de comércio internacional e que no mais estejam em conformidade às disposições do presente acordo.”

Importante dizer que no artigo 2.1 do TBT¹⁸, estipula-se que o produto importado receberá um trato nacional; as regulações técnicas não poderão implicar obstáculos desnecessários ao comércio e não poderão ser mais restritivas do que o necessário para alcançar um objetivo legítimo, levando em conta os riscos que se criaria não os alcançando.

¹⁷ LAPENÑA, Isabel. Da Rotulagem de produtos Transgênicos. (Cap. 6) Coleção de Direito ambiental. Organismos Geneticamente Modificados, organizado por Marcelo Dias Varela. Del Rey, Belo Horizonte, 2005. p.163

¹⁸ Disponível em: http://www.wto.org/spanish/docs_s/docs_s.htm; consultado em 05 set. 2021.

Já no artigo 2.2 os objetivos legítimos incluem, entre outros, evitar práticas enganosas de comércio, proteger a saúde humana ou a segurança, o meio ambiente e a sanidade de plantas e animais.

Percebe-se, então, que a rotulagem está em perfeita harmonia com o TBT.

3.3 A ROTULAGEM NA COMISSÃO DO CODEX ALIMENTARIUS

O Codex *Alimentarius* é uma instituição internacional criada pela FAO e OMS (Organismos Internacionais : Agricultura e Saúde) em resposta à necessidade global de harmonização de padrões e testes alimentares – resultado de um longo processo evolutivo envolvendo os mais diversos membros da Comunidade Internacional.

A importância do *Codex Alimentarius* para a saúde dos consumidores e para o Comércio Internacional de Alimentos tem sido destacada por vários documentos internacionais, como a Conferência da FAO/OMS para nutrição, de 1.992; a Conferência Mundial de Alimentos da FAO, de 1.996; e o Acordo de Aplicação de medidas Sanitárias e Fitosanitárias do GATT¹⁹, de 1.995.

Em março de 2003, após várias consultas e exaustivos trabalhos, a Força-Tarefa do *Codex* para Alimentos Derivados da Biotecnologia estabeleceu uma série de princípios relativos à análise de riscos à saúde humana que podem ser gerados por alimentos GMs. Tais princípios dispõem que antes da comerciali-

¹⁹ GATT – General Agreement on tariffs and trade = Acordo Geral sobre Tarifas e Comercio.

zação é essencial uma avaliação, caso a caso, dos efeitos diretos e não-intencionais que os alimentos GMs podem gerar.

Entretanto, no âmbito do *Codex Alimentarius*, a controvérsia está sendo intensa no contexto de elaboração de um Anteprojeto de diretrizes para a Rotulagem de Alimentos obtidos por meio de certas técnicas de modificação/Engenharia genética. Com base nestas informações, iremos ver agora o sistema de rotulagem adotado na União Européia para, em seguida, verificar as disposições no Protocolo de Cartagena.

3.4 A ROTULAGEM NA UNIÃO EUROPÉIA

O regime regulatório Europeu teve como antecedentes as crises alimentares da década de 1.990 em alguns países da União Européia.

Casos como a chamada crise da “Vaca Louca” ou a Encefalopatia Espongiforme Bovina – BSE no Reino Unido e, posteriormente, estendida à Europa; a carne de frango intoxicada com dioxinas da Bélgica e por fim, a febre aftosa. Tudo isso, somado a uma inadequada ou inexistente comunicação dos riscos aos consumidores, em alguns dos casos mencionados, tiveram como resultado um grande receio e desconfiança dos consumidores europeus sobre as modificações introduzidas na cadeia alimentar.

Além disso, estes casos implicaram em uma perda de confiança nas Agências Reguladoras, em sua capacidade de zelar pelos interesses dos consumidores.

É bom ressaltar que, com este temor, em 1.998 a União Européia impôs moratória, de fato, na aprovação de novos OGMs, que recentemente foi suspensa e substituída por uma regulação mais estrita e a rotulagem e a rastreabilidade dos alimentos, que se tra-

duz na descrição do caminho de um produto OGM da granja até a mesa, através de todo o processo de distribuição, processamento e manufatura até chegar ao produto final. O artigo 21 da Diretiva 18/2001 da União Européia obriga os Estados-Membros a tomar medidas para assegurar que, em todas as fases da colocação do produto no mercado, a rotulagem deve existir e ser garantida.

As sucessivas crises que ocorreram na Europa incentivaram a criação e o desenvolvimento de um novo e detalhado arcabouço jurídico sobre segurança alimentar e, em fevereiro de 2002 surge o Regulamento 178/2002, que cria a Autoridade Européia para a Segurança dos Alimentos e estabelece os princípios gerais que devem reger a legislação alimentar no âmbito europeu. Importante dizer que o regulamento é aplicável a todas as fases da produção, transformação e distribuição de gêneros alimentícios e de alimentos para animais.²⁰

Já o Regulamento Europeu, nº 1.830/2003, dispõe sobre à rotulagem de OGMs, e à rastreabilidade dos alimentos e produtos produzidos a partir deles; e o Regulamento 1.829/2003 dispõe sobre alimentos e produtos modificados geneticamente. Entraram em vigor a partir de abril de 2004, e determinam que todos os alimentos derivados de OGM deverão ser etiquetados, existam ou não níveis detectáveis de DNA ou de proteínas de origem OGM no produto final.

Segundo Morais²¹, é permitida unicamente uma presença de OGM, e ainda accidental, de 0,9% nos alimentos. Acima deste limite, o produto deverá ser etiquetado como OGM.

²⁰ MORAIS, Roberta Jardim de. Segurança e Rotulagem de Alimentos Geneticamente Modificados – SERAGEM. Forense, Rio de Janeiro, 2004, p.81

²¹ Idem.

Esta nova regulação também impõe a rotulagem dos OGMs ao consumo animal, seguindo os mesmos princípios para consumo humano. Com isso, o novo regime europeu impõe um sistema de rastreabilidade “da granja à mesa”, de forma que todas as indústrias envolvidas na produção, armazenamento, transporte e processamento dos produtos derivados de OGM deverão ter um histórico de acompanhamento de produto e conservar seu registro por pelo menos cinco anos.

Realmente, a falta de uma uniformização neste aspecto está dificultando as transações comerciais internacionais. Volta e meio o Brasil recebe comissão da Europa, da Rússia, da Noruega para atestar a fidedignidade e procedência da carne ou da soja, realizando embargos e proibição de compra dos alimentos, alegando barreiras sanitárias. Os empresários brasileiros, têm se revoltado, alegando que cumprem todas as exigências do mercado comum europeu e que a situação não pode continuar como está, querendo levar-se o caso à OMC.

Na França, o recente Decreto nº 2009-4522 de 13 de Janeiro de 2009 prevê a rotulagem dos organismos geneticamente modificados, postos à disposição de terceiros. Este Decreto altera o Código Ambiental, uma vez que as catástrofes conhecidas podem ser irremediáveis e Territórios inteiros possam ser sacrificados:

“Art. D.532-17-1. - Quando os organismos geneticamente alterados são postos à disposição de terceiros tendo em vista a utilização confinada, como definido pelo artigo L. 532-2, para investigação, de desenvolvimento ou de ensino, devem conter um rótulo ou vir em acompanhados de um documento que indica:

- o nome do organismo geneticamente alterado;

²² Informação obtida no site: www.legifrance.gouv.fr, consultada em 26 ago. 2021

- o nome e o endereço completo da pessoa responsável pela disponibilização;
- uma menção que especifica “Contém organismos geneticamente modificados”.

Esta rotulagem deve ser completada, se existe espaço, observando-se as condições dispostas no item 7, B do anexo IV, da Diretiva de 12 de Março de 2001 relativa à disseminação voluntária de organismos geneticamente modificados no ambiente.

Também foi inserido no código Ambiental, o artigo D. 532-18-1t, que determina a rotulagem dos alimentos transgênicos de forma mais contundente.

3.5 A ROTULAGEM NO PROTOCOLO DE CARTAGENA (PCB)

Diferentemente da legislação americana, no Protocolo de Cartagena de Biossegurança - PCB, a rotulagem não é tratada sob o ponto de vista do consumidor. O artigo 18 refere-se principalmente à identificação de OGM na documentação que acompanha o movimento transfronteiriço. Por isso, as normas referentes à rotulagem estão dirigidas aos operadores responsáveis pelo transporte e às autoridades alfandegárias e regulações de medidas sanitárias e fitossanitárias, como mecanismo de manejo de risco na fase de transporte.

Assim sendo, os Estados-Partes, de forma concreta, identificarão claramente, no caso dos OGMs destinados ao uso direto do alimento humano ou animal para processamento que “pode conter” OGM e que “não estão destinados à introdução intencional no meio ambiente”, assim como um ponto de contato para solicitar informação adicional.

4 A RASTREABILIDADE DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Brasil experimentou uma profunda mudança nas relações entre produtores, distribuidores e consumidores, inclusive no ramo da alimentação; eis que então, a novel legislação trazia em seu bojo, o direito à informação do consumidor, quanto aos atributos de qualidade do produto consumido.

O Decreto presidencial nº 4.680 de 24 de abril de 2003, estabelece que a rotulagem é obrigatória àqueles alimentos que contenham o percentual de 1% de transgenicidade em sua composição, inclusive os alimentos de origem animal, alimentados com transgênicos. O decreto exige, ainda, **a identificação da espécie doadora do gene**.

A Instrução Normativa Interministerial nº 1, de 01 de abril de 2.004, que esclarece o Decreto nº 4.680/03, refere-se aos “alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, embalados, ou a granel ou *in natura*, que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima de um por cento do produto”.

Assim, a rotulagem permite a rastreabilidade dos alimentos em toda a cadeia produtiva, no sentido de se estabelecer a segurança dos alimentos e, em caso de urgência como o foi o da “Vaca Louca”, detectar-se imediatamente o foco gerador de problemas, na cadeia produtiva e intervir com rapidez e eficiência.

Logo, a rotulagem possibilita ao consumidor a escolha de alimentos com características diferenciadas, com a capacidade de distinguir os produtos alimentares e a separação de seus atributos

ao longo da cadeia produtiva. Conclui-se que a rastreabilidade é a habilidade de registrar o caminho, a aplicação e a localização de um produto com características específicas, e implica instituir uma sistemática de registro e transmissão de informações sobre atributos específicos do produto por todas as etapas da cadeia produtiva, ou seja, da produção até a comercialização final. A rastreabilidade pode ser utilizada pelos produtores agrícolas e indústrias agroalimentares como um instrumento de garantia para assegurar o valor adicionado dos produtos, tendo em vista a demanda dos consumidores por padrões de proteção ambiental, bem-estar animal e qualidade alimentar mais altos, que muitas vezes excedem os mínimos legais requeridos. A certificação dos sistemas de produção orgânica funciona de modo equivalente.

No Brasil, a Sadia, maior empresa brasileira de exportação de carne de aves e derivados, foi a pioneira em implantar sistemas de rastreabilidade para excluir qualquer uso de soja, milho ou seus derivados transgênicos. Em 30 de janeiro de 2002, em anúncio à imprensa, a Sadia informou que os seus produtos continham derivados de soja ou de milho não geneticamente modificados, tendo em vista a sistematização de procedimentos para evitar a aquisição de matérias-primas modificadas geneticamente²³.

Outra indicação de existência de iniciativas na área de preservação de identidade é a **Carta de Cert ID**²⁴, enviada pelo Greenpeace em 24 de julho de 2001. A empresa afirma que já

²³ A carta compromisso da empresa está disponível no em : www.greenpeaca.org.br. Citado por PESSANHA, Lavinia & WILKINSON, John. Transgênicos, recursos genéticos e segurança alimentar. Editora Autores Associados, Campinas/SP, 2005, p.99

²⁴ A Cert ID é uma empresa global que fornece certificação para agricultores, processadores, produtores, atacadistas e varejistas vinculados à indústria alimentar, inclusive programas de certificação para alimentos transgênicos, não-transgênicos, rastreabilidade e preservação de identidade. Ver: www.cert-id.com

certificou um considerável volume de farelo de soja brasileiro como não-transgênico e se ofereceu para enviar uma lista dos fornecedores certificados de rações animais aos produtores de carne bovina e de aves, além de fornecer uma lista de empresas e importadores europeus de matérias-primas certificadas por ela para a Europa.

A empresa brasileira Perdigão anunciou à imprensa, em 2 de setembro de 2002, o reforço do seu sistema de rastreamento, objetivando detectar a presença de OGMs nas diversas etapas da cadeia produtiva. Para tal, a empresa firmou convênio com a UFV (Universidade Federal de Viçosa), do estado de Minas Gerais.

Seguindo esta mesma linha, várias empresas brasileiras estão fazendo uso do CertID, tais como: Laboratório AgroGenética, IMCOPA, COTRIMAIO, etc...

A polêmica sobre a necessidade ou não da rotulagem é muito grande. Mas entendemos que, tanto ela como a rastreabilidade são mecanismos eficazes para controlar os alimentos transgênicos.

CONCLUSÃO

A problemática que movimentou essa pesquisa foi a de se verificar de que forma o Estado brasileiro poderia efetivar o processo de autorização de produção e alimentos transgênicos e realizar um controle efetivo sobre sua toxicidade à saúde alimentar e do meio ambiente. Os objetivos foram cumpridos à medida em que se analisou a legislação nacional, tanto no âmbito administrativo como legislativo federal, bem como se analisou a legislação de outros países e organismos internacionais.

PESSANHA, Lavinia & WILKINSON, John. Transgênicos, recursos genéticos e segurança alimentar. Editora Autores Associados, Campinas/SP, 2005, p.100

Pode-se constatar, como resultado da pesquisa, que a qualidade de vida e o meio ambiente não são matérias que possam ser relegadas pelo Poder Público; pois a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 1º, V, expressa que, para assegurar a efetividade deste direito, o Poder Público deve controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente. Desta forma, a Constituição manda que o Poder Público não se omita e deixa claro a observância e aplicação do Princípio da Precaução, no caso dos alimentos transgênicos.

O Brasil, diante de muita pressão popular, está em busca de harmonizar-se com os alimentos transgênicos, elaborando normas jurídicas e recebendo a proteção e intervenção do Poder Judiciário Nacional, exigindo o respeito às suas normas constitucionais e o respeito ao Princípio da Precaução, que exige avançar *devagar* e com cautela. Várias batalhas tem sido travadas, na esfera judicial, no tocante aos alimentos transgênicos.

Dentre os mecanismos estabelecidos pelo legislador, que consideramos de suma importância está a rotulagem e a rastreabilidade dos alimentos transgênicos; eis que estes dois mecanismos permitem ao consumidor a liberdade de escolha do produto que vai consumir e, se optar pelo produto transgênico e, mais tarde, for detectado qualquer componente tóxico ou nocivo à saúde humana neste produto, o sistema de rastreabilidade nos levará à fonte originária deste produto para retirá-lo rapidamente do mercado, salvaguardando a vida e a saúde do consumidor.

Assim, concluiu-se que toda e qualquer atividade relacionada a OGMs deve ser analisada com cautela, de forma séria e responsável, observando o Princípio da Precaução, realizando todos

os testes existentes que dêem mais segurança e, somente depois disso, amparado por uma legislação que preveja e responsabilize o dano e o seu causador, é que se poderá liberar o alimento transgênico no mercado de consumo, observando os comandos legais de Rotulagem e Rastreabilidade; pois após a liberação do produto no mercado, se ele vier a causar qualquer dano à saúde do consumidor, o sistema de rotulagem e rastreabilidade nos permitirá identificar o produtor deste alimento e o consumidor poderá dele requerer a indenização pelos danos sofridos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Paula dos Santos. **A Proteção do consumidor no Âmbito dos Tratados da União Européia, NAFTA e MERCOSUL**. Ed. Juruá, Curitiba, 2001.

BONNY, SYLVIE **Organismo Geneticamente Modificados**. Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p.221. Organizado por VARELLA, Marcelo Dias.

BRASIL **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília.1998.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 986/69**, Congresso Nacional, Brasília. 1.969.

BRASIL. **Lei nº 8.905/74**. Congresso Nacional. Brasília, 1974.

BRASIL. **Lei nº 8.078/90**. Congresso Nacional, Brasília. 1990.

BRASIL. **Lei nº 9.605/98**. Congresso Nacional. Brasília. 1998.

BRASIL. **Lei nº 11.105/05**. Lei de Biossegurança. Congresso Nacional. Brasília. 2005.

FRANCE. **Le Code de l'Environnement. Gouvernement Française**. Paris, 2009

FRANCE. **Le code de la Consommateur. Gouvernement Française**. Paris, 2009.

FRANCE. **Loi nº 2008-595**. Gouverneman Française. Paris, 2008.

LAPEÑA, Isabel. Da Rotulagem de produtos Transgênicos. (Cap. 6) Coleção de Direito ambiental. Organismos Geneticamente Modificados, organizado por Marcelo Dias Varela. Del Rey, Belo Horizonte, 2005. p.157

MORAIS, Roberta Jardim de. Segurança e Rotulagem de Alimentos Geneticamente Modificados – SERAGEM. Forense, Rio de Janeiro, 2004, p.81

PESSANHA, Lavinia & WILKINSON, John. Transgênicos, recursos genéticos e segurança alimentar. Editora Autores Associados, Campinas/SP, 2005, p.100

RODRIGUES, Maria Rafaela Bruno Junqueira. Alimentos Transgênicos. Franca/SP, Lemos e Cruz Ltda, p. 107, 2003.

REFERÊNCIAS ESPECIAIS – CONSULTA A SITES ELETRÔNICOS:

www.legifrance.gouv.fr, consultado em 26 AGO. 2021.

<http://www.inmetro.gov.br/qualidade/comites/ccab.asp>, consultado em 02 set. 2021.

<http://www.inmetro.gov.br/qualidade/comites/ccab.asp>, consultado em 21 ago. 2021.

<http://codexalimentarius.net/standards/stand.htm>, consultado em 21 ago. 2021

www.agbioforum.org, consultado em 21 jan. 2021

<http://www.idec.org.br/id=596>, pagina consultada em 09 set. 2021

<http://greenpeace.org/br/brasil/transgenicos/noticias/cargill-se-rende-a-lei-leos>, consultado em 21 ago. 2021

<http://www.saude.inf.br/legis/lei9677.htm>, consultado em 10 ago. 2021.

http://www.wto.org/spanish/docs_s/docss.htm, consultado em 05 set. 2021.

<http://www.cert-id.com>, consultado em 03 set. 2021.