

ISSN - 1987-1877

# REVISTA

## Jurídica da UniFil

Editora  
**UniFil**



ANO - V  
nº 5

*CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADÉLFIA*



*ENTIDADE MANTENEDORA:  
INSTITUTO FILADÉLFIA DE LONDRINA*

**Diretoria:**

Sra. Ana Maria Moraes Gomes .....Presidente  
Sr. Edson Aparecido Moreti .....Vice-Presidente  
Dr. Claudinei João Pelisson ..... 1º Secretário  
Sra. Edna Virgínia C. Monteiro de Melo .....2ºVice-Secretário  
Sr. Alberto Luiz Candido Wust ..... 1º Tesoureiro  
Sr. José Severino .....2º Vice-Tesoureiro  
Dr. Osni Ferreira (Rev.) .....Chanceler  
Dr. Eleazar Ferreira .....Reitor



# **REVISTA JURÍDICA da UniFil**

Ano V – nº 5 – 2008

## **Órgão de Divulgação Científica do Curso de Direito da UniFil - Centro Universitário Filadélfia**

COORDENADOR DO COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO:

**Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva**

COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS:

**Prof. Ms. José Valdemar Jaschke**

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL:

**Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva**

SUPERVISORA EDITORIAL:

**Prof<sup>a</sup>. Ms. Érika Juliana Dmitruk**

REVISORA:

**Prof<sup>a</sup>. Dra. Maria Cristina Viecili**

BIBLIOTECÁRIA

**Thais Fauro Scalco**

### **CONSELHO EDITORIAL**

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares	Prof <sup>a</sup> . Ms. Érika Juliana Dmitruk
Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva	Prof. Ms. José Valdemar Jaschke
Prof. Dr. César Bueno de Lima	Prof <sup>a</sup> . Ms. Deborah Lídia Lobo Muniz
Prof. Dr. Everaldo Pinto Conceição	Prof. Ms. Ademir Simões
Prof <sup>a</sup> . Dra. Maria Cristina Viecili	Prof <sup>a</sup> . Ms. Renata Cristina O. A. Silva
Prof <sup>a</sup> . Dra. Rozane da Rosa Cachapuz	Prof. Ms. Henrique Afonso Pipolo
Prof. Ms. Antonio Carlos Lovato	Prof <sup>a</sup> . Ms. Maria de Fátima G. Rossetto
Prof <sup>a</sup> . Ms. Sandra Cristina M. N. G. de Paula	Prof. Ms. Mario Sergio Lepre
Prof <sup>a</sup> . Ms. Luciana Mendes P. Roberto	Prof. Ms. Douglas Bonaldi Maranhão
Prof. Ms. Demetrius Coelho Souza	Prof <sup>a</sup> . Ms. Maria Eduvirge Marandola

### **CONSELHO CONSULTIVO**

Min. José Augusto Delgado (UFRN)	Prof. Dr. Gilberto Giacóia (FANORPI)
Prof. Dr. Luiz F. Bellinetti (UEL)	Prof <sup>a</sup> . Dr <sup>a</sup> . Maria de Fátima Ribeiro (UEL)
Prof <sup>a</sup> . Dr <sup>a</sup> . Giselda Hironaka (USP)	Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)
Prof. Dr. Arnaldo de M. Godoy (UEL)	Prof <sup>a</sup> . Dr <sup>a</sup> . Jussara S. A. B. N. Ferreira (UEL)



# **CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADÉLFIA**

## **REITOR:**

Dr. Eleazar Ferreira

## **PRÓ-REITORA DE ENSINO DE GRADUAÇÃO:**

Profa. Dra. Georfravia Montoza Alvarenga

## **COORDENADORA DE CONTROLE ACADÊMICO:**

Paulo Silva

## **COORDENADORA DE AÇÃO ACADÊMICA:**

Laura Maria dos Santos Maurano

## **PRÓ-REITOR DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO:**

Prof<sup>a</sup>. Dra. Damares Tomasin Biazin

## **COORDENADOR DE PROJETOS ESPECIAIS E ASSESSOR DO REITOR:**

Prof. MSc. Reynaldo Camargo Neves

## **COORDENADOR DE PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS:**

Prof. Dr. Leandro Henrique Magalhães

## **COORDENADORES DE CURSOS DE GRADUAÇÃO:**

Administração	Prof. Luís Marcelo Martins
Arquitetura e Urbanismo	Prof. Ivan Prado Junior
Biomedicina	Prof. Eduardo Carlos Ferreira Tonani
Ciências Biológicas	Prof. João Antônio Cyrino Zequi
Ciências Contábeis	Prof. Eduardo Nascimento da Costa
Ciência da Computação	Prof. Sérgio Akio Tanaka
Direito	Prof. Osmar Vieira da Silva
Educação Física	Prof. Écliton dos Santos Pimentel
Enfermagem	Prof <sup>a</sup> .Rosângela Galindo de Campos
Farmácia	Prof <sup>a</sup> .Lenita Brunetto Bruniera
Fisioterapia	Prof <sup>a</sup> .Suhaila Mahmoud Smaili Santos
Nutrição	Prof <sup>a</sup> .Ivoneti Barros Nunes de Oliveira
Pedagogia	Prof <sup>a</sup> .Marta Regina Furlan de Oliveira
Psicologia	Prof <sup>a</sup> .Denise Hernandez Tinoco
Secretariado Executivo	Prof <sup>a</sup> .Georfravia Montoza Alvarenga
Sistema de Informação	Prof. Sérgio Akio Tanaka
Teologia	Prof. Joaquim José de Moraes Neto
Turismo	Prof <sup>a</sup> .Michelle Ariane Novaki

Rua Alagoas, nº 2.050 - CEP 86.020-430

Fone: (0xx43) 3375-7400 - Londrina - Paraná

**[www.unifil.br](http://www.unifil.br)**



## SUMÁRIO

<b>A FUNÇÃO SÓCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE COMO CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL .....</b>	<b>13</b>
Demétrius Coelho Souza	
<b>LEGIFERAÇÃO DO PODER EXECUTIVO: AS RESOLUÇÕES DO CONAMA .....</b>	<b>25</b>
Vera Cecília Gonçalves Fontes Antônio Carlos Segatto	
<b>ASPECTOS QUE ESTRUTURAM O SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA .....</b>	<b>38</b>
Haroldo Camargo Barbosa	
<b>PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL MODERNO .....</b>	<b>55</b>
Douglas Bonaldi Maranhão	
<b>PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. REDUÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ART. 2028) .....</b>	<b>67</b>
Luciana Mendes Pereira Roberto	
<b>A CONTRIBUIÇÃO EM ATRASO DOS SEGURADOS DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL .....</b>	<b>77</b>
Marcos de Queiroz Ramalho	
<b>HABEAS DATA E A NECESSIDADE DE BUSCAR A VIA ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>86</b>
Simone Brun	
<b>AS PRINCIPAIS BARREIRAS PAUTAIS E NÃO PAUTAIS IMPOSTAS À IMPORTAÇÃO DA CARNE BOVINA BRASILEIRA PELA COMUNIDADE EUROPÉIA .....</b>	<b>96</b>
Marcos Alexandre Domingues	
<b>RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO - DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – IMPLICAÇÕES À VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>113</b>
Zoraide Sabaini dos Santos Amaro	
<b>LICENÇA-MATERNIDADE: O AUMENTO DO PERÍODO DE AFASTAMENTO PARA A MÃE TRABALHADORA .....</b>	<b>127</b>
Líria dos Santos Paula Déborah Lídia Lobo Muniz	
<b>MEDIAÇÃO: UMA ALTERNATIVA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>140</b>
Bianca da Rosa Bittencurt	
<b>GARANTIA DE EMPREGO .....</b>	<b>151</b>
Christian Max Picelli Corrêa	





## RESENHA

**CARVALHO, Olavo de.** Aristóteles em nova perspectiva: **Introdução à teoria dos Quatro Discursos. Nova Edição Revista. São Paulo, É Realizações Editora, Livraria e Distribuidora Ltda, 2006** ..... 163  
Kleber Eduardo Barbosa Dias

**CACHAPUZ, Rozane da Rosa.** *Mediação nos Conflitos & Direito de Família.* **Curitiba: Juruá, 2006.** ..... 165  
Daniele da Rosa Bittencourt



## EDITORIAL

Praticar ciência significa trabalhar incessantemente para gerar conhecimentos úteis, fecundos e eficazes. O 5º Volume da Revista Jurídica da UniFil retrata de forma precisa essa incessante busca de novos horizontes descortinados através do ensino e da aprendizagem constante. Nessa edição tornamos públicas as inquietações próprias daqueles que não se acomodam diante do desconhecido e, em suas pesquisas desenvolvidas, revelam à comunidade jurídica todas as suas descobertas.

Não se pode falar em ensino sem que haja pesquisa, e esta não cumpre sua função se não for divulgada, socializada. Conseqüência dessa responsabilidade – enorme satisfação do Conselho Editorial – são as publicações, um espaço para a divulgação científica dos nossos docentes, empenhados em investigações afinadas com as linhas de pesquisa (Dogmática Jurídica, Desenvolvimento e Responsabilidade Social e Teorias do Direito, do Estado e Cidadania) e dos nossos alunos de Graduação e Pós-Graduação.

Congratulamo-nos com os autores e reiteramos nosso convite para que o leitor venha fazer parte da história da Revista Jurídica da UniFil, participando do próximo volume, através da elaboração de artigo jurídico ou resenha crítica da obra de terceiros.

**Conselho Editorial**





## MENSAGEM DA REITORIA

“Nosso desejo, e para isso envidaremos todos os nossos esforços, é que a Revista Jurídica da Unifil se constitua em importante instrumento para a divulgação e socialização da cultura jurídica.”

Essa foi a nossa mensagem aos leitores e o nosso compromisso para com o Curso de Direito, por ocasião do lançamento do primeiro volume da Revista Jurídica da UniFil, em 2004.

Em 2001, já havíamos firmado idêntico compromisso com o MEC, quando da apresentação do Projeto Pedagógico e conseqüente pedido de autorização para a implantação do nosso Curso de Direito, dotado de uma Revista Jurídica, nos moldes e exigências da Biblioteca Nacional.

E o Curso de Direito da UniFil mantém essa preocupação de produzir e difundir o saber jurídico, de modo a alicerçar todo o processo de ensino e de aprendizagem dos nossos alunos, o que constatamos nessa edição, por exemplo, com a apresentação de artigos de egressos que já se encontram cursando programas de pós-graduação *strictu sensu*. Aqui reside o interesse maior da regularidade da publicação da Revista Jurídica da UniFil, não apenas uma educação continuada, mas uma relação aluno-escola sem limites no tempo e no espaço para se compartilhar o conhecimento adquirido.

É dentro desse espírito, portanto, que estou a apresentar-lhes – e o faço com grande orgulho e honra – o quinto volume da Revista Jurídica da UniFil, edição rica e plural, resultado da consolidação de estudos dos eminentes autores. Recebam todos a nossa maior gratidão e, em particular, ao colegiado do Curso de Direito, o nosso mais profundo reconhecimento.

Primavera de 2008.

**Dr. Eleazar Ferreira**  
Reitor da UniFil





# A FUNÇÃO SÓCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE COMO CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

*Demétrius Coelho Souza\**

## RESUMO

O presente artigo objetiva tecer algumas considerações sobre a função socioambiental da propriedade, mencionado, para tanto, alguns instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de compatibilizar o progresso com princípios que norteiam o direito ambiental e urbanístico, alcançado, assim, a almejada sustentabilidade.

**Palavras-chave:** Função socioambiental da propriedade. Instrumentos legais para a utilização racional da propriedade. Desenvolvimento sustentável.

## FUNCTION SÓCIOAMBIENTAL OF THE PROPERTY AS NECESSARY CONDITION FOR THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT

### ABSTRACT

The present essay aims to discuss some issues concerning the social and environmental function of property, including some of the instruments foreseen in the Brazilian Legal System in order to find a balance between development and principles that guide de environmental law, achieving, through these measures, a sustainable life.

**Keywords:** Socioambiental function of the property. Legal instruments for the rational use of the property. Sustainable development.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente texto visa abordar, ainda que sucintamente, a questão em torno da propriedade e alguns dos instrumentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro com vistas a viabilizar sua adequada utilização, dando cumprimento, assim, à chamada função social da propriedade.

Para tanto, versará o presente artigo sobre aspectos inerentes a propriedade e alguns instrumentos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, destinados à sua racional utilização, como, por exemplo, o plano diretor e o estatuto da cidade. Tais medidas, como se verá, prestam-se a viabilizar o convívio das pessoas em sociedade por meio de uma melhor ordenação do território. Em seguida, apresentar-se-á uma noção de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EPIV), instrumentos hoje utilizados para evitar danos ao meio-ambiente e melhorar a qualidade de vida de todas as pessoas. Na terceira e última parte deste texto, demonstrar-se-á que desenvolvimento x proteção ambiental constitui o grande desafio do presente século, justamente em razão da crescente preocupação com o meio ambiente, erigido a direito fundamental pela Constituição Federal de 1988.

\* Especialista em Direito Empresarial (UEL), Filosofia Política e Jurídica (UEL) e em Direito Civil e Processual Civil (UEL). Mestrando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professor de Direito Civil na PUCPR, Campus Londrina e na UniFil. Advogado na cidade de Londrina e região.



De qualquer sorte, a propriedade deve atender sua função social não apenas para facilitar a vida de todas as pessoas, mas também para garantir que o progresso ocorra de forma equilibrada e sustentável, sob pena de o meio ambiente sofrer as conseqüências decorrentes, acarretando, por óbvio, manifesto prejuízo à própria vida humana. Daí o porquê a posição de destaque que alguns instrumentos legais ocupam no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 A PROPRIEDADE

### 2.1 Evolução

Inicialmente, cabe dizer que a propriedade, segundo Carlos Alberto Bittar (2003, p. 103), constitui-se em “elemento essencial ao desenvolvimento do ser e de sua família, sendo também um meio de possibilitar o alcance das metas individuais, familiares e sociais”. Porém, a título de registro histórico e com base nos estudos formulados por John Gilissen (2001, p. 635 e ss.), a propriedade confundia-se com a esfera imediata do trabalho humano, mantendo relação direta com a menor ou maior capacidade de cada indivíduo na apreensão dos recursos naturais. No direito romano, por exemplo, a propriedade adquiriu caráter absoluto e individualista. No feudalismo, a propriedade, sobretudo da terra, ditava as relações de poder, sendo necessário registrar que nessa época foi marcante a inexistência de um poder público a que se submetessem os feudos, o que certamente contribuiu para o surgimento de abismos sociais.

Deve-se mencionar também, com base em Cezar Fiúza (2004, p. 719), a existência de teorias que procuraram delinear a base teórica da propriedade, nas quais repousa grande divergência entre os doutrinadores. Há a chamada “teoria da ocupação”, através da qual a propriedade teria embasamento na própria ocupação das coisas pelo homem, a fim de satisfazer suas necessidades. A “teoria da lei”, de sua parte, afirma ser a propriedade instituto de direito positivo, existindo porque a lei a criou e lhe garantiu continuidade (Montesquieu, Thomas Hobbes e Benjamin Constant). John Locke, por sua vez, fazia alusão à chamada “teoria da especificação”, na qual só se poderia vislumbrar a propriedade como fruto do trabalho. Assim, o arrendatário que trabalha a terra teria mais direito do que o dono. O empregado muito mais do que o patrão e assim por diante.

No entanto, a teoria mais aceita pela doutrina pátria, no que diz respeito à propriedade, é a da “natureza humana”, vale dizer, é natural do ser humano exercer poder, domínio sobre as coisas. Nesse sentido, anota Maria Helena Diniz (2004, p. 112-113) que o homem, como ser racional e eminentemente social, transforma seus “atos de apropriação em direitos que, como autênticos interesses, são assegurados pela sociedade, mediante normas jurídicas, que garantem e promovem a defesa individual, pois é imprescindível que se defenda a propriedade individual para que a sociedade possa sobreviver”.

De qualquer forma e retomando a idéia anterior, não havia, no passado, uma clara e evidente intervenção do Estado em relação ao direito de propriedade. Em outros termos, se a doutrina do “laissez-faire” assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intangíveis os seus direitos, permitia, ao mesmo tempo, que os abismos sociais se tornassem cada vez mais profundos, deixando à mostra os inevitáveis conflitos surgidos da desigualdade entre as várias camadas da sociedade. Esse modelo político, como bem observa José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 657), “não conseguiu sobreviver aos novos fatores de ordem política, econômica e social que o mundo contemporâneo passou a enfrentar”, dando esta forma de Estado lugar ao chamado “Estado do Bem-Estar”, que “emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das conseqüências mais penosas da desigualdade econômica”.

Nesse passo, a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, induzida por mudanças mentais em uma realidade de crescentes exigências sociais, conduziu à nova definição do direito de propriedade, de modo que a propriedade, então vista como direito absoluto, evoluiu para um sistema de limitações decorrentes de confrontações com interesses públicos, justificando a interferência do Estado.

Sob essa perspectiva, a propriedade passa a não mais ser vista como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, mas sim algo cujo exercício faz-se em consonância com os interesses sociais, hoje tidos em maior amplitude, justificando a aplicação do princípio da supremacia dos interesses públicos sobre o privado e a crescente intervenção do Estado. Surge, pois, a chamada “função social da propriedade”, difundindo a idéia de que a propriedade não atenderá somente aos interesses privados, mais sim aos interesses de toda a coletividade. Neste particular, observa Lúcia Valle Figueiredo (2005, p. 25) que “o direito de propriedade continua assegurado. Entretanto, também o está, o direito coletivo e/ou difuso, que é atendido pela função social da propriedade (art. 5º, incisos XXII e XXIII)”. Melhor explicando: a função social relaciona-se, fundamentalmente, com o “uso” da propriedade, devendo sua utilização servir ao bem da coletividade (LEAL, 2003, p. 32).

Com isto, diga-se que a propriedade privada está em pleno vigor, sendo notadamente reconhecida pelo ordenamento jurídico. No entanto, esse mesmo ordenamento jurídico não permite que a propriedade privada entre em rota de colisão com o direito coletivo, o que justifica, como já mencionado, a intervenção estatal. Em outros termos, a propriedade deve atender os anseios da coletividade e ser cotejada com os princípios constitucionais que a informam, principalmente aqueles constantes nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal de 1988.

## 2.2 Noção de Propriedade e Direito de Propriedade: Reflexos em Alguns Ramos do Direito

Para Lúcia Valle Figueiredo (2005, p. 21), o “direito de propriedade (ou qualquer direito) só poderá ter a feição, o perfil traçado pelo ordenamento jurídico de determinado país, em determinado momento histórico”, o que explica os diferentes enfoques com que os assuntos dos mais diversos vêm sendo tratados pelo ordenamento jurídico ao longo dos anos. Nesta perspectiva, pode-se afirmar que o Código Civil de 2002, por exemplo, privilegia a pessoa humana e a boa-fé, o que já não ocorria com o Código Civil pretérito, estritamente voltado para o patrimônio. Daí a observação de Eugênio Facchini Neto (2006, p. 34):

Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro “*primus inter parís*”, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada repersonalização do direito civil, ou visto de outro modo, a despatrimonialização do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatísticas [...], sendo substituído pela consideração com a pessoa humana. Daí a valorização, por exemplo, dos direitos da personalidade, que o novo Código Civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seus primeiros artigos.

O momento histórico mudou, a sociedade mudou e, por conseguinte, o direito. Essa transformação também ocorreu em relação ao direito de propriedade que, com o passar do tempo, sofreu nítida modificação, passando do “*ius utendi, ius fruendi et ius abutendi*” para adquirir o perfil de propriedade social, idéia esta manifestamente reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A propriedade, assim como inúmeros outros direitos, evoluiu com o passar dos tempos, passando a ser vislumbrada sob diversos enfoques e vertentes. Nesse contexto, destaca-se a valorização da pessoa e do bem-comum, ou seja, desenvolve-se uma tendência para interpretar a evolução do direito de propriedade à luz de novos tempos e acontecimentos políticos, sociais e econômicos, fazendo-se com que a propriedade assumira uma postura mais “dinâmica”, notadamente em relação à coletividade como um todo.

Essa transformação evidentemente engloba a função social da propriedade, nascendo daí a necessidade de o Estado se fazer presente, até para que dê guarida ao princípio da supremacia do interesse público. Com tal medida, atender-se-á aos anseios do princípio em comento bem como as diretrizes fixadas pela Constituição Federal.





Em resumo, necessário dizer que a propriedade e seu respectivo direito encontram-se inseridos em todo esse contexto, o que somente confirma a idéia de que o direito de propriedade envolve novas facetas, principalmente com a inclusão expressa do Direito Urbanístico na Constituição Federal de 1988 e a publicação do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.07.01). Para firmar esse entendimento, apontam-se, dentre outros, os seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, incisos XXII e XXIII; art. 170, incisos II e III; arts. 176, 177, 178, 182, 183, 184, 185, 186, 191 e 222.

### 2.3 A função Socioambiental da Propriedade

Como visto, a função social da propriedade vem ganhando crescente importância para o direito, mormente após o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. XXIII). Mas, o que deve ser entendido por função social da propriedade?

Para Eros Roberto Grau (2001, p. 262), o assunto em questão passa pelo reconhecimento da propriedade privada, pois não faria sentido falar em função social de propriedade pública. De qualquer sorte, observa o autor que a propriedade deve estar voltada para os interesses da coletividade. José Afonso da Silva (2003, p. 276), de sua parte, observa que a propriedade não pode mais “ser considerada como um direito individual nem como instituição do Direito Privado. Por isso, deveria ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62)”. Ainda na visão desse autor, a previsão da propriedade privada e sua função social relativizariam o conceito puro de direito individual, eis que a propriedade passou a assumir a “tarefa” de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF art. 170, II e III). No mesmo sentido, manifesta-se Eros Roberto Grau (2001, p. 274):

16

o que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-la em benefício de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade.

Por outras palavras, necessário dizer que a função social implica em um novo conceito, pois a Constituição Federal posiciona a propriedade privada como princípio da ordem econômica, submetendo-a aos ditames da justiça social, em fiel observância aos interesses da coletividade. Feitas essas breves considerações, perguntar-se-ia: e a função ambiental da propriedade, no que basicamente consistiria?

Não se concebe, hoje em dia, o estudo da função social da propriedade dissociada de sua função ambiental, ou seja, não há como falar em função social sem expressão menção à função ambiental da propriedade. Prova disso é a redação do § 1º do art. 1228 do Código Civil, em que se constata a preocupação da legislação infra-constitucional em inserir a propriedade no conceito ambiental, até porque esse ramo do direito não abarca somente o direito ambiental natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho, como observa Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005, p. 20-23).

De qualquer forma, a utilização da propriedade – rural ou urbana – deve guardar estreita consonância com a preservação do meio ambiente, até porque determina a Constituição Federal caber ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225).

Tal determinação claramente envolve o direito de propriedade, pois não mais se admite que alguém explore a terra sem se preocupar em evitar danos ambientais ou em prejuízo do bem comum geral, o que seria prejudicial a um número sem fim de pessoas.



## 2.4 A Interferência do Estado na Propriedade

Como já mencionado no início deste trabalho, a doutrina do “laissez-faire” deu lugar à doutrina do Estado do Bem-Estar, o que evidentemente trouxe mudança das mais significativas, inclusive no campo do direito. Ora, saindo daquela posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo foi assumindo a tarefa de assegurar a prestação dos serviços fundamentais, não apenas ampliando seu espectro social, mas também procurando a proteção da sociedade vista como um todo. Para tanto, precisou imiscuir-se nas relações privadas, o que explica sua intervenção no domínio econômico privado.

Nessa linha de pensamento, surge a limitação imposta pelo direito positivo em relação ao direito de propriedade, jutamente para que o interesse privado não prevaleça sobre os interesses públicos. Nesse passo, reconheceu a Constituição Federal ser garantido o direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII), impondo também a idéia de que a “propriedade atenderá sua função social” (art. 5º, inc. XXIII). Assim, se a propriedade não está atendendo a sua função social, deve o Estado intervir para amoldá-la a essa qualificação, o que é reforçado por vários dispositivos legais, como o já mencionado § 1º do art. 1228 do Código Civil, por exemplo. Aliás, observa José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 658) que se o “proprietário não respeita essa função, nasce para o Estado o poder jurídico de nela intervir e até de suprimi-la, se esta providência se afigurar indispensável para ajustá-la aos fins constitucionalmente assegurados”.

Dessa noção, extrai-se que qualquer ataque à propriedade que não tenha esse objetivo estará contaminado de irretorquível ilegalidade, o que inclui o próprio poder público. A intervenção revela, por igual, o poder supremo do Estado, sendo aplicação pura de seu poder de império (*ius imperium*). A intervenção na propriedade se justifica, pois, em razão desses dois fundamentos: supremacia do interesse público e função social da propriedade, brevemente mencionados.

## 2.5 Alguns Instrumentos Legais Relacionados à Utilização Racional da Propriedade

17

Há, hoje em dia, vários instrumentos legais que disciplinam a adequada utilização da propriedade, os quais, direta ou indiretamente, procuram viabilizar o convívio harmônico das pessoas em sociedade e melhorar sua qualidade de vida. Dentre esses vários instrumentos, destacam-se o plano diretor, o estudo prévio de impacto ambiental e o estudo de impacto de vizinhança, previstos no art. 4º da Lei nº 10.257/01, autodenominada “Estatuto da Cidade”.

Dada à natureza deste trabalho, porém, o texto tratará de apenas alguns desses instrumentos, mais especificamente daqueles acima mencionados. O primeiro deles – o plano diretor – segundo Hely Lopes Meirelles (2005, p. 114-115), constitui um

complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo. É o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada Municipalidade e, por isso mesmo, com supremacia sobre os outros, para orientar toda atividade da Administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade.



José Afonso da Silva (2006, p. 139), de sua parte, assevera que o plano diretor é, nos termos da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade, o “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, explicando, logo em seguida, que o plano diretor é

obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes, integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas e de áreas de interesse turístico, onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos do parcelamento, edificação e utilização compulsórios ou inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional. É *plano*, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo que estes devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo, no que tange às diretrizes básicas), as atividades a serem executadas e quem deve executá-la. É *diretor*, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano do Município.

Constata-se, portanto, que o plano diretor é muito mais que um plano de obras, pois deve traçar o espaço como uma manifestação social, que envolve aspectos físicos, econômicos, sociais e institucionais, objetivando a melhoria de vida da população. Nesse aspecto, observa Regina Maria Macedo Ferrari (2005, p. 236) que

para administrar a cidade, em especial a que se encontra em processo de crescimento, é preciso elaborar planos de expansão e aproveitamento adequado do solo, com a devida conformação do sistema viário e localização dos serviços, de modo a melhorar a qualidade de vida, prevenindo-a contra o crescimento desordenado e situações urbanas caóticas, como se vê em muitas cidades brasileiras.

18

Exatamente aí reside o cerne da questão, ou seja, é justamente para se obter uma melhor qualidade de vida que o direito, notadamente o administrativo, o ambiental e o urbanístico, voltam-se para essas questões, a lembrar que o direito ambiental, como alhures mencionado, abarca o meio ambiente artificial, aí compreendido o espaço urbano construído. Nesse sentido, nem seria preciso lembrar que é nas cidades que as pessoas habitam, trabalham, têm seu lazer e se locomovem, o que justifica a proteção extrema dispensada ao meio ambiente (artificial), sob pena de colocar em xeque a viabilidade social e, quiçá, a própria subsistência humana.

Em termos urbanos, como já se percebeu, o instrumento a ser utilizado para alcançar esse mister é o plano diretor, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (CF/88, art. 182). Isto não quer dizer, entretanto, que cidades com menos de vinte mil habitantes devam crescer dissociadas de planejamento. Ao contrário, todos os administradores públicos devem ter preocupação no sentido de viabilizar o planejamento urbano, ainda que a cidade seja considerada de pequeno porte, pois uma cidade de pequeno porte hoje poderá, certamente, transformar-se em um grande centro no futuro. Planejar, pois, “significa estabelecer objetivos, indicar diretrizes, estudar programas, escolher os meios mais adequados a uma realização e traçar a atuação do governo, consideradas as alternativas possíveis” (AGUIAR, 1996, p. 35).

Portanto, presta-se o plano diretor a ordenar o espaço habitável no município, buscando, com isso, melhorar a qualidade de vida de todos os munícipes. Esse instrumento, como observa o próprio José Afonso da Silva (2006, p. 140), tem “por função sistematizar o desenvolvimento físico, econômico e social do território, visando ao bem-estar da comunidade local”, sendo essa a idéia que gravita em torno da função social e ambiental da propriedade.

Sob o aspecto da qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas, apontam Nelson Saule Junior, Thais de Ricardo Chueiri e Raul Silva Telles do Vale (2007, p. 236) que



Um dos indicadores do cumprimento e aplicação do princípio das funções sociais da cidade é o plano diretor apresentar o conjunto de instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, que sejam destinados a atender aos elementos do direito à cidade, entendido como o direito à terra urbana, moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Outros instrumentos não menos importantes são o estudo prévio de impacto ambiental (EPIA) e o estudo prévio de impacto de vizinhança (EPIV), devidamente previstos no inc. VI do art. 4º do Estatuto da Cidade. O rol apresentado pelo art. 4º, aliás, é exemplificativo, afirmação esta corroborada por Hely Lopes Meirelles (2005, p. 158), para quem outros instrumentos “poderão vir a ser criados, inclusive por Estados e Municípios”. Ambos os instrumentos prestam-se a atender a função social e ambiental da propriedade, buscando o bem-estar de toda a população.

O Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança encontra-se previsto nos artigos 36 a 38 do Estatuto da Cidade e constitui importante instrumento de controle social e democrático, devendo ser utilizado também para referendar empreendimentos e atividades públicas ou privadas em área urbana, como condicionante para a expedição de licenças e autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do município.

Criado por lei municipal, o estudo deverá medir os efeitos positivos e negativos que a obra, a atividade e o empreendimento trará à vizinhança, justamente para que medidas sejam tomadas no sentido de preservar a qualidade de vida da população residente nas áreas e proximidades do empreendimento. Além disso, o estudo deverá aferir o impacto sobre o adensamento da população e os equipamentos urbanos e comunitários, o uso e a ocupação do solo, aquilatar a valorização imobiliária, a geração de tráfego e demanda de transporte público, aspectos de ventilação e aeração, assim como as influências sobre a paisagem urbana e os patrimônios natural e cultural. A lei também ressalva que o EIV não substitui a elaboração nem a aprovação do estudo de impacto ambiental (EIA), também previsto no Estatuto da Cidade.

Desta maneira, o estudo de impacto de vizinhança é uma grande contribuição do Estatuto da Cidade no que se refere à gestão ambiental urbana. É um instrumento que visa atenuar os conflitos de uso e ocupação do solo, criando uma nova possibilidade de intermediação entre os interesses dos empreendedores urbanos e a população diretamente impactada, de modo a resguardar padrões mínimos de qualidade de vida, sendo este, também, um dos objetivos do plano diretor, já mencionado.

O estudo prévio de impacto ambiental (EPIA), por sua vez, é considerado verdadeiro “procedimento administrativo de prevenção e de monitoramento dos danos ambientais” (MACHADO, 1986, p. 69). Nessa trilha, ensina José Afonso da Silva (2007, p. 289) que o Estudo Prévio de Impacto Ambiental tem por objetivo “avaliar as proporções das possíveis alterações que um empreendimento, público ou privado, pode ocasionar ao meio ambiente. Trata-se de um meio de atuação preventiva, que visa a evitar as conseqüências danosas, sobre o ambiente, de um projeto de obras, de urbanização ou de qualquer atividade”.

E, em que pese não ser este o enfoque do presente texto, deve-se asseverar que o EPIA é exigido todas as vezes em que a instalação de obra ou atividade a ser desenvolvida causar, em potencial, significa degradação ambiental, exigência esta imposta pela própria Constituição Federal, mercê do que dispõe seu art. 225, § 1º, IV.

Necessário destacar, ainda, que o estudo prévio de impacto ambiental deve ser realizado por equipe multidisciplinar composta por técnicos de várias áreas do saber, não podendo, igualmente, ser resumido a um mero estudo formal de apreciação dos impactos ao meio ambiente. Ao contrário, deve “compreender um estudo sério, completo e exaustivo que permita o conhecimento das condições ambientais preexistentes ao empreendimento, a real dimensão dos danos que ele pode causar e a eficácia das medidas preventivas e mitigadoras propostas para que seja possível autorizar-se”, como relatado por Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Desembargador da 3ª Turma do TRF da 4ª Região, no processo nº 2005.04.01.012384-0, julgado em 26.09.05.



Há que se observar, ainda, que o estudo prévio de impacto ambiental não substitui o estudo prévio de impacto de vizinhança e vice-versa, sendo obrigatória a realização de ambos os estudos. Com tais medidas, aumentam as chances de os impactos ambientais serem menores.

Esses instrumentos legais visam, portanto, garantir uma melhor qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, cumprindo, desta forma, as expressas determinações da Constituição Federal (art. 225). Diga-se, por igual, que o conceito de “qualidade de vida” não é fácil de ser elaborado, mas certamente constitui um modo de “complemento necessário ao meio ambiente” (PRIEUR, 2001, p. 04). E, muito embora não seja de fácil constatação, é fato certo que a qualidade de vida encontra-se relacionada ao bem-estar das pessoas e à dignidade humana. Sob esse ângulo, a observação de Rui Carvalho Piva (2000, p. 111):

A vida digna com qualidade representa, certamente, o fim maior a ser colimado pelo direito em benefício do ser humano, mas a proteção ambiental, sem a qual os outros interesses, é verdade, não terão onde sobreviver, não é a única proteção capaz de possibilitar a existência de um homem feliz e digno. A felicidade e a dignidade do ser humano também inserem-se no conceito de vida com qualidade, mas, por maior que seja a ubiqüidade do Direito Ambiental, esta realização humana não advém exclusivamente do cumprimento irrestrito das prescrições das normas ambientais. Trata-se de uma realização que também depende de poder econômico próprio capaz de proporcionar ao ser humano o seu sustento, a sua educação e o seu lazer, por exemplo.

Percebe-se, desse modo, que o tema pode ser estudado por meio de vários elementos que, direta ou indiretamente, contribuem para o bem-estar das pessoas, com conseqüências em sua conduta e modo de vida. Não se poderia deixar de mencionar, por igual, que a qualidade de vida proporciona um mínimo pretendido e estabelecido pelo legislador brasileiro, residindo aí sua estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e outros tantos princípios previstos no texto constitucional. Em resumo,

20

garantir a qualidade de vida é preservar a dignidade humana. O bem maior protegido pelo direito é a vida humana. Mas o ser humano, ser racional, é sujeito consciente das situações que vivencia e valora os objetos à sua volta. Precisa, portanto, de algo mais do que sobreviver: precisa viver com dignidade (REISEWITZ, 2004, p. 45).

Não se esqueça, como já se afirmou, que os três instrumentos aqui mencionados (plano diretor, estudo prévio de impacto de vizinhança e estudo prévio de impacto ambiental) encontram-se previstos no Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001).

Essa lei, cabe ressaltar, veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, o que significa dizer que também é destinada aos Municípios e Distrito Federal. Assim, colocou o estatuto grande ênfase no uso da propriedade urbana, fato que evidencia preocupação com os aspectos físico-territoriais do planejamento das cidades. Noutras palavras, o Estatuto da Cidade

Fornece um instrumental a ser utilizado em matéria urbanística, sobretudo em nível municipal, visando à melhor ordenação do espaço urbano, com observância da proteção ambiental, e à busca de solução para problemas sociais graves, como a moradia, o saneamento, por exemplo, que o caos urbano faz incidir, de modo contundente, sobre as camadas carentes da sociedade (MEDAUAR, 2004, p. 17).



Com tais medidas, busca-se a plena aplicação da já mencionada “função social da propriedade”, razão pela qual se torna necessário conhecer, divulgar, discutir e aplicar o Estatuto da Cidade, objetivando a melhoria da qualidade de vida de toda a população. É o que está disposto, inclusive, no parágrafo único do art. 1º dessa lei: “Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”. Com tais medidas, atender-se-ão os anseios da Carta Magna de 1988, proporcionando vida digna a todos os habitantes da “urbe”.

### 3 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Sem quaisquer dúvidas, compatibilizar o equilíbrio entre o desenvolvimento e a sustentabilidade é o grande desafio do Século XXI, o que levou Raimundo Alves de Campos Junior (2006, p. 127) a afirmar que o “maior desafio deste começo de século consiste exatamente em buscar o equilíbrio entre o desejado desenvolvimento econômico e a preservação da sadia qualidade de vida”.

Com efeito, há uma crescente preocupação brasileira e até mesmo mundial em se preservar o meio ambiente em todas as suas vertentes, aí incluído o meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, repita-se. O assunto ganhou crescente importância nos noticiários de todo o país, pois não é crível nem tampouco aceitável que as degradações – inclusive aquelas que objetam o progresso – continuem a prejudicar toda a biota, trazendo prejuízo ao meio ambiente como um todo e comprometendo, sobremaneira, a qualidade de vida de todas as pessoas.

Com isso não se pretende dizer que o Direito seja contrário às atividades econômicas. Muito pelo contrário, o Direito, principalmente o Ambiental, tem por finalidade “a compatibilização do crescimento econômico com o respeito às formas de vida existentes no planeta Terra, a sustentabilidade dos recursos naturais renováveis e não renováveis, com os direitos humanos fundamentais e, conseqüentemente com a melhoria da qualidade de vida, desta e das futuras gerações” (ANTUNES, 2005, p. 529). O progresso, entretanto, deve ocorrer de forma sustentável.

Observa-se, portanto, que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar, econômica, social, cultural e politicamente, como bem determina o § 1º do art. 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

Deve-se mencionar, ainda, o art. 3º da Lei nº 9985/00, que prevê, como um dos objetivos do Sistema Nacional de Unidades (SNUC), a promoção do desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais, sendo certo que o art. 14 da mesma lei elege à categoria de unidade de conservação as “reservas de desenvolvimento sustentável”, representadas, segundo Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 557), por

áreas naturais que abrigam populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo das gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.

Percebe-se, novamente, a preocupação do legislador em proporcionar às pessoas meios para alcançar uma melhor qualidade de vida, o que passa, por óbvio, pelo estudo do desenvolvimento sustentável. Toda essa idéia foi muito bem capitaneada por Fritiof Capra (2002, p. 110) ao afirmar que uma sociedade sustentável se faz pelo repensar das tecnologias e instituições sociais capazes de anular o abismo existente entre o antropocentrismo e biocentrismo. Eis as palavras do autor:



Para construir uma sociedade sustentável para nossos filhos e as gerações futuras, temos de repensar desde a base uma boa parte das nossas tecnologias e instituições sociais, de modo a conseguir transpor o enorme abismo que se abriu entre os projetos humanos e os sistemas ecologicamente sustentáveis da natureza. As organizações humanas precisam passar por uma mudança fundamental, tanto para se adaptar ao ambiente empresarial quanto para tornar-se sustentáveis do ponto de vista ecológico. Esse duplo desafio é urgente e real [...].

Sustentável, portanto, “é o desenvolvimento que reinveste no meio ambiente para assegurar sua conservação e sua recuperação” (FARIAS, 1999, p. 275), preconizando a idéia de que o meio ambiente deve ser conservado ao longo do processo produtivo, justamente para que as futuras gerações possam viver com dignidade, não sofrendo os eventuais impactos de sua inobservância, até porque a crise ambiental é fruto da própria concepção capitalista de produção, representando o limite de regulação capitalista.

Nesse trabalho, poder-se-iam ainda transcrever várias outras noções e definições sobre o assunto, inclusive aquela estabelecida na Conferência de Estocolmo em 1972 (desenvolvimento sustentável seria aquele capaz de satisfazer as necessidades sociais atuais sem comprometer as necessidades futuras), mas a idéia principal será sempre esta: explorar o meio ambiente de forma consciente e moderada, tendo a constante preocupação de renová-lo, justamente para que as presentes e futuras gerações não tenham sua qualidade de vida comprometida, o que colocaria em xeque a própria subsistência da raça humana, até por conta do evidente esgotamento dos recursos naturais. O princípio, como se percebe, é amplamente aplicável ao meio urbano artificial, exigindo dos administradores públicos (e de toda a coletividade) medidas no sentido de preservar as cidades, até porque as estatísticas apontam que 88% da população estará vivendo nas cidades até o ano de 2.030.

### **3.1 A Propriedade, o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável: O Grande Desafio do Século XXI**

Como visto, o desenvolvimento sustentável é o grande desafio do século XXI, o que exige de todos, evidentemente, conscientização maior no tocante a assuntos relacionados ao ambiente, principalmente em relação à sua conservação. De fato, a busca do desenvolvimento sustentável passa não só pela educação e maior conscientização das pessoas, mas também pela adoção de alguns dos instrumentos mencionados no item 2.5 deste trabalho, os quais se prestam, como visto, a viabilizar (e tentar melhorar) o convívio das pessoas em sociedade, evitando, dessa forma, lesão maior ao meio ambiente.

Ora, não se pode olvidar que a Constituição Federal consagrou de forma expressa o princípio sob comento ao dispor que se impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225). Assim, tudo que puder causar o esgotamento dos bens ambientais em prejuízo da atual ou da futura geração será reputado inconstitucional. Em verdade, a importância do princípio é tão grande que está até mesmo inserido na lista de prioridades da Conferência das Nações Unidas, pois, segundo o Princípio 03, da ECO/92, “o direito aos desenvolvimento deve ser realizado de modo a satisfazer as necessidades relativas ao desenvolvimento e ao meio ambiente das gerações presentes e futuras”.

Por essa razão é que já se afirmou que o maior desafio deste começo de século consiste exatamente em buscar o equilíbrio entre o desejado desenvolvimento econômico e a preservação da sadia qualidade de vida, o que exige que todas as sociedades do planeta procedam verdadeira mudança em relação às grandes referências que marcaram os modelos de desenvolvimento econômico. Não há mais espaço ou lugar, portanto, para condutas desidiasas ou realizadas em descompasso com o bem comum.

## 4 CONCLUSÃO

Procurou-se, por meio deste texto, traçar um perfil sobre o direito de propriedade, mencionando, ainda, que em poucas linhas, sua evolução histórica ao longo dos tempos até à chamada “função social”, permitindo ao Estado intervir na propriedade particular, justamente para que o interesse da coletividade seja observado, sobrepondo-se ao interesse privado. E, para viabilizar essa propriedade e atender aos anseios impostos pela sociedade, não se poderia deixar de mencionar alguns instrumentos previstos em lei, como, por exemplo, o plano diretor e os estudos de impacto ambiental e de vizinhança, dentre muitos outros previstos na legislação.

Realmente, se a busca hoje em dia é para que se alcance a sustentabilidade, como seria possível concebê-la sem a observância de algumas regras previamente impostas e especialmente voltadas à conservação ambiental e à qualidade de vida? Como permitir, por exemplo, que uma hidroelétrica seja construída sem a realização de um estudo prévio de impacto ambiental? Como permitir que um empreendimento seja edificado sem que estudos sejam realizados para medir os efeitos positivos e negativos que daí podem advir?

Chegou-se a um tempo em que a humanidade não mais pode se dar ao luxo de permitir o desenvolvimento e a poluição desenfreados, sem qualquer preocupação com a preservação ambiental. Imprescindível, pois, a conservação e preservação, sob pena de não se cumprir o comando previsto no artigo 225 da Constituição Federal, colocando em xeque a própria subsistência e vida das futuras gerações. A propriedade, portanto, deve ser utilizada de forma racional, sob pena de a vida, em todas as suas formas, tornar-se inviável.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O Conflito entre o Direito de Propriedade e o Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 2006.
- CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direitos das coisas**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (Org). 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.





- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- FIUZA, Cezar. **Direito Civil: curso completo**. 8. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Regulamentação do Estudo de Impacto Ambiental**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1986.
- MEDAUAR, Odete. Diretrizes Gerais. In: MEDAUAR, Odete e ALEMIDA, Fernando Dias Menezes (Coord.). **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001**. 2. ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- PIVA, Rui Carvalho. **Bem Ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- 24 PRIEUR, Michel. *Droit l'environnement*. 4. ed., Paris: Delloz, 2001.
- REISEWITZ, Lúcia. **Direito Ambiental e Patrimônio Cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- SAULE JUNIOR, Nelson; CHUEIRI, Thais de Ricardo; VALE, Raul Silva Telles do. Plano Diretor do Município de São Gabriel da Cachoeira: aspectos relevantes da leitura jurídica. In: SAULE JUNIOR, Nelson (org.). **Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas**. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2007.
- SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.



## LEGIFERAÇÃO DO PODER EXECUTIVO: AS RESOLUÇÕES DO CONAMA

Vera Cecília Gonçalves Fontes\*  
Antônio Carlos Segatto<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo abordar a problemática relativa à crescente legislação do Poder Executivo, ultrapassando os limites das delegações permitidas pela Constituição Federal, o que incorre na edição de normas ilegais. A doutrina encontra-se dividida: para alguns, esse fenômeno é decorrente da sociedade técnica, que demanda soluções cada vez mais rápidas aos novos problemas; estas necessidades de regulamentação não são supridas pela via legislativa tradicional, devido, entre outros motivos, à morosidade do processo legislativo. Outros posicionam-se no sentido de que o princípio da separação de poderes há de ser respeitado, sendo a função legislativa prerrogativa do Poder Legislativo. Nesse cenário são analisadas as Resoluções emanadas do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), órgão pertencente à estrutura do Poder Executivo, criado por força do disposto no artigo art. 6º, inciso II da Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. O CONAMA tem exercido autêntica função legislativa por meio de suas resoluções, extrapolando, assim, suas atribuições e gerando, com isso, grande polêmica.

**Palavras-chaves:** Legislação. Poder Executivo. Resoluções. CONAMA.

### LEGISLATING OF THE EXECUTIVE: THE RESOLUTIONS OF THE CONAMA

### ABSTRACT

The present text aims the study of the aspect related to the rising amount of laws made by the Executive branch, breaking the rules of the Federal Constitution. Studious have different opinion about the question: some think that the technical society has many new problems very oftenly which demand quick solutions that can't be given by the traditional laws due to the slow process to make them. Others think that laws must be made by the Legislative branch in respect to the principle of the separation of functions in government. CONAMA (National Council for Environment) belongs to the structure of the Executive branch and was created by the law 6.938/81, art. 6º, II, this law is called National Politics for the environment. CONAMA has been making rules considered as laws, what is illegal and has been causing polemic.

**Keywords:** Laws. Executive branch. Resolutions. CONAMA.

## 1 INTRODUÇÃO

O Poder Executivo, na atualidade, como resultado das mudanças impostas pela sociedade moderna, cada vez mais técnica, vê-se diante de questões surgidas dia a dia, que demandam soluções também rápidas, complexas e até mesmo inéditas. Como resultado, tem-se constatado o crescimento da atividade legislativa do Estado com a finalidade de atender às crescentes e urgentes demandas sociais.

\* Bacharel em Direito, especialista em Direito Ambiental pela Universidade Estadual de Maringá, aluna do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Estadual de Maringá.

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela PUC – SP Professor de Direito da UEM. Advogado



Essa situação tem levado a uma descentralização do poder de elaborar as normas, função primordial do Poder Legislativo. Como não poderia deixar de ser, instalou-se a polêmica, e os posicionamentos doutrinários são divergentes: alguns entendem que a elaboração das leis não pode ser apenas prerrogativa do Legislativo cujas atividades encontram-se sobrecarregadas, fato agravado pelo exercício de suas funções de forma colegiada, pela morosidade do processo legislativo e despreparo dos parlamentares em assuntos técnicos. Por outro lado, parte da doutrina não transige quanto à estrita observância da separação dos poderes do Estado, cada qual exercendo suas funções preponderantes sem qualquer possibilidade de intromissão de um poder em outro, sob pena de incursão em inconstitucionalidades e violação ao disposto no artigo 2º da Constituição Federal, que estabelece a separação de poderes.

Neste trabalho, pretende-se abordar a problemática da crescente produção de normas não previstas nas hipóteses de delegação permitidas pela Constituição Federal pelo Poder Legislativo ao Executivo, como forma de solução de questões urgentes, especificamente no que se refere às resoluções do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), órgão criado por força do disposto no artigo art. 6º, inciso II da Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, tendo suas atribuições expressamente definidas no art. 8º da referida Lei. Trata-se de tema polêmico e apaixonante que embora seja atual não é recente, pois já de algum tempo as posições na doutrina têm se dividido com relação à crescente atividade legislativa do Poder Executivo, como será abordado.

## 2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A evolução é ínsita à espécie humana e a tudo criado pelo Homem. Sendo assim não poderia ser diferente no que tange ao aspecto da teoria da separação dos poderes, idealizada pelo Barão de Montesquieu em 1789; já sugerido por Aristóteles anteriormente. Essa teoria tem por objetivo primordial a defesa dos direitos individuais contra o poder absoluto do Estado totalitário e centralizador.

26

Regis Fernandes de Oliveira (2001, p. 19) assim sintetizou a teoria:

E, para que, dividido o poder, ninguém possa abusar dele, imaginou uma tripartição estanque de poderes, de tal modo que o que faça as leis não seja encarregado de aplicá-las, nem de executá-las; que o que as execute não possa fazê-las nem julgar sua aplicação; que o que julgue não as faça nem as execute. Originariamente, cada órgão deveria praticar apenas atos específicos.

De acordo com a idéia original da teoria da tripartição, que se difundiu, no mundo ocidental, nos séculos XVIII, XIX e XX, as leis gerais são elaboradas por representantes do povo (o Parlamento), executadas pelo Executivo, cabendo ao Judiciário, órgão independente, o controle no tocante à observância destas leis, bem como com relação à proteção dos direitos dos cidadãos (MEDUAR, 2007, P. 27).

Em apertadíssima síntese, está a essência da teoria da separação de poderes, insculpida no artigo 2º da Constituição Federal, que se constitui em cláusula pétrea da Lei Maior. Todavia, ao que tudo indica, a teoria em questão encontra-se em crise, pois a prática tem mostrado a ocorrência do que chama Canotilho (2002, p.52) de “legislação governamental”, que consiste na reiterada produção de legislação pelo Poder Executivo, extrapolando suas funções, fato que tem gerado viva discussão na doutrina, cujos posicionamentos serão estudados.



### 3 LEGIFERAÇÃO DO PODER EXECUTIVO

A inevitável evolução trouxe, como consequência, entre outras, a “sociedade técnica”, cuja emergência é apontada por Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 51) como “[...] também responsável pelas crises do Legislativo e da Lei.”, surgiram também questões que demandam soluções rápidas e eficientes em termos de legislação reguladora. Muito a propósito, neste aspecto as palavras do referido autor:

Com a sociedade técnica, o tempo adquiriu velocidade. A sociedade passou a exigir respostas prontas e rápidas para questões não poucas vezes novas e particularizadas. Sem contar o fato de que os assuntos que “estão penetrando nas pautas estatais revestem-se cada vez mais de maior complexidade”. A administração vê-se compelida a socorrer-se do auxílio de especialistas que, em nome da objetividade ou infalibilidade da ciência e da técnica, nem sempre estão dispostos a dialogar com os integrantes do Legislativo. Afinal, há uma radical oposição entre o discurso do tecnocrata, auxiliar do governo, e o jurista ou o político. Enquanto aquele tem em mira o resultado, estes se preocupam com a legitimidade da decisão (o processo de tomada da decisão). O discurso do resultado do resultado ou dos fins do tecnocrata pouco se concilia com o discurso dos meios e da legitimidade da decisão professada pelo jurista ou pelo político, pelo menos pelo político, no melhor sentido da palavra.

Nesse cenário, nasce a teoria da “descentralização da função legiferante”, defendida por Clèmerson Merlin Clève<sup>2</sup>. Sustentando sua argumentação, Clève afirma, em síntese, que o Estado social e a sociedade técnica dificultam o exercício da atividade legislativa pelo parlamento por exigirem dele conhecimento técnico que não possui e ainda por se estruturar o corpo legislativo sob forma colegiada, que deve obedecer a um processo legislativo moroso. Em decorrência dessa situação, os legislativos modernos cercam-se de especialistas, ao mesmo tempo em que são assediados pelos “lobbies” com informações nem sempre confiáveis, ante sua parcialidade. A este fenômeno o autor chama “descentralização da função legiferante” (CLÈVE, 2000, p. 53).

Contudo, a delegação legislativa não é característica dos tempos modernos, apenas. Georges Bourdeau, citado por Vicente Ráo<sup>3</sup>, registra que “[...] fatores vários provocaram o afastamento total ou parcial da autoridade e dos processos legislativos normais.” Cita como exemplos Estados beligerantes e neutros como Suíça e Suécia que por ocasião da 1ª Guerra Mundial, em 1914 “[...] conheceram, desde o início das hostilidades, uma “legislação governamental”, simplificaram a elaboração das leis, não só para assegurar o segredo e a premência das medidas a serem tomadas, senão também para pô-las de acordo com a evolução constante da situação política, militar e econômica.”

2 Assevera o autor: “Desenvolveu-se, nos últimos anos, uma teoria ancorada na convicção de o Legislativo não está apto a exercer a atividade legislativa na sociedade técnica. Nessa medida, o exercício da atividade normativa deveria ser substituído pelo incremento da função de controle dos atos e órgãos do Governo. Em síntese, caberia ao parlamento menos legislar e mais controlar.”

3 BOURDEAU Georges, *Traité de Science Politique*, v. 3, n. 85. apud RÁO, Vicente. 1º v. *As delegações legislativas no parlamentarismo e no presidencialismo*. São Paulo: Max Limonadi. 1966. p. 14-15. Ainda com relação ao que chama de “legislação governamental”, Bourdeau comenta: “Normalmente, o fim da guerra deveria ter provocado a volta aos processos constitucionais. Mas não foi o que aconteceu. Outras causas vieram justificar e conservar aquelas práticas excepcionais: a inflação, a crise econômica, a deflação mantiveram os governantes em estado de mobilização que, embora pacífica, continuou a reclamar medidas extraordinárias. Os povos e as autoridades foram, assim, se habituando a esse esbulho da autoridade legislativa, tanto mais quanto nele encontraram facilidades para a execução dos diversos programas de planificação econômica e financeira, bem como para as reformas da estrutura social preconizada nos países de direção socialista, ou socializante. E se, porventura, essas facilidades conduziam a uma crise monetária, ainda às medidas de exceção os governantes recorriam para por em ordem as finanças públicas.”



Retomando o raciocínio de Clève (2000), assim se manifesta referindo-se à formação da lei:

Todavia, a origem do ato não mais se circunscreve ao Legislativo, podendo, ao contrário, ser editada pelo Executivo se a Constituição admite. A lei, portanto, no Estado contemporâneo, é definida pela sua origem (alargada), forma e força. Não mais pelo seu conteúdo ou em virtude de seus atributos (generalidade, abstração, impessoalidade).

Admite assim o autor o que chama de “alargamento” com relação à origem do ato normativo que seria procedente não só do Poder Legislativo, mas também do Executivo.

Em defesa de sua tese, compara o Brasil a Portugal e cita Canotilho (2002, p. 633) que, acerca da função legislativa, assevera: “A AR é o órgão legislativo por excelência, a ele cabendo a “função de fazer as leis”. A função legiferante não é hoje um monopólio da AR, dado que o Governo e as assembléias regionais têm também competência legislativa (decretos-leis e decretos legislativos regionais)”.

Canotilho (2002, p. 67) relata a ocorrência da “governamentalização legiferante” também em Portugal:

Segundo um certo entendimento que ultimamente vem tendo apoio doutrinal mais explícito, a superioridade e primariedade da AR na fixação de bases limitar-se-ia apenas às bases em matérias reservadas. Relativamente à competência concorrente, nada obstará que o Governo reivindicasse a sua competência concorrente originária e revogasse as próprias bases jurídicas fixadas pela AR.

28

De se ressaltar que o autor português (2002, p. 64) defende e entende justificável a legiferação do Poder Executivo, com as seguintes palavras:

Mesmo sem invocar a saturada forma de legislação de governo “em casos de urgência e necessidade”, devemos ter serenidade bastante para reconhecer que as disfunções do procedimento legislativo parlamentar (temporais, políticas, técnicas) aliadas à complexidade, dinamicidade e até instantaneidade das soluções regulativas, são suficientes para justificarem, *prima facie*, a intensificação da prática de actos com valor legislativo adaptados pelos diferentes governos dos vários sistemas constitucionais.

Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 42) sintetiza como essa corrente de pensamento vê, atualmente, a separação dos poderes:

Portanto, falar em separação de poderes, agora, só guarda sentido quando está-se a referir aquele Estado de prestações constitucionalmente regulado e de tal modo regulado a ponto de definir-se como Estado de Direito de orientação social. Nesse Estado, porém, uma coisa é certa. Quer aceite esse ou aquele regime de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), cabe ao Executivo desempenhar a liderança política. Daí seu relativo predomínio. Esse tema, e o que significa para as liberdades, desafia os estudiosos da teoria do Estado, constituindo um dos mais instigantes temas da literatura jurídica contemporânea.



Compartilhando posição semelhante, Celso Ribeiro Bastos (1988, p. 167) faz uma análise do princípio preconizado por Montesquieu:

Num balanço histórico da doutrina da separação de poderes este seria o primeiro ponto a ser ressaltado: o da perda gradativa da pureza de cada uma das funções do Estado, a tal ponto que é perfeitamente lícito afirmar-se que nos dias atuais anunciar a função legislativa como sendo própria do Poder Legislativo é uma verdade tão somente relativa [...].

Tem-se, assim, o posicionamento da doutrina acerca da possibilidade de legislação de forma mais ampla ou até predominante pelo Poder Executivo, em detrimento do Poder Legislativo, com as argumentações dos doutrinadores que o defendem.

Em oposição à argumentação até este ponto mencionada, registram-se opiniões, segundo as quais a clássica teoria da separação dos poderes há de ser preservada, sob pena de, além de se incorrer em ofensa à Constituição Federal, também se voltar à situação da centralização de poderes. Mais ainda: o fenômeno da legiferação desenfreada traz à vida cotidiana do cidadão uma enxurrada de toda espécie de “leis”, que geram, como consequência, a insegurança jurídica.

Nesse sentido, a crítica de Vicente Ráo (1966, p. 13), ao expressar sua crítica à atuação do Poder Executivo “ [...]excedendo os limites naturais e institucionais de suas atribuições”:

Tal é um dos graves problemas jurídicos contemporâneos que, sob a denominação genérica de “legislação governamental” se traduz e se desabrocha numa floração imensa de *leis de plenos poderes, leis delegadas, leis-quadros ou de princípios, decisões normativas de órgãos jurisdicionais, decretos e regulamentos usurpadores de poderes legislativos*, ou, como entre nós sucede, em um amontoado de *portarias, resoluções, instruções* ditadas por órgãos meramente administrativos e subordinados, ou por entidades para-estatais, que criam ônus fiscais, regulam o comércio interno e externo, o crédito, o mercado monetário e relações outras de direito, como se legisladores fossem.

Alerta ainda Vicente Ráo (1966, p. 33) para “[...] o perigo a que ficam sujeitas as liberdades fundamentais quando as funções de legislar, executar e impor o respeito das leis se concentram no mesmo órgão, ou na mesma corporação política”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1988, p. 50-52), tece severa crítica à legislação pelo Poder Executivo, reconhecendo que a despeito da existência do Legislativo, em função da separação dos poderes, tal fato não impede que o Executivo tenha se tornado o mais freqüente legislador, e reconhece: “O Direito Constitucional por muito tempo lutou contra essa prática. Todavia, ela veio a prevalecer, inclusive, contras as proibições expressas.” O autor critica a atuação do estado intervencionista que se serve da flexibilidade (podem ser alteradas e até extintas com facilidade) da delegação legislativa para alcançar seus objetivos (estimular a economia, atenuar problemas conjunturais ou cíclicos, etc.) , razão pela qual tais normas são criadas com previsão de breve duração. Em função deste aspecto de solução para problemas urgentes, AINDA segundo Ferreira Filho “[...] a orientação mais recente não condena a delegação em tal campo. Mais discutível é, todavia, admiti-la em qualquer matéria, pelo menos em face do Estado de Direito verdadeiro que sempre condena o fato de o Executivo fazer a lei que há de respeitar.”



Por outro lado, reconhece Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 14-15) que a problemática em questão não se deve apenas a uma intromissão do Executivo na área de atuação preponderante do Legislativo. Deve-se também à incapacidade, à falência dos Parlamentos que conduzem à abdicação. Reconhece ainda o autor que os mesmos Parlamentos não cumprem com rapidez e eficiência sua função de elaborar leis que correspondam às necessidades quer do Estado quer dos cidadãos, em parte por conta da sua organização, em parte porque

o modo de escolha de seus membros torna-os pouco freqüentados pela ponderação e pela cultura, mas extremamente sensíveis à demagogia e à advocacia em causa própria. Os interesses não têm dificuldade em encontrar porta-vozes eloqüentes, o bem comum nem sempre os acha. Por outro lado, o seu modo de trabalhar também é inadequado às decisões que deve tomar. Como, por exemplo, estabelecer um planejamento por meio do debate parlamentar?

Afirma ainda o autor (2002, p. 15) que a delegação do Legislativo, disfarçada ou não, tem-se tornado a regra e não exceção, a despeito das vedações constitucionais, concluindo que tais fatos levam ao desmoronamento da separação de poderes. E preocupado questiona: “Com isso não se instaura a tirania? [...] A lição de Montesquieu terá perdido sua razão de ser?”

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 252), ao reconhecerem o princípio da separação de poderes e a harmonia e independência entre eles, afirmam a indelegabilidade de funções, que se constitui em exceção ao referido princípio, e nesta condição excepcional deve ser aplicada e interpretada restritivamente. Neste sentido declaram: “Um poder não pode exercer a “função típica” do outro, exceto pela própria natureza das coisas ou quando a CF expressamente autorizar.”

#### 4 AS RESOLUÇÕES DO CONAMA

A despeito da incansável atuação e grande contribuição do CONAMA para a defesa do meio ambiente, críticas têm surgido com relação à atuação do órgão colegiado, tendo em vista que suas atribuições têm sido extrapoladas, chegando a exercer funções legislativas que não lhe competem por meio de resoluções. Essa prática constante ofende a Constituição Federal que determina em seu artigo 2º a separação dos poderes, bem como o artigo 5º, II, que abriga o Princípio da Legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei.

Para alguns, os excessos cometidos pelo CONAMA, mediante o uso indiscriminado das resoluções devem-se a dois fatores, quais sejam a morosidade do processo legislativo tradicional e o descrédito de que goza o Poder Legislativo, seja Federal, Estadual ou Municipal junto à sociedade brasileira.

Essa tese é esposada por Rui Carneiro (2001, p. 140), que atesta ainda que outros órgãos ambientais congêneres no âmbito federal, estadual e municipal agem de maneira semelhante, disciplinando questões legais em afronta ao princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, II do texto constitucional. Afirma o doutrinador que as resoluções do CONAMA muitas vezes, criam obrigações sem qualquer amparo legal (ressalte-se que as resoluções são atos administrativos, portanto infralegais), ensejando recursos administrativos ou questionamentos judiciais que “acabam por enfraquecer o órgão colegiado enquanto instância representativa e participativa de tomada de decisões de política ambiental.”

José Afonso da Silva (1998, p. 143-144), também manifesta sua crítica ao afirmar que a utilização de resoluções no lugar de leis constitui-se em resquício do período do regime militar, quando era praxe atuar-se na área ambiental por meio de portarias e resoluções face à facilidade quanto à criação e alteração:

Essa flexibilidade, se por um lado é conveniente em face de situações de emergência, por outro importa em insegurança jurídica para os destinatários desses instrumentos infralegais, cumprindo mesmo verificar, em cada caso, até que ponto a situação regulada não exigiria lei, a fim de resguardar o princípio da legalidade que se acha inscrito no art. 5, II, da Constituição da República.

A posição de José Afonso da Silva é acolhida e citada por outros, como Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 3 *et seq.*) que ao comentar o artigo 1º da Lei 6.938/81, afirma que o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA – foi criado por lei, não possuindo previsão constitucional, fato que leva à conclusão de que o referido sistema somente pode ser reconhecido como uma estrutura de colaboração entre os entes federativos (Estados, Distrito Federal e os Municípios que formam a União), vez que eles, por força de previsão constitucional, possuem autonomia, não havendo qualquer hierarquia entre os entes, os Estados, ocupando uma função intermediária, e a União o topo da escala.

Comenta ainda o autor que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem, em razão de sua autonomia constitucional, funções ambientais decorrentes diretamente da Constituição, ficando vinculados aos poderes que a Magna Carta lhes confere. Assevera também que há consenso no sentido de que a legislação ambiental, por ora não se desenvolveu como seria necessário, tendo em vista que a inércia do Congresso Nacional em editar leis complementares, tratadas nos parágrafos únicos dos artigos 22 e 23 da Constituição, provoca confusão, posto que não reguladas as atribuições dos diferentes entes federativos, no que tange à competência ambiental. Em comentário ao inciso II do art. 6º da Lei 6.938/91, assim se manifesta Antunes (2005, p. 88-89):

O CONAMA é uma entidade dotada de poder regulamentar, apenas, no que se refere ao estabelecimento de normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de assessorar e propor políticas e medidas capazes de contribuir para a melhoria da qualidade ambiental [...] o CONAMA é um órgão cuja hierarquia corresponde ao terceiro escalão da administração federal e atua em uma matéria – meio ambiente cuja competência entre a União e os Estados é concorrente [...] Tem havido uma hipertrofia das atribuições do CONAMA, pois diante da inércia legislativa do Congresso Nacional e da incapacidade da Administração Pública em estabelecer as necessárias prioridades para a matéria ambiental, o CONAMA, não com pouca frequência, vem editando Resoluções que ultrapassam, em muito, as suas atribuições legais. A doutrina jurídica ambiental, entretanto, tem se revelado excessivamente tolerante com ilegalidades praticadas pelo CONAMA e não tem submetido as resoluções às críticas que se fazem necessárias.

O autor (ANTUNES, 2005, p. 116) referido faz ainda severa crítica à invasão da reserva legal pelo CONAMA, apontando, como causa para tal abuso, a omissão do Congresso Nacional no exercício de suas atribuições, donde decorre o “[...] constante conflito de tais normas com a legalidade constitucional”.

Verônica Bezerra Guimarães (2005, p. 222), por sua vez, esclarece que o legislador brasileiro tem por tradição tratar de determinadas questões por meio da criação de grandes sistemas, para solução de problemas comuns a todo o território nacional. Tal prática visa oferecer um tratamento uniforme e coordenar políticas públicas. Integram esses sistemas, por exemplo, o SUS (Sistema único de Saúde), o SNT, e com relação ao meio ambiente, o SISNAMA, o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e, mais recentemente, o SNUC. Assim se expressa:



Através da Lei Federal nº 6.938/81 foi instituído o SISNAMA, assim como a Política Nacional do Meio Ambiente. Posteriormente, foi regulamentada pelo Decreto 99.274/90, com alterações trazidas pelos Decretos 2.120/97 e 3.942/01. Essa lei é precursora da fase moderna da legislação ambiental brasileira. A lei traz uma abordagem sistêmica da proteção ao meio ambiente através de Instrumentos e políticas que visam a uma integração no modo de agir dos Órgãos federais, estaduais e municipais. O SISNAMA, de acordo com o art. 6º da Lei 6.938/81, é formado por órgãos e entidades federais, estaduais e municipais. Compõem a estrutura da União o órgão superior, formado pelo Conselho de Governo; o órgão consultivo e deliberativo, pelo CONAMA; o órgão central, pelo Ministério do Meio Ambiente, e o órgão executor, pelo IBAMA.

[...]

O SISNAMA, de acordo com o art. 6º da Lei 6.938/81, é formado por órgãos e entidades federais, estaduais e municipais. Compõem a estrutura da União o órgão superior, formado pelo Conselho de Governo; o órgão consultivo e deliberativo, pelo CONAMA; o órgão central, pelo Ministério do Meio Ambiente, e o órgão executor, pelo IBAMA.

As resoluções são atos normativos infralegais, emanadas por autoridades da administração pública, diversas do chefe do Poder Executivo, com a finalidade de estabelecer normas sobre o modo de cumprimento da lei pela administração. Por não exigirem os mesmos trâmites do processo legislativo ordinário, as resoluções são mais dinâmicas quanto à sua aprovação e revogação.

A despeito da abordagem quanto aos aspectos positivos das resoluções do CONAMA, a autora afirma:

32

Mas podem trazer uma maior insegurança ao aplicador da norma. Além de serem constantemente atualizadas, às vezes extrapolam o seu âmbito de competências, chegando, inclusive, a cometerem ilegalidades ou inconstitucionalidade. As resoluções não podem contrariar a lei, nem tampouco criar direitos, obrigações, proibições ou punições.

Assevera que em função de não exercerem efetivamente suas competências, os órgãos locais e seccionais, no mais das vezes, adotam toda a regulamentação do órgão federal.

Andreas J. Krell (2004, p. 115-116), ao comentar as virtudes e defeitos da Resolução nº 237/97 do CONAMA, reconhece que a referida norma “tentou estabelecer um sistema racional de subdivisão das atribuições nas atividades de licenciamento ambiental entre as três esferas governamentais.”, afirmando que a resolução comentada teve por objetivo “evitar a duplicidade de procedimentos, tendo em vista que há determinados tipos de empreendimentos ou atividades que mais do que um órgão ambiental quer licenciar”. Apesar de reconhecer o mérito da norma, critica:

A referida resolução, no entanto, não é capaz de alterar a repartição constitucional das competências administrativas, nem consegue obrigar os órgãos estaduais ou municipais a nada e, por isso, deve ser considerado, pelo menos parcialmente, inconstitucional. Assim, não faz sentido uma norma (lei, decreto ou resolução) federal ou estadual prescrever aos estados ou municípios que estes somente devem licenciar empreendimentos e atividades de impacto *local* ou *regional* (cf. art. 6º, Res. Nº 237/97 CONAMA).



A redação do artigo 8º da Lei 6.938/81, que dispõe acerca da competência do CONAMA, foi alterada pelo Decreto 3.942/2001, tendo sido bastante ampliada a competência do órgão, visto que a redação anterior do dispositivo continha sete incisos, aumentados para dezenove após a alteração

Com relação à competência normativa que pretende o legislador seja atribuída ao CONAMA, Edis Milaré, em parecer acerca da Resolução 302/02, expressamente a rejeita:

Essa competência atribuída ao CONAMA consubstancia, assim, *atribuição de natureza técnica*, de fixação de índices e parâmetros técnicos, a serem propostos por especialistas, peritos na matéria, pois, de fato, minúcias de caráter técnico não são próprias dos textos legislativos. Nem poderia ser diferente, pois, ainda que se admitisse uma “competência normativa” do CONAMA, ela seria restrita a questões eminentemente técnicas e jamais poderia ser interpretada extensivamente para permitir que o CONAMA expeça disposições de índole legislativa, o que é vedado pela Constituição Federal. Sim, porque a Carta de 88 revogou expressamente todas as normas delegadoras de competência normativa, no teor do disposto no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Como bem ressalta o autor em questão, o CONAMA não tem competência normativa para impor obrigações e mesmo sanções, mas apenas competência para emitir normas, pareceres e padrões ambientais de natureza técnica. Ademais, como bem enfatizado, repugna ao Estado de Direito em vigor a prerrogativa de uso das “normas delegadoras de competência normativa”, expressamente banidas do ordenamento jurídico pátrio por força do artigo 25 do ADCT.

Sob esse aspecto Milaré reporta-se às palavras de Luis Roberto Barroso (2001, p. 165-188):

...jamais se poderá interpretar a competência atribuída por lei a uma autoridade administrativa como uma delegação legislativa, isto é, como a transferência pelo Congresso Nacional, em caráter primário, do poder de ditar regras sobre a matéria. E mesmo a competência normativa secundária do agente público é limitada, porque o poder regulamentar pleno é privativo do Chefe do Poder Executivo (CF, art.84,IV)”.

Celso Antonio Bandeira de Mello também manifesta seu inconformismo com relação ao “status” legal que se pretende seja reconhecido nas resoluções do CONAMA:

Assim, resolução do CONAMA além de não poder interferir com liberdade e propriedade, por não ser lei, pela mesma razão também não poderia, com pretenso suporte no § 4º do art. 24, almejar alguma preponderância de suas disposições já que este se reporta à “lei federal” em cujo conceito, como é claro a todas as luzes, não se incluem atos inferiores, como o são os gestados nas entranhas de meras unidades orgânica do Executivo, onde, pois, inexistem as cutelas, a publicidade na elaboração e a legitimidade popular inerente aos atos legislativos.”



Sem dúvida, o texto legal confere ao CONAMA importante função no estabelecimento, por meio de resoluções, de normas e padrões ambientais de tolerabilidade que se resumem no cuidado com o ambiente e sua preservação, não só para as presentes como para as futuras gerações, sendo as medidas previstas nas resoluções absolutamente necessárias. Contudo, tais atos de maneira alguma constituem-se em atos normativos, mas em atos administrativos. Mais ainda: a importância da matéria em questão há que ser tratada em forma de lei, obedecidos os preceitos constitucionais na elaboração da norma legal, e não sob a forma de ato administrativo.

Também sob este aspecto, digno de menção o posicionamento de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Preocupações com o meio ambiente pode corresponder a um tema que está no ápice da moda, mas sua inegável importância não o coloca ao largo de exigências básicas, fundamentais do direito constitucional brasileiro e nem lhe outorgam foros de liberdade para arrombar as comportas dos direitos e garantias individuais, pois ambos, como é de universal conhecimento, só podem ser objeto de disciplina pela própria lei.

Paulo Affonso Leme Machado (2005, p. 730) da mesma forma que os autores retro mencionados não aceita a pretensa legalidade das resoluções do CONAMA e assevera, na qualidade de ex-integrante do primeiro grupo de Conselheiros do CONAMA:

O CONAMA tem função social e ambiental indispensável. Mas esse Conselho não tem função legislativa, e nenhuma lei poderia conceder-lhe essa função. Estamos diante de uma patologia jurídica, que precisa ser sanada, pois caso contrário o mal poderia alastrar-se e teríamos o Conselho Monetário Nacional criando impostos e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária definindo os crimes.

34

Como já afirmado, a natureza jurídica das resoluções é de atos administrativos, ou seja, aqueles praticados pela Administração, sempre no interesse público, assim definidos por Hely Lopes Meirelles (1998, p. 131): “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p.352) conceitua ato administrativo como: “[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”

Já, com referência às resoluções, Verônica Bezerra Guimarães (2005, p. 225) define que resoluções são atos administrativos de caráter normativo infralegais, emanadas de autoridades da administração pública que não o chefe do Poder Executivo, e têm por finalidade estabelecer normas sobre o modo de cumprimento da lei.

Bandeira de Mello (2003, p.403), laconicamente, define as resoluções como “fórmula pela qual se exprimem as deliberações dos órgãos colegiais”. No caso em tela o órgão colegial a que se refere o autor é o CONAMA.



Para Hely Lopes Meirelles (1998, p. 162)

Resoluções são atos administrativos normativos ou decisórios expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção admitem-se resoluções individuais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 224-225) assevera que

Resolução e portaria são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do Executivo [...] Não se confunde a resolução editada em sede administrativa com a referida no artigo 59, VII, da Constituição Federal. Nesse caso, ela equivale, sob o aspecto formal, à lei, já que emana do Poder Legislativo e se compreende no processo de elaboração das leis, previsto no artigo 59.

De se mencionar, por oportuno, que os atos praticados pelas autoridades no exercício de suas atribuições devem obedecer estritamente aos ditames da lei, este o princípio da legalidade, sobre o qual comenta Odete Medauar (2003, p. 144): “O princípio da legalidade expressa a conotação administrativa do Estado de Direito. Na sua concepção originária, vincula-se à separação de poderes e a todo o conjunto de idéias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista”.

Pelo que até aqui se expôs forçoso reconhecer que as resoluções do CONAMA não têm caráter de atos normativos, mas de atos administrativos, e têm sido aplicadas em afronta aos princípios da legalidade e da separação de poderes, expressamente previstos no texto constitucional.

35

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De se concluir, ante todo o exposto, que a despeito do admirável trabalho do CONAMA no esforço de proteção ao meio ambiente, por meio de suas resoluções, muitas vezes extrapola sua competência, de que decorrem ilegalidades e inconstitucionalidades.

Com efeito, as resoluções mostram-se mais dinâmicas, por não estarem adstritas aos trâmites do processo legislativo ordinário no tocante à aprovação, alteração e revogação, mas este fato não se presta a justificar os frequentes excessos que causam insegurança jurídica aos destinatários da norma, bem como aos operadores do direito. Além disto, por se tratarem de atos administrativos, emanados de órgão pertencente ao Poder Executivo, violam o princípio da separação dos poderes expressamente previsto no artigo 2º e o artigo 5º, II, ambos da Constituição Federal, que preceituam o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade respectivamente.

Pode-se afirmar, assim, que as normas editadas pelo CONAMA, sob forma de resoluções, embora tecnicamente de valor indiscutível e não têm o poder cogente das normas emanadas do Poder Legislativo, seja municipal, estadual ou federal, estando, portanto, vulneráveis a questionamentos quer administrativos ou judiciais. Não se pode tolerar a insegurança jurídica imposta pelo uso indiscriminado das resoluções.



O princípio da legalidade, ínsito ao estado de Direito, há que ser respeitado, e não serve como argumento a tese de que o processo legislativo é moroso, o Poder Executivo é composto de parlamentares despreparados e sem assessoria competente para assuntos técnicos. Esse tipo de argumentação somente poderia interessar àqueles que não têm apreço pelas conquistas tão arduamente conquistadas para que se chegasse ao ponto atual, em que liberdades e garantias individuais são asseguradas pela Constituição Federal.

Importante frisar que a crítica feita no presente trabalho visa ao aspecto da vulnerabilidade das resoluções do CONAMA, cujo trabalho admirável merece reconhecimento e elogios, mas os aspectos da legalidade e constitucionalidade exaustivamente já expostos constituem ponto fraco das referidas resoluções.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA (Comentários à Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de Direito Constitucional: Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 165-188, 176. *apud* parecer de MILARÉ, Edis. Disponível em: < <http://www.momentum.com.br> >.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). V. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Legislação governamental. In: *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. (Coord.) Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

36 CARNEIRO, Rui. *Direito Ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do poder executivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 51.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

GUIMARÃES, Verônica Bezerra. A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo. In: *Coleção Direito e Racionalidade no Mundo Contemporâneo*. Org.

KRELL, Andréas J. (Coord.) MAIA, Alexandre de . Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

KRELL, Andréas J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



\_\_\_\_\_. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Disponível em: < <http://www.momentum.com.br> >.

MILARÉ, Edis. Disponível em: < <http://www.momentum.com.br> >.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RÁO, Vicente. *As delegações legislativas no parlamentarismo e no presidencialismo*. 1 v. São Paulo: Max Limonadi. 1966.

\_\_\_\_\_. *Do processo legislativo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, 2. ed. rev. S. Paulo: Malheiros, 1998.



## ASPECTOS QUE ESTRUTURAM O SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA

*Haroldo Camargo Barbosa<sup>1</sup>*

### RESUMO

O artigo busca retratar pontualmente alguns aspectos relevantes que formam a estrutura do sistema nacional de unidades de conservação da natureza (Lei nº 9.985/00). Revela a evolução histórica percorrida pelas áreas protegidas até sua consagração e respectiva normatização conceitual. É identificada a importância socioambiental das unidades e a necessidade de sistematização. Fica posto a forma de criação, gerenciamento, importância e influência da classificação: unidades de proteção integral; unidades de uso sustentável, bem como a aplicação do poder de polícia ambiental, sua correlação com EIA/RIMA e a compensação ecológica.

**Palavras-chave:** Sistema nacional de unidades de conservação da natureza; áreas protegidas.

### ASPECTS THAT STRUCTURALIZE THE SYSTEM NATIONAL OF UNITS OF CONSERVATION OF NATURE

### ABSTRACT

The article seeks portrayal off some relevant aspects that form the structure of the national system of units of conservation of nature (Law nº 9.985/00). It shows the historical development covered by protected areas until his consecration and their conceptual normalization. It identified the importance of social units and the need for systematization. It put a form of creation, management, importance and influence of rating: units of full protection; units of sustainable use, and the implementation of the police environment, its correlation with EIA/RIMA and ecological compensation.

**Keywords:** National system of units of conservation of the nature; protecting areas.

## 1 INTRODUÇÃO

Notadamente a importância atribuída hoje às áreas protegidas, entre elas as unidades de conservação, contrasta com a irrelevância que antigamente o instituto era tratado pela humanidade. Após a revolução industrial e com intensificação dos riscos civilizatórios, caracterizadores do fenômeno da sociedade de risco, as unidades de conservação com a instituição das primeiras mostraram-se essenciais para a manutenção da biodiversidade, mesmo diante de um isolamento que, apesar de importar numa separação com a realidade, mesmo assim cumpre seus objetivos.

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Mestrando em Tutela de Direitos Supra-Individuais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. E-mail: haroldocb@adv.oabsp.org.br



Identificada a importância socioambiental dessas áreas, para as atuais e futuras gerações, sendo verdadeiras reservas de conhecimento, material biológico e genético, surge a necessidade de dar unidade, estabelecer uma ordenação racional, criar um sistema que, como amadurecimento de uma evolução histórica, seja capaz de trazer conceitos atuais, deixando à vista a importância e influência das várias modalidades de unidades de conservação no papel da tutela deste, bem como expor sua inter-relação com outros institutos, a exemplo o poder de polícia, a compensação ecológica e as medidas preventivas de defesa do meio ambiente, para assim se ter uma proteção efetiva do bem ambiental.

É possível verificar o cuidado com que a legislação, a Lei nº 9.985/00, cuida das unidades, dada a quantidade de dispositivos que compreende sua estrutura. Objetivando a sistematização desse instituto, o Sistema Nacional das Unidades de Conservação da Natureza estabelece critérios para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação. Disciplina a exploração das unidades, estabelecendo dois grupos diferentes, sendo possível em um a exploração direta dos seus recursos naturais e noutro apenas o uso indireto.

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza tem como objetivos: contribuir para a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos no território nacional; proteger as espécies ameaçadas de extinção; contribuir para a preservação e restauração da diversidade de ecossistemas naturais; promover o desenvolvimento sustentável; proporcionar meios e incentivos para pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental; favorecer condições e promover a educação e interpretação ambiental, a recreação em contato com a natureza e o turismo ecológico.

O Ministério do Meio Ambiente organizará e manterá um Cadastro Nacional de Unidades de Conservação, com a colaboração do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, do IBAMA e dos órgãos estaduais e municipais competentes.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Constata-se que o surgimento da idéia de implantação de áreas naturais protegidas, pelo menos no que se refere à parte ocidental, teve início na Europa, mais precisamente durante a idade média, com o objetivo de proteção de recursos da fauna, flora e seus *habitats*, por questões religiosas, culturais, devido à associação a mitos e fatos históricos marcantes, e para demonstração de *status*, como exemplo os locais onde a realeza e a aristocracia rural exercitavam o ato de caça, por divertimento.

Até meados do século XIX, outras medidas de proteção de áreas naturais foram tomadas em vários países europeus, mas sempre eram medidas que importavam na utilização da natureza por uma parcela determinada da população, como, por exemplo, relacionada ao suprimento de madeira, de frutos ou essências silvestres, de água ou de outros produtos.

A partir da revolução industrial, quando efetivamente o enfoque dado às necessidades das classes mais abastardas muda é que passa a surgir movimentos voltados à instituição de áreas naturais protegidas que pudessem servir a população como um todo, principalmente pelo crescente número de pessoas, trabalhando em fábricas que demandavam espaços para recreação ao ar livre.

Posteriormente, nos Estados Unidos, surgiram movimentos e discussões no sentido de proteger a natureza de uma forma mais ampla, não apenas com o fim de fornecer recursos a uma classe mais privilegiada, ou exclusivamente um espaço para lazer na forma de parques urbanos. Mas sim para garantir o que já se considerava uma herança natural das futuras gerações.

O primeiro Parque Nacional do mundo foi criado em Yellowstone, em 1872, nos Estados Unidos. Iniciativa que ocorreu durante a expedição exploratória de colonização à região do rio de mesmo nome. Os pioneiros julgaram justo preservar uma área que ainda não havia sucumbido ao processo exploratório e que seria de bom agrado às futuras gerações que pudessem desfrutar de tal maravilha. O Congresso americano aprovou o ato de criação do Parque, proibindo,





com isso, qualquer exploração que alterasse as características naturais da área e destinando-a para preservação, lazer e benefício das futuras gerações.

Como ressalta Miguel Serediuk Milano (2001, p. 7)

O grande avanço em termos de conservação da natureza, determinado pela criação desse Parque, foi sua destinação para preservação contra qualquer interferência ou exploração de recursos de madeira, depósitos minerais e peculiaridades naturais dentro da área, garantindo-se seu estado natural em perpetuidades. Motivados por tão interessante e distinta iniciativa, outros países aderiram ao procedimento e iniciaram a criação de Parques e outras áreas protegidas. Entre outros o Canadá, em 1885, Nova Zelândia, em 1894, Austrália, África do Sul e México, em 1898, Argentina, em 1903, Chile, em 1926, Equador, em 1934 e, juntamente com a Venezuela, o Brasil, em 1937.

As discussões a respeito dos objetivos das áreas protegidas, no entanto, continuaram a ser feitas, tendo efeitos inovadores em alguns países. Por exemplo, a criação do Parque africano Kruger National Park, onde o objetivo principal da proteção não era apenas garantir que os recursos naturais, nelas contidos, permanecessem no estado original para usufruto da população, mas também, no caso dessa unidade propiciar condições para a recuperação de populações animais que vinham sendo indiscriminadamente extintas no local.

Já, em 1914, a Suíça estabeleceu seu primeiro Parque para fins científicos, onde pesquisas de longo prazo sobre a fauna e a flora nos Alpes pudessem ser realizadas em condições ambientais inalteradas, sem efeitos de atividades humanas, modelo que foi em seguida adotado pela Suécia.

Passa, então, a partir de meados do século XX, a ser a conservação da biodiversidade um objetivo explícito das unidades de conservação. Assim, cada país foi estabelecendo seu modelo de Parque, com características específicas, uma vez que não havia critérios padronizados para seleção e manejo dessas áreas. Foi essa dificuldade de se estabelecer uma padronização que levou a acontecer, em Londres, Inglaterra, em 1933, a convenção que estabeleceu um conceito básico para Parque Nacional. Os conceitos de Reserva Nacional, Monumento Natural e Reserva Silvestre, em princípio, foram estabelecidos em outra convenção semelhante, em 1940, em Washington.

Destaca-se, também como fato relevante, a reunião feita, em 5 de outubro de 1948, em Fontainebleau, na França, onde delegados de 18 países criaram a União Internacional para Proteção da Natureza que, a partir de 1956, em sua 7ª Assembléia Anual, passou a se chamar-se União Internacional para a Conservação da Natureza, hoje União Mundial para a Natureza – UICN.

No Brasil foi a Resolução da Assembléia da República nº 10/89 que aprovou a adesão do Brasil à Convenção que cria a União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Seus Recursos (UICN). A finalidade dessa instituição é desempenhar importante papel para o desenvolvimento da filosofia de áreas naturais protegidas, promovendo a atualização e rediscussão de conceitos, bem como participando no assessoramento a países em desenvolvimento para o planejamento e manejo das áreas em referência.

Enquanto isso, em 1962, na cidade de Seattle, Estados Unidos, foi realizada a 1ª Conferência Mundial sobre Parques Nacionais, quando foram discutidos conceitos e critérios para atividades desenvolvidas em áreas protegidas e estabelecidas recomendações sobre políticas conservacionistas aos países participantes. Hoje se verifica que estão prosseguindo tanto a Assembléia Geral da UICN, como a Conferência Mundial sobre Parques Nacionais, sendo realizadas de dois em dois anos.

A UICN é uma das mais antigas e respeitadas uniões de instituições e pessoas do mundo inteiro interessadas na defesa do meio ambiente. Com pouco mais de 60 anos de existência, atualmente é formada por cerca de mil membros institucionais, governamentais e não-governamentais, de atuação local, nacional e/ou internacional. Possui ainda em torno de 10 mil voluntários, dos quais aproximadamente 1,5 mil são especialistas em áreas protegidas (BRASIL, 2007).

Esse foi o caminho de evolução. Desde a criação das primeiras unidades de conservação, verifica-se que os conceitos evoluíram transcendendo os conceitos antigos.

Outrossim, considerando-se as necessidades de cada país e levando-se em conta a existência de objetivos diversos de conservação, que, muitas vezes, são conflitantes, foi necessária a criação de tipos distintos de unidades de conservação, sendo devidamente ordenadas dentro de um sistema capaz de alcançar a totalidade dos objetivos nacionais de conservação. Dessa forma, chega-se ao denominado sistema de unidades de conservação, sendo compreendido como o conjunto organizado de áreas naturais, protegidas na forma de unidades de conservação, que, planejado, manejado e administrado como um todo, é capaz de obter os objetivos nacionais de conservação.

Hoje, além de serem áreas dedicadas à preservação e conservação de ambientes providos de belezas cênicas, de relevância histórica, etc., para as futuras gerações, essas áreas assumiram cuidados com recursos hídricos, com manejo de recursos naturais, desenvolvimento de pesquisas científicas, manutenção do equilíbrio climático ecológico, preservação de recursos genéticos e, atualmente, constituem o eixo de estruturação da preservação *in situ* da biodiversidade como um todo (MILANO, 2002, p. 197).

### 3 UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Seguindo as ponderações da sua evolução histórica, pode-se certamente chegar ao seguinte conceito: unidades de conservação em si são espaços territoriais especialmente protegidos, um espaço geográfico definido que, por suas características biofísicas e suas potencialidades socioambientais relevantes, justifica do Estado a destinação, administração, proteção efetiva e permanente para alcançar objetivos específicos de conservação.

A própria Lei nº 9.985/00, que estabelece o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), traz no seu art.2º, inciso I, o que é unidade de conservação:

Inciso I - unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção;

No sentido de esclarecer a amplíssima definição de unidades de conservação posta na Lei do SNUC, Édís Milaré (2005, p.365) entende: “[...] Para a configuração jurídico-ecológica de uma unidade de conservação deve haver: a relevância natural; o caráter oficial; a delimitação territorial; o objeto conservacionista; e o regime especial de proteção e administração”.

Isso, na verdade, condiciona a constituição das unidades ao preenchimento de cinco pressupostos, vistos como: a delimitação territorial (individualização do espaço a ser resguardado), o oficialismo (demanda um pronunciamento público inequívoco), a sujeição à regime jurídico especial (proteção e administração), a relevância natural (contexto ecológico local, regional ou nacional do território dos seus elementos) e o objetivo conservacionista (assegura a integridade e a função ecológica da fauna, flora e *habitats*) (BENJAMIN, 2001, p. 291-296).

Aliás, cumpre destacar que, com a definição posta na Lei nº 9.985/00 (SNUC), o ordenamento brasileiro passou a contar com duas definições de unidades de conservação coexistentes, pois já havia tal definição no art. 40, § 1º e 40-A, § 1º, da Lei nº 6.905/98 (Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente). No entanto, há diferenças entre essas definições - a primeira em sede penal é meramente descritiva, taxativa e estreita, enquanto a segunda, para os demais fins, como civil, administrativo ou tributário, apresenta redação mais ampla e técnica, sendo funcional e



flexível. “A definição genérica da Lei do SNUC, em vez de usar o critério da listagem tipológica, opta por dar os contornos ecológico-funcionais das várias modalidades de unidades”, assevera Antônio Herman Benjamin (2002, p. 289).

Aqui também se faz necessário dizer que a terminologia adotada na Lei do SNUC não é tida como a mais correta, haja vista que “conservação” não é gênero, muito menos gênero do qual “preservação” seria espécie. “Conservação” é espécie do gênero espaços protegidos da natureza, juntamente com a “preservação” que, por sua vez, contrapõe-se à “conservação”, sendo assim modalidades distintas. Esta por ser mais flexível, admitindo uma exploração sustentável, enquanto aquela se atende a uma proteção integral dos recursos naturais.

Ademais, o texto constitucional (CF, art. 225, § 1º, inciso, III) que a Lei do SNUC quer regulamentar, em nenhum momento, refere-se a “unidades de conservação”, mas sim utiliza da expressão espaços territoriais especialmente protegidos. A parte que interessa:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:  
[...]

Inciso III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

42 Nesse contexto, a Convenção da Biodiversidade<sup>2</sup> demonstra preferir o vernáculo “áreas protegidas” e, contribui com o seguinte conceito: “Área definida geograficamente, que é destinada, ou regulamentada e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação”.

Em suas lições, Paulo de Bessa Antunes (2002, p. 419-420), define áreas protegidas, como aquelas que:

[...] devido às características especiais que apresentam, devem permanecer preservadas. O grau de preservação é variável, considerando-se o tipo de proteção legal específico de cada uma das áreas consideradas individualmente e a classificação jurídica que tenha sido estabelecida para cada uma delas. A proteção pode variar desde a intocabilidade até o uso diário e relativamente intenso. As áreas protegidas são denominadas tecnicamente como unidades de conservação.

Neste ponto, incorre em erro o digno doutrinador, pois este acaba no final em confundir todas as áreas protegidas com as unidades de conservação. Áreas protegidas seria gênero, do qual unidades de conservação seria modalidade.

Espaços territoriais especialmente protegidos, na lição de José Afonso da Silva (2007, p. 232), são definidos como:

<sup>2</sup> Convenção da Diversidade Biológica (art. 2º), promulgada pelo Decreto nº 2.159/98.

áreas geográficas públicas e privadas (porção de território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeriam sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais.

Todas as unidades de conservação são áreas especialmente protegidas, mas nem toda área especialmente protegida é uma unidade de conservação, posto que a Constituição Federal traz exemplos de biomas, que ela atribui tutela específica, como a Amazônia, a Mata Atlântica e o Pantanal. Essa é a razão das pertinentes palavras de José Afonso da Silva (2007, p. 232-233), quando diz: “nem todo espaço territorial especialmente protegido se confunde com unidades de conservação, mas estas são também espaços especialmente protegidos”, concluindo que é possível distinguir os espaços especialmente protegidos em:

- I – Unidades de Conservação;
- II – Espaços Protegidos não incluídos no SNUC;
- III – Espaços de Manejo Sustentável;
- IV – Zoneamento Ambiental (este mais instrumento de proteção daqueles do que espaço autônomo).

Nesse diapasão, a forma de tratamento aos espaços especialmente protegidos deve ser esta, isto é, como gênero, onde ter-se-ão, como suas espécies: as Unidades de Conservação, os Espaços Protegidos não Incluídos no SNUC (áreas preservação permanente, reserva legal, etc.), os Espaços de Manejo Sustentável (Floresta Amazônica, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Matogrossense e a Zona Costeira) e Zoneamento Ambiental.

43

#### 4 CRIAÇÃO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

No tocante ao ato de criação das unidades de conservação, estabelece a Lei do SNUC, no artigo 22 “*caput*”, que: “Art. 22. As unidades de conservação são criadas por ato do Poder Público”.

Com isso, a primeira vista, tem-se que o ato de criação das unidades de conservação decorre de um decreto do chefe do Poder Executivo (Poder Regulamentar ou Normativo), mas a lei também não exclui, na opinião da maioria da doutrina, a possibilidade da criação se dar por meio da legislação, em virtude do texto acima exposto não ter impedido que a lei fosse o instrumento para sua criação. A interpretação que prevalece é que, se o legislador quisesse excluir esse modo de criação, assim teria feito.

Dessa forma, o ato de criação fica a cargo do chefe do Poder Executivo da mesma forma que do Poder Legislativo, lembrando que a iniciativa de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica no âmbito federal é do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, “a”).

Registra Paulo Affonso Leme Machado (2001, p. 203) que, em consequência da obrigação do ato de criação ser imposta ao “Poder Público”, não só o administrador e o legislador ordinário têm o poder-dever de salvaguardar a natureza, como também o juiz pela via da sentença. Cita o nobre doutrinador o exemplo do tombamento, em que o posicionamento jurisprudencial é no sentido da possibilidade do magistrado atuar independentemente de prévia manifestação da administração pública, para estabelecer unidade de conservação específica. Sendo assim, para o doutrinador, a criação pode se dar por meio do decreto, pela lei e através do termo de compromisso.



Nota-se que a Lei do SNUC, na verdade, não veio para criar unidades de conservação, mas apenas sistematizar o modo de criação, a competência para sua criação e, como se verá mais adiante, o conteúdo de cada unidade. A Lei do SNUC é norma geral sobre a qual deve se orientar o legislador ordinário. Para ser válida, a norma criadora de unidades de conservação deve respeitar os preceitos que traz a Lei do SNUC.

Por conseguinte, ainda a respeito da criação, preceitua a Lei do SNUC, nos § 2º, § 3º e § 4º do artigo 22, que:

§ 2º – A criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento.

Parágrafo 3º. No processo de consulta de que trata o § 2º, o Poder Público é obrigado a fornecer informações adequadas e inteligíveis à população local e a outras partes interessadas.

§ 4º – Na criação de Estação Ecológica ou Reserva Biológica não é obrigatória a consulta de que trata o § 2º deste artigo.

O ato de criação das unidades de conservação, com exceção da Estação Ecológica e da Reserva Biológica, deve ser precedido obrigatoriamente do estudo técnico e da consulta pública, para que se possa identificar e estabelecer com precisão sua localização, a dimensão e os limites suficientes para alcançar seus objetivos, como as informações adequadas à população local e a quem mais tiver interesse. O regulamento que dispuser sobre esses procedimentos deve observar os princípios da administração pública e as leis relacionadas.

A razão do Poder Público apresentar preocupação na identificação da localização, tamanho e limites das unidades reside no fato da necessidade que possui a unidade em cumprir seus objetivos (espaço técnico-científico) e implicar de certa forma numa apropriação de espaços territoriais. O SNUC vincula as unidades de conservação a uma utilidade científica imediata ou mediata, bem como faz com que se estabeleça uma forma de planejamento da ocupação territorial, pois há uma definição do modo específico de ocupação nas unidades, da mesma forma que retira o espaço do modo de apropriação moderno, indo contra a atividade expansiva e apropriadora dos recursos naturais pela sociedade moderna.

44

## 5 GESTÃO DO SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA

A gestão do SNUC ocorre consoante ao disposto no artigo 6º, incisos I, II e III, cuja redação estabelece:

Art. 6º O SNUC será gerido pelos seguintes órgãos, com as respectivas atribuições:

I – Órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama, com as atribuições de acompanhar a implementação do Sistema;

II – Órgão central: o Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de coordenar o Sistema; e

III – Órgãos executores: o Instituto Chico Mendes e o Ibama, em caráter supletivo, os órgãos estaduais e municipais, com a função de implementar o SNUC, subsidiar as propostas de criação e administrar as unidades de conservação federais, estaduais e municipais, nas respectivas esferas de atuação.

Desse modo, o Ministério do Meio Ambiente, responsável pelo órgão central, exercerá o papel de coordenador do sistema, promovendo reuniões formais e informais entre as administrações das diferentes unidades de conservação; incentivará estudos para criação de novas unidades; estará presente na formulação do zoneamento ambiental do país ou de seu ordenamento territorial; articulará o planejamento do combate a incêndios, visando ao planejamento das unidades de conservação.

Por sua vez, o Conama cuidará do órgão consultivo e deliberativo, cuja função é acompanhar a implementação do sistema, isto é, acompanhar a aplicação das regras da Lei do SNUC. Assim, o Conama pode requisitar informações a qualquer unidade ou visitar as unidades quer sejam elas federais, estaduais e municipais. O Conama passa a ter mais uma função além daquelas constantes no art. 8º da Lei nº 6.938/81, a de inspecionar as unidades de conservação e transmitir aos órgãos competentes as suas avaliações. Além disso, o Conama é que avaliará a possibilidade das unidades de conservação estaduais e municipais integrarem o SNUC, quando concebidas para atender a peculiaridades regionais ou locais, possuindo objetivos de manejo que não possam ser satisfatoriamente atendidos por nenhuma categoria prevista na mesma lei e cujas características permitam, em relação a estas, uma clara distinção (Lei nº 9.985/00, art. 6º, parágrafo único).

No momento cumpre ressaltar que, devido à autonomia constitucional dos entes políticos que compõem a federação, não se pode obrigar que os Estados e Municípios integrem o SNUC. As normas gerais da Lei do SNUC aplicam-se à União, aos Estados e Municípios, à medida que eles criarem e mantiverem unidades que se ajustem aos dispositivos da referida lei.

A competência do Conama de acompanhar a implantação do SNUC não permite ao Conama o poder de criar unidades de conservação, nem de estabelecer regras para o funcionamento de outros tipos de conservação, por isso a insistência da doutrina na ilegalidade da Resolução do CONAMA nº 266/00<sup>3</sup>.

Por último, os órgãos executores estão aos cuidados do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e ao IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), bem como, em caráter supletivo, aos órgãos estaduais e municipais responsáveis pelo meio ambiente, para o fim de implementar o SNUC, subsidiar as propostas de criação e administrar as unidades de conservação federais, estaduais e municipais.

Primeiro, observa-se que os órgãos executores estaduais e municipais não estão expressamente individualizados no inciso III, porque esta tarefa é apropriada a cada ente político, por exemplo, pode-se ter uma secretaria de estado do meio ambiente na direção do órgão executor estadual.

Após, percebe-se que, no âmbito federal, o órgão executor que recentemente ficava exclusivamente por conta do IBAMA, agora, em virtude da Medida Provisória nº 366/07 ter sido convertida em lei, a Lei de nº 11.516/07 (cria o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade), dando nova redação ao inciso III do artigo 6º da Lei do SNUC (Lei nº 11.516/07, art. 1º, inciso I e art. 7º), as atribuições do órgão executor, na esfera federal, ficam a cargo do Instituto Chico Mendes, cabendo ao IBAMA exercer uma atividade mais compartilhada, muito embora seja quase impossível, uma vez que ocorrerá uma “transição do patrimônio, dos recursos orçamentários, extra-orçamentários e financeiros, de pessoal, de cargos e funções, de direitos, créditos e obrigações, decorrentes de lei, ato administrativo ou contrato, inclusive as respectivas receitas do IBAMA para o Instituto Chico Mendes” (Lei nº 11.516/07, art. 3º e § único).

Em análise a Lei do SNUC, prevalece o entendimento de que não exclui a possibilidade de desconcentração da administração das unidades de conservação, mas ao mesmo tempo não ficou explícita sobre tal possibilidade. Assim, discute-se sobre a possibilidade ou não de uma unidade de conservação passar a ter personalidade jurídica.

<sup>3</sup> Resolução CONAMA nº 266/00 - Estabelece diretrizes para a criação de jardins botânicos. Normatiza o funcionamento desses e ainda define seus objetivos.



## 5.1 Gestão pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Além dos entes da administração direta, pelo artigo 30 da Lei do SNUC, as unidades de conservação podem ser geridas por organizações da sociedade civil de interesse público, desde que suas atividades apresentem uma pertinência temática com os objetivos da unidade. Para que a gestão da unidade seja feita pela sociedade civil de interesse público é preciso que seja firmado instrumento (contrato de gestão) junto ao órgão originariamente responsável por sua administração.

Uma vez firmado o termo de parceria (Lei nº 9.790/99, art. 9º), estará concretizada a descentralização administrativa, e a gestão passa então a ser feita por uma pessoa jurídica de direito privado, integrante do chamado terceiro setor, que atua sem fins lucrativos, portadora de incentivos e benefícios governamentais e que tem por finalidade realizar a prestação de um serviço público não exclusivo do Poder Público.

A Lei nº 9.790/99 (criou a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP), mais precisamente no artigo 3º, inciso IV, que diz: “defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável”, prevê a finalidade que permite a semelhança de sua finalidade institucional com os objetivos da unidade de conservação.

O processo de escolha da organização civil de interesse público pode ser feita por licitação. É o que diz o Decreto nº 3.100/99 (institui e disciplina o termo de parceria), art. 23:

Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.

46

A expressão poderá não deve ser entendida como uma faculdade, mas sim uma obrigação, pois a licitação pública é uma garantia de legalidade, publicidade e moralidade administrativa. Ainda se faz necessário que a celebração do termo de parceria seja precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação, existentes nos respectivos níveis de governo (Lei nº 9.790/99, art. 10, § 1º).

## 5.2 Gestão e Recursos Financeiros

Quanto aos recursos financeiros, o artigo 34 e parágrafo único da Lei do SNUC é bem clara ao permitir que os órgãos responsáveis pela gestão das unidades de conservação podem receber doações para que elas possam utilizá-los na persecução de seus fins (DE BARROS; SATHLER; DA CONCEIÇÃO, 2000, p. 527).

Para facilitar, o enunciado do artigo e parágrafo em questão:

Art. 34. Os órgãos responsáveis pela administração das unidades de conservação podem receber recursos ou doações de qualquer natureza, nacionais ou internacionais, com ou sem encargos, provenientes de organizações privadas ou públicas ou de pessoas físicas que desejarem colaborar com a sua conservação.

Parágrafo único. A administração dos recursos obtidos cabe ao órgão gestor da unidade, e estes serão utilizados exclusivamente na sua implantação, gestão e manutenção.



O dinheiro recebido, porém, não vai diretamente para uma unidade de conservação em determinado, mas ao órgão responsável pela administração, isto é, um dos que compõem o órgão executivo de acordo com a esfera de atuação.

## 6 ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Sabe-se que, por exigência constitucional (CF, art. 225, § 1º, IV) e outras previstas na legislação ordinária, é incumbência do Poder Público exigir, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental a realização prévia do estudo de impacto ambiental, e do seu respectivo relatório (EIA/RIMA).

Utilizando-se disso, a Lei do SNUC exige que se verifique, através da realização do EIA/RIMA, no momento que o empreendedor buscar o licenciamento ambiental para implantar seu projeto, a classificação se o seu empreendimento ou atividade causa ou não um significativo impacto ao meio ambiente.

É o órgão ambiental licenciador, na esfera federal o IBAMA (art. 13 e § único, da Lei nº 11.516/07), que estabelecerá o grau de impacto ambiental causado pela implantação de cada empreendimento.

Caso o EIA/RIMA indique que o resultado é positivo, isto é, sendo o empreendimento ou atividade efetivamente causadora de significativo impacto ambiental, o empreendedor estará obrigado a apoiar a implantação e manutenção de uma unidade de conservação escolhida pela administração pública, desde que seja integrante da categoria de unidades de conservação de proteção integral.

Essa exigência, imposta pela Lei do SNUC, vem disposta no artigo 36. Vale à pena transcrever:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

Essa obrigação nada mais é que a instituição de uma forma de compensação pelos danos que o empreendimento causar ao meio ambiente. A compensação é pecuniária. Os empreendedores públicos e privados se submetem às mesmas exigências no que se refere à compensação para reparação ambiental. Ainda, conforme o § 1º do artigo 36 da Lei do SNUC, o montante financeiro que o empreendedor deverá destinar às unidades de conservação não poderá ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, ficando o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador de acordo com o grau dos impactos causados pelo empreendimento.

A fim de evitar arbitrariedades, a recente Resolução do CONAMA, nº 371/06<sup>4</sup>, veio para estabelecer importantes diretrizes aos órgãos ambientais para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental. Destaca-se: “para o cálculo do percentual, o órgão ambiental licenciador deverá elaborar instrumento específico com base técnica” (Art. 2º, § 2º); “O percentual estabelecido para a compensação ambiental de novos empreendimentos deverá ser definido no processo de licenciamento, quando da emissão da Licença Prévia, ou quando esta não for exigível, da Licença de Instalação” (Art. 5º);

<sup>4</sup> Resolução CONAMA nº 371/06 - Estabelece diretrizes aos órgãos ambientais para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental, conforme a Lei nº 9.985/00 e dá outras providências.





“Nos casos de licenciamento ambiental para a ampliação ou modificação de empreendimentos já licenciados, sujeitas a EIA/RIMA, que impliquem em significativo impacto ambiental, a compensação ambiental será definida com base nos custos da ampliação ou modificação” (Art. 6º).

## 7 PODER DE POLÍCIA NAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

De início, vale relembrar o que seja poder de polícia.

O doutrinador Hely Lopes Meireles (2006, p. 131) traz um conceito que serve de grande lição no meio acadêmico, qual seja: “Poder de polícia é a faculdade que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Já a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 104) diz que se trata da “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

Paulo de Bessa Antunes (2002, p. 119-120) defendendo um conceito mais moderno, leciona a favor da definição de poder de polícia adotada pelo direito norte-americano, sendo o moderno poder de polícia:

[...] um decorrência do próprio Estado de Direito. O poder de polícia, como atuação estatal demarcadora do conteúdo de direitos privados, é exercido no sentido de impor freios à atividade individual, de modo a assegurar a paz pública e o bem-estar social. Indiscutivelmente o poder de polícia é um balizamento de direito imposto pelo Estado aos cidadãos e que se dirige fundamentalmente à liberdade individual e a propriedade privada, fixando os marcos nos quais estes direitos são concretamente exercidos.

48

Afastando qualquer falta, não se pode esquecer que há uma definição legal de poder de polícia positivada no Código Tributário Nacional, mais precisamente no artigo 78. O poder de polícia seria, então, um poder-dever conferido à administração pública, para condicionar e restringir ou limitar e frenar o uso e gozo de bens, direitos e atividades individuais, para beneficiar o interesse social, tendo como fundamento a supremacia do interesse público sobre o individual.

No âmbito do direito ambiental, pode-se dizer que o poder de polícia nada mais é que um instrumento ou mecanismo, através do qual o Poder Público cumpre com seu dever de defender e preservar o meio ambiente para as futuras e presentes gerações, como bem de uso comum do povo (CF, art. 225).

O artigo 225 da Constituição Federal seria a norma basilar do poder de polícia em matéria ambiental. O § 1º do mencionado artigo 225, desde logo, institui alguns atos de polícia para defesa do meio ambiente, a saber: fiscalização de entidades destinadas à pesquisa e manipulação de material genético (inciso II), zoneamento ambiental (inc. III) e estudo de impacto ambiental (inc. IV) (1999, p. 96). Outras referências que importam no dever do Poder Público defender o meio ambiente podem ser encontradas na carta magna como, por exemplo, no artigo 23, incisos VI, VII, XI e artigo 24 incisos VI e VIII.

O poder de polícia exercido em defesa do meio ambiente é um dos aspectos do poder-dever, portanto obrigatório. Seu fundamento é o poder de polícia aplicado à preservação ambiental através da Administração Pública, intrínseco aos princípios que a regem, garantidores e protetores para o meio ambiente equilibrado e a qualidade de vida.

Para o doutrinador Paulo Afonso Leme Machado (2007, p. 317-318), a definição de poder de polícia ambiental cabe da seguinte forma:



[...] a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas agressões possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

O poder de polícia atua em diversos campos da atividade humana. Tais campos da atividade são chamados por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 814) de “setores da Polícia Administrativa”, dentre os quais enumera um rol exemplificativo daqueles cuja área de incidência aplica-se ao campo relacionado ao meio ambiente: a polícia de caça, polícia de pesca, florestal, polícia voltada à proteção da fauna aquática, destinação à proteção da flora, polícia de tráfego e trânsito, polícia sanitária, etc.

O que diferencia o objeto (PEREIRA, 2005, p. 121) de poder de polícia ambiental das demais polícias administrativas é referente à sua titularidade difusa, supra-individual, posto que o interesse do poder de polícia ambiental não é a defesa do interesse público pura e simplesmente, onde se presume a defesa também de interesses do Estado (interesse público secundário), mas sim do meio ambiente, que pertence a toda coletividade, não apenas suscetível a um indivíduo determinado.

Dessa maneira, no que se refere às unidades de conservação, pode-se dizer que o poder de polícia também se faz presente. Os órgãos públicos, responsáveis pela administração das unidades de conservação no dever de preservação ambiental e da manutenção da sadia qualidade de vida, estão obrigados a exercer o poder de polícia ambiental nas unidades.

No âmbito federal, o Instituto Chico Mendes e o IBAMA devem exercer o poder de polícia ambiental, o que inclusive vem expressamente disposto no artigo 1º, inciso IV e § único da Lei nº 11.516/07:

Art. 1º Fica criado o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

[...]

IV - exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União; e

[...]

Parágrafo único. O disposto no inciso IV do caput deste artigo não exclui o exercício supletivo do poder de polícia ambiental pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.

No desempenho de suas atividades, os órgãos administradores das unidades de conservação, em razão do dever-poder de proteção das unidades, a fim de atender a norma basilar contida no artigo 225 da Constituição, podem fazer restrições aos visitantes, como, por exemplo, impor taxa de visitação, proibir a entrada com armas e com instrumentos que possam causar fogo, etc.



## 8 CLASSIFICAÇÃO E CATEGORIAS DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO

Na doutrina são vários os critérios classificatórios para as unidades de conservação. Encontra-se aquele que as divide em públicas (grande maioria) ou em privadas (a RPPN e outras modalidades eventualmente); a classificação em federais, estaduais ou municipais; noutra em unidades de preservação (proibição de uso econômico direto) ou unidades de conservação (possibilidade de uso econômico direto).

A Lei do SUNC define dois grandes grupos de unidades de conservação: a) unidades de conservação de proteção integral; b) unidades de conservação de uso sustentável. Essa última classificação é composta pelas unidades de conservação denominadas típicas, pois estas integram a Lei do SNUC. As atípicas seriam aquelas não abrangidas pelo SNUC, mas pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, as áreas de preservação permanente, a reserva legal, a reserva de biosfera, as áreas de servidão florestal, a reserva ecológica, os monumentos naturais tombados e as reservas indígenas.

O caráter do rol enunciativo das unidades de conservação que integram as duas categorias (Lei nº 9.985/00, art. 8º e 14) é tido como taxativo. A conclusão é que são *numerus clausus* somente as unidades de conservação que integram o SNUC, admitindo-se a existência de outras modalidades que, nos termos da lei, seriam extra-sistema, o que não quer dizer anti-sistema.

Sobre isso, o entendimento de Edis Melaré (2005, p. 371):

A lista é taxativa, dado que apenas excepcionalmente e mediante autorização do CONAMA outras unidades de conservação poderão vir a integrar o Sistema. Por outro lado, as unidades de conservação criadas com base na legislação anterior à Lei do SNUC e que não pertençam às categorias nela previstas deverão ser reavaliadas, no todo ou em parte, com o objetivo de definir sua destinação com base na categoria e função para as quais foram criadas.

50

Nas unidades de conservação que integram a categoria unidades de proteção integral, a preocupação é com a preservação da natureza, sendo assim permitindo apenas o uso indireto dos recursos naturais, com exceção dos casos previstos em lei. Nestas não é permitido consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais.

Já nas unidades de uso sustentável, o objetivo é compatibilizar a conservação com o uso sustentável de parcela de seus recursos naturais, portanto, permite-se o uso direto dos recursos naturais. Nestas se desenvolve coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais.

Pela Lei do SNUC são cinco as unidades de conservação que integram o grupo das unidades de proteção integral, a saber: Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio de Vida Silvestre.

Por sua vez, no grupo das unidades de uso sustentável, encontram-se sete categorias de unidades que são as seguintes, conforme estabelecido em lei: Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento e Reserva Particular do Patrimônio Nacional.

A Estação Ecológica tem por objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas. O local é de posse e domínio público, sendo que as áreas particulares, incluídas em seus limites, serão desapropriadas, merecendo indenização. É proibida a visitação pública, exceto quando houver objetivos educacionais ou científicos (Lei do SNUC, art. 9º e seg.).

A Reserva Biológica objetiva a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites. Não admite a interferência humana direta ou que importe modificações ambientais, exceto as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais. É de posse e domínio público, sendo indenizadas as áreas particulares dentro de seus limites desapropriadas. É proibida a visitação pública, exceto quando houver objetivos educacionais ou científicos (Lei do SNUC, art. 10 e seg.).



O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico. É de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares, incluídas em seus limites, serão desapropriadas. É permitida a visitação pública, sujeita às normas e restrições estabelecidas no plano de manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração. As unidades dessa categoria, quando criadas pelo Estado ou Município, serão denominadas, respectivamente, Parque Estadual e Parque Natural Municipal (Lei do SNUC, art. 11 e seg.).

O Monumento Natural tem por escopo preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica. Pode ser constituído por áreas particulares, desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários. A visitação pública está sujeita às condições e restrições estabelecidas no plano de manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração e àquelas previstas em regulamento (Lei do SNUC, art. 12 e seg.).

O Refúgio de Vida Silvestre tem como objetivo proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória. A visitação pública está sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração e àquelas previstas em regulamento (Lei do SNUC, art. 13 e seg.).

Já no que concerne as unidades de usos sustentáveis pode-se dizer que a Área de Proteção Ambiental é uma área extensa, com certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais importantes para a qualidade de vida e o bem-estar, e tem como objetivos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais. É constituída por terras públicas ou privadas. Pela legislação, respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada na Área de Proteção Ambiental (Lei do SNUC, art.15 e seg.).

No que diz respeito à Área de Relevante Interesse Ecológico, esta é uma área de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional, e tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza. São constituídas por terras públicas ou privadas. Podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada na Área de Relevante Interesse Ecológico (Lei do SNUC, art. 16 e seg.).

Configura a Floresta Nacional uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas que tem como objetivo o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas. É de posse e domínio públicos, devendo as áreas particulares incluídas em seus limites desapropriadas. A visitação pública é permitida, porém condicionada às normas estabelecidas para o manejo da unidade pelo órgão responsável por sua administração (Lei do SNUC, art. 17 e seg.).

A Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos proteger os meios de vida, a cultura dessas populações e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais. O território é de domínio público, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais. A visitação pública é permitida, desde que compatível com os interesses locais e de acordo com o disposto no Plano de Manejo. São proibidas a exploração de recursos minerais e a caça amadorística ou profissional. A exploração comercial de recursos madeireiros só será admitida em bases sustentáveis e situações especiais complementares às demais atividades desenvolvidas na Reserva Extrativista (Lei do SNUC, art. 18 e seg.).



A Reserva de Fauna constitui numa área natural com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos. É de posse e domínio públicos. A visitação pública pode ser permitida, quando compatível com o manejo da unidade e de acordo com as normas estabelecidas pelo órgão administrador. É proibido o exercício da caça amadorística ou profissional. A comercialização dos produtos e subprodutos, resultantes das pesquisas, obedecerá ao disposto nas leis sobre fauna e nos regulamentos (Lei do SNUC, art. 19 e seg.).

Outra reserva, a de Desenvolvimento Sustentável, é formada por uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais, que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica. Tem como objetivo preservar a natureza e, ao mesmo tempo, assegurar as condições, os meios necessários para a reprodução, melhoria dos modos e da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais das populações tradicionais, bem como valorizar, conservar e aperfeiçoar o conhecimento e as técnicas de manejo do ambiente, desenvolvido por estas populações. É de domínio público, sendo indenizadas as áreas particulares desapropriadas. É permitida a visitação pública, desde que compatível com os interesses locais, constantes no plano de manejo, e a pesquisa científica, a exploração de componentes dos ecossistemas naturais em regime de manejo sustentável e a substituição da cobertura vegetal por espécies cultiváveis, desde que sujeitas ao zoneamento, às limitações legais e ao plano de manejo da área (Lei do SNUC, art. 20 e seg.).

Por fim, a Reserva Particular do Patrimônio Natural compõe uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica. Só poderá ser permitida, na Reserva Particular do Patrimônio Natural, conforme se dispuser em regulamento a pesquisa científica, a visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais (Lei do SNUC, art. 21 e seg.) (WIEDMANN, 1997, p. 3-14).

52 Após descrição das qualidades e características que integram cada categoria de unidade de conservação, seja do grupo da proteção integral ou do uso sustentável, o mais importante é notar que praticamente todos os modelos de unidades contemplam um papel de reserva de conhecimento e de recursos genéticos e biológicos. A Lei do SNUC, ao impor suas peculiaridades, transforma as unidades em verdadeiros bancos genéticos que podem servir de fonte de conhecimento e de desenvolvimento tecnológico.

## 9 CONCLUSÃO

Como visto, a vinda da Lei do SNUC é de extrema relevância para o ordenamento jurídico e para a formação de uma rede de legislações que dediquem proteção do meio ambiente.

Lembrando, sempre, que a adoção do modelo de áreas protegidas no Brasil, como instrumento de tutela da natureza, é anterior ao surgimento do Direito Ambiental, como disciplina orgânica e autônoma. Adotou-se uma estrutura baseada em características, objetivos, princípios e instrumentos próprios.

A sistematização trouxe ordem e unidade à proposta de proteção das unidades de conservação. A ocupação do território e sua exploração passam a ser disciplinados e, assim, a atividade humana que permanentemente põe em risco a biodiversidade é combatida com mais eficácia.

A manutenção da biodiversidade é garantida por meio das características e qualidades atribuídas a cada uma das unidades. Essa é a intenção. A Lei do SNUC, ao impor suas peculiaridades, é norma transformadora, onde unidades são verdadeiras reservas genéticas que podem servir de fonte de conhecimento e de desenvolvimento tecnológico quando preciso.



Com o crescimento populacional espaços protegidos serão essenciais para sobrevida. Como visto, esta-se diante de lugares, onde será possível obter condições privilegiadas para se conseguir preservação, utilização sustentável, restauração e recuperação do ambiente natural, fiscalização ambiental eficiente, planejamento territorial, educação ambiental, enfim sadia qualidade de vida.

## REFERÊNCIAS

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

BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução à lei do sistema nacional de unidades de conservação. In: *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. (Coord.) Antônio Herman Benjamin. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL, WWF. *Tendência mundial das áreas protegidas é unir biológico e social*. 14 fev.2007. Disponível em:

<[http://www.wwf.org.br/natureza\\_brasileira/meio\\_ambiente\\_brasil/arpa/arpa\\_news/index.cfm?uNewsID=6220](http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/meio_ambiente_brasil/arpa/arpa_news/index.cfm?uNewsID=6220)> Acesso em: 14 set. 2007.

DAWALIBI, Marcelo. O poder de polícia em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, ano 4. abril-junho, 1999, v. 14.

DE BARROS, Ana Angélica Monterio; SATHLER Evandro Bastos; DA CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe; Breves Comentários à lei 9.985/00 que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza - SNUC. Anais. In: II Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação. *Anais*. Campo Grande: Rede Nacional Pró-Unidades de Conservação: Fundação O Boticário de Proteção à Natureza, 2000, v. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 4. ed., São Paulo: RT, 2005.

MEIRELES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed., atual., São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO, Affonso Leme. Áreas protegidas: a lei nº 9.985/00. In: *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Coord. Antônio Herman Benjamin. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. *Espaços ambientais protegidos e unidades de conservação*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILANO, Miguel Serediuk. Unidades de conservação – técnica, lei e ética para a conservação da biodiversidade. In: *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Coord. Antônio Herman Benjamin. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.



\_\_\_\_\_. Porque existem as unidades de conservação? In: *Unidades de Conservação: atualidades e tendências*. Org. Miguel Serediuk Milano. Curitiba: Fundação O Boticário de Proteção à Natureza, 2002.

PEREIRA, Johann Paulo Castello. Do poder de policia ambiental. *Revista de Ciências Jurídicas*, Maringá, PR: Stampa, n. 2, jul-dez, 2005, v. 3.

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

WIEDMANN, Sônia M. P. As reservas particulares do patrimônio natural. In: I Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação. *Anais*. Curitiba: IAP: UNILIVRE: Rede Nacional Pro Unidade de Conservação, 1997, v. 2.

## PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO DIREITO PENAL MODERNO

*Douglas Bonaldi Maranhão<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho busca analisar como são compreendidos os princípios constitucionais da personalidade e da individualização da pena, tanto do ponto de vista histórico, com o agasalho dado pelas Constituições anteriores, quanto do dogmático. É a partir dessa compreensão que se busca o integral respeito a essas garantias constitucionais, que figuram como um dos pilares de uma tutela jurídico-penal, desenvolvida em um Estado Democrático de Direito. Após essas reflexões iniciais, buscar-se-á um melhor entendimento, quando os bens jurídicos tutelados pela norma forem àqueles concebidos como supra-individuais, analisando, por fim, a responsabilidade penal da pessoa jurídica diante de tais garantias.

**Palavras-chave:** Princípios. Personalidade da Pena. Individualização da Pena. Bens Jurídicos Supraindividual.

### PRINCIPLES OF THE PERSONALITY AND THE INDIVIDUALIZAÇÃO OF THE PENALTY IN THE MODERN CRIMINAL LAW

#### ABSTRACT

The present work search to analyze as the constitutional principles of the personality and the individuality of the penalty are understood, as much of the historical point of view, with protection given by the previous Constitutions, how much of the dogmatic. It is from this understanding that if search the integral respect to these guarantees constitutional, that they appear as one of them pillars of a developed legal-criminal guardianship in a Democratic State of Right. After these initial reflections, will search, one better agreement, when the legal goods tutored people for the norm will be to those conceived as supply-individual, analyzing finally, the criminal liability of the legal staff ahead of such guarantees.

**Keywords:** Principles. Personality of the Penalty. Individuality of the Penalty. Legal Goods Supraindividual.

## 1 INTRODUÇÃO

Percebe-se, ao longo da história, que os textos constitucionais buscam a proteção daqueles direitos e garantias individuais, que, ao longo dos tempos, firmaram-se como garantias, voltadas ao livre exercício da cidadania, bem como a proteção de bens supra-individuais que se estendem a toda sociedade, sendo que essa proteção tem por escopo tutelar esses valores que influenciam diretamente a coletividade. Este agasalho jurídico faz com que sejam agrupadas as perspectivas de um Estado Liberal e de um Estado Social. E dentre toda essa construção normativa, para regular as afrontas a bens jurídicos, tanto individuais como supra-individuais, as constituições declinaram certa parcela à matéria penal.

<sup>1</sup> Especialista em Filosofia Política e Jurídica – UEL, Especialista em Direito e Processo Penal – UEL, Mestre em Direito Penal – UEM, Professor de UniFil de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito, Advogado Criminalista.





Assim, quando se trata da garantia dessas prerrogativas individuais, busca-se limitar a intervenção penal do Estado, que, por outro lado, quando a tutela versa sobre bens jurídicos transindividuais, a tendência é que a atuação do Direito Penal seja ampliada, tendo em vista a potencialidade dos efeitos dessas ações. Esse desempenho principiológico que norteará a atuação do Direito Penal perante a sociedade é feita através da inclusão da matéria penal no corpo da Constituição. Esses princípios podem ser especificamente penais ou aqueles constitucionais em sentido amplo, mas que não deixam de exercer influência na matéria penal. Os primeiros influenciam diretamente a seara penal, embasando toda a ordem jurídico-penal; já os segundos não são propriamente voltados à matéria penal e sim a todo o ordenamento jurídico, norteadando toda e qualquer intervenção jurídica, ou seja, influenciam também a possibilidade de o Direito Penal ser utilizado como um instrumento para regular determinadas ações, no intuito de garantir bens jurídicos de relevância social.

Em sua grande parte, os princípios constitucionais que influenciam diretamente o Direito Penal, garantem a proteção das prerrogativas individuais, e aqueles princípios que indiretamente influenciam o Direito Penal, representam uma orientação para que o legislador infraconstitucional busque a elaboração de normas que protejam bens jurídicos transindividuais, tendo em vista que a proteção poderá ser feita não só através da seara penal.

Desta forma, o presente trabalho visa tecer alguns apontamentos acerca desses princípios que estão descritos de forma explícita no texto constitucional. O primeiro é o da Personalidade da Pena, disposto no artigo 5.º, XLV; e o segundo, consectário lógico do primeiro, é o da Individualização da Pena, disposto no artigo 5.º XLVI.

Para tanto, pretende-se fazer uma abordagem da inclusão desses princípios nas diversas constituições brasileiras, para posteriormente analisá-los individualmente. Após as reflexões propedêuticas, busca-se uma análise acerca da atuação desses princípios no que tange a proteção de bens jurídicos supra individuais e também a sua influência no que diz respeito à responsabilização da pessoa jurídica.

## **2 OS PRINCÍPIOS DA PERSONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.**

Cumprindo inicialmente fazer uma análise da inclusão desses dois princípios no corpo das constituições brasileiras, para conseguir descrever a evolução, bem como o firmamento dessas prerrogativas no ordenamento jurídico atual.

A Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824 previa, em seu artigo 179, “a inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte”, especificando no seu inciso XX que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja”, fincando no ordenamento jurídico brasileiro o primeiro resquício do princípio da personalidade da pena.

Fato interessante é que antes de se inserir de forma expressa o princípio da individualização da pena já na Constituição do Império, em seu artigo 179, inciso XXI, ainda que de forma rudimentar, estava previsto que “As Cadêas serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes”, mostrando que o intuito do legislador era que se oportunizasse ao condenado locais que pudessem ser ajustado às suas condições particulares, para o cumprimento de sua reprimenda corporal.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, em seu artigo 72, assegurava “a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]”, mantendo a diretiva da Constituição do Império, em seu parágrafo 19, de que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”. Texto este que teve a mesma redação

disposta pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, que, em seu artigo 113, inciso 28, também dispunha que nenhuma pena poderia passar da pessoa do condenado. Esses dois textos constitucionais não fizeram menção alguma às perspectivas individualizadoras da pena.

Fato a ser registrado é que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, não abarcou o princípio da personalidade de pena, tampouco o da individualização da pena.

No texto constitucional de 1946, tem-se o retorno desses princípios, estando dispostos no artigo 141 (“A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”), no parágrafo 29, que “a lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu,” e, no seu parágrafo 30, que “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente”. Mister ressaltar é que pela primeira vez o princípio da individualização da pena estava descrito de forma expressa.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, em seu artigo 150, parágrafo 13, abarcou, de forma conjunta esses dois princípios, quando dispunha que “nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena”, mostrando que esses dois princípios estão entrelaçados.

E, por fim, o texto constitucional de 1988 em seu artigo 5º, inciso XLV, abarcou o princípio da personalidade da pena, dispondo que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Fato interessante é a junção do preceito da reparação do dano na esfera civil juntamente com o obstáculo à transcendência da pena na esfera penal, sendo que o inciso XLVI determina que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”, indicando, assim, quais são as possíveis penas a serem destinadas aos condenados.

57

### 3 PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE

Este princípio, que pode aparecer sob diversas denominações como: “princípio da personalidade”, “princípio da responsabilidade pessoal”, “princípio da personalização da pena”, firma-se através de um posicionamento pacífico em todas as nações civilizadas do mundo contemporâneo, que a pena poderá atingir tão somente a pessoa do réu, representando, como afirma Rogério Lauria Tucci (2004, p. 302-303), um “postulado limitativo do *ius puniendi* do Estado”.

Como explicitado no tópico anterior praticamente todas as constituições inseriram este direito no rol dos direitos e garantias individuais. Na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLV, está assim disposta a presente norma:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Fica de forma explícita, que “ao contrário do direito pré-beccariano a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco” (LUIZ, 2002, p. 51).



Certo de que este princípio está amparado em uma perspectiva iluminista, abarcado não só pela legislação pátria, mas também pela comunidade internacional<sup>2</sup>, que, nas palavras de José Eduardo Goulart (1994, p. 96) esse princípio trata-se “de uma conquista do Direito Penal, atuando como uma de suas verdades mais expressivas, no sentido da dignidade e Justiça”, a sua importância pode ser mensurada ao longo da história da evolução da pena. Antigamente, “as penas corporais, pecuniárias ou infamantes poderiam atingir todo o grupo social, ou ainda os familiares do condenado” (SHECAIRA; CORRÊA JR, 2002, p.79). Caso sempre lembrado como paradigma do desrespeito ao princípio em comento foi o julgamento de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, que após a pena capital teve seus bens confiscados e os seus descendentes, filhos e netos, foram declarados infames.<sup>3</sup>

Dessa maneira, de acordo com o mandamento constitucional, a pena não poderá passar da pessoa do condenado, ou seja, ninguém poderá ser responsabilizado por fato considerado como crime que não tenha cometido ou ao menos colaborado com o seu resultado<sup>4</sup>. Segundo Renné Ariel Dotti (1998, p. 218) “sendo a pena o ‘efeito’ de uma ‘causa’ determinada e consistente no delito censurável na pessoa do autor, somente contra este deve recair a sanção”. Ratificando o seu posicionamento quando expõe que “a sanção penal não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou participe do fato punível” (DOTTI, 2001, p. 65). Esta característica segundo Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 154), está justificada no fato de que “a pena é um medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado”. Pela opinião balizada dos citados doutrinadores, fica claro todo o caráter pessoal que deve revestir a aplicação da pena.

Cumpra ressaltar, diferente do trato na esfera civil, que, no mesmo dispositivo que prevê a possibilidade de reparação do dano extensivo a terceiros, tem-se, na esfera penal, a impossibilidade dessa extensão. O constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 231) afirma que se estende “aos sucessores a obrigação de reparar o dano, assim como pode ocorrer a decretação de perdimento de bens. Mas tudo limitado pelo valor do patrimônio transferido. É portanto um aprofundamento do próprio espírito que informa ao princípio da individualização das penas”. Fazendo “igualmente sentido que o seu sucessor seja chamado a – dentro dos limites do patrimônio herdado e gerado por força do ato delituoso – responder pelo prejuízo que o próprio ato causou”.

Esta segunda parte do inciso XLV, que trata da reparação do dano causado não pode ser confundida com a pena pecuniária.<sup>5</sup> O que não se pode confundir é a aplicação de perdimento de bens adquiridos de maneira lícita com a ilícita. Estes, pelo próprio efeito da sentença penal condenatória, são perdidos em favor da União, diferentemente daqueles em que não poderia a tutela jurídica, frise-se, a sentença penal decretar o seu perdimento.

58

2 “O Princípio da responsabilidade pessoal é outra conquista do Direito Penal liberal. Constatou da Declaração dos direitos do Homem, de 1789, reeditado também na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948”, CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. São Paulo: RT, 1990, p. 71; “O § 3º do art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “a pena não pode passar da pessoa do delinqüente”, ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006, p. 154; “O Pacto de São José da Costa Rica dispõe em seu art. 5º, inciso 3 que ‘a pena não pode passar da pessoa do delinqüente’”. MARCONDES, Pedro. *A individualização executória da pena privativa de liberdade no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado. Maringá: Universidade estadual de Maringá, 2001, p. 98.

3 TRISTÃO, Adalberto Dias. *Sentença Criminal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. É de bom alvitre citar parte da sentença que condenou Tiradentes: “... Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com barão e pregão seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames práticas e os mais nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infamia deste abominavel Réu [...]”.

4 “Modalidade referente à pena, indicadora de que a sanção penal não passa da pessoa do delinqüente, insto é, a responsabilidade é individual, não se transmitindo a terceiros, como ocorria antigamente” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Dicionário de Direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, Brasília, EUB, 1974, p. 398).

5 “A reparação não se confunde com o pagamento da pena pecuniária, pois aquela não está contida no rol das sanções penais, não sendo então uma pena” (SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução*. São Paulo: RT, 1995, p. 29-30).



Segundo Luiz Regis Prado (2008, p. 535-536), quando da análise do instituto perda de bens e valores,

se entendido de forma restritiva, vale dizer, como atingido tão-somente os bens e valores ilicitamente auferidos pelo agente, poderá ter consequência jurídica, guardadas as devidas distinções assemelhada à pena de confisco especial ou individual, consistente na perda legal da propriedade pelo condenado em favor do Estado. Contudo, nessa hipótese, haveria concurso de leis com o artigo 91, II, do CP, que prevê, acertadamente, como efeito genérico, de natureza civil, a perda, em favor da União, dos instrumentos e do produto do crime, ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Dispõe Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior (2002, p.80) que, a existência de um crime está estritamente ligada à subjetividade que paira sobre o fato. Ou seja, não existe fato delituoso se não existir ao menos culpa do agente. Assim, não se aplicará a alguém pena sem que tenha agido com dolo ou culpa, ou sem que fique comprovada a existência de culpabilidade. Afirmam os autores que “a culpabilidade é inerente ao princípio da personalidade da pena decorrendo daí todas as consequências lógicas dessa assertiva”. Corroborando o citado entendimento, Nilo Batista (1990, p. 104) afirma que a responsabilidade subjetiva e a personalidade da pena, incluindo nesta a intranscendência e a individualização, são aspectos do princípio da culpabilidade. Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 31), por sua vez, afirma que “o princípio da responsabilidade penal pessoal tem objeto e fundamento constitucionais positivos, relacionados com o princípio da legalidade e com o princípio da culpabilidade”.

Algo que não se pode deixar de ser aventado é que, em que pese todos os esforços de um Direito Penal moderno fundado em perspectivas garantistas, do qual faz parte o princípio da personalidade da pena, o que se vê atualmente é o estigma tanto da persecução penal, quanto das sanções penais ser transferido invariavelmente a terceiros alheios ao fato, principalmente no que tange aos familiares do condenado.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 154) alertam para tal fato quando lamentam que “infelizmente, sabemos que na realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado”, bem como Luiz Luisi (2002, p. 52), quando cita a Lei 7.210/1984, que, em seu artigo 22, inciso XVI, determina que o serviço social oriente e ampare tanto os familiares do condenado para que estes não fiquem à deriva após a sanção penal ter atingido um dos membros da família, determinação esta que passa longe do mínimo que a sociedade necessita.

Não é difícil encontrar atualmente toda uma família suportando o estigma de uma condenação. A esposa, mãe, que trabalha para sustentar a família, não estampa mais esses adjetivos e sim o de “mulher de bandido”. A criança tolhida de uma realidade que a ela deveria assistir, não é só mais uma criança e sim “filho de bandido” que provavelmente bandido irá ser. Infelizmente, sob uma perspectiva criminológica, esta é a realidade que pode ser percebida.

Vive-se atualmente um Estado de Direito com todas as suas garantias. Ocorre que na prática apresenta-se um estado de polícia, como nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2003, p. 232), que assim asseveram:

O estado de polícia estende a responsabilidade a todos que cercam o infrator, pelo menos por não terem denunciado sua atividade, e considera sua família perigosa, porque seus membros podem vingá-lo. Tais características se acentuam nos delitos que afetam a existência do estado, que no estado de polícia se confunde com o governo. Por isso, por meio do terror incentiva a delação e consagra a *corrupção de sangue*. No estado de direito a responsabilidade penal deve ser individual e não pode transcender a pessoa do delinqüente.



## 4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Consectário lógico do princípio da personalidade da pena<sup>6</sup>, a individualização mostra-se um “corolário natural da personalidade” (DOTTI, 1998, p. 219) figurando como mais um princípio regulado de forma explícita na Constituição Federal no artigo 5º, XLVI, que assim dispõe: “a lei regulará a individualização da pena...”<sup>7</sup>. Esse princípio está atrelado à sanção penal que deve ser ajustada à pessoa do condenado<sup>8</sup>.

Nelson Hungria, citado por Luiz Luisi (2002, p. 52) descreve de forma clara o que vem a ser o princípio da individualização: “retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”. De acordo com o que ensina Luiz Regis Prado (2008, p. 139).

o princípio da individualização da pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma da sua execução. [...] Em suma, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

Esse processo que individualiza a pena é feito em três momentos distintos, de acordo com os ensinamentos de José Frederico Marques, onde se ampara grande parte da doutrina<sup>9</sup>, sendo eles: o legislativo, o judicial e o executório.

Sintetiza de forma clara Cezar Roberto Bitencourt, esses três momentos individualizadores:

*individualização legislativa* – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; *individualização judicial* – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, a *individualização executória*, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o seu cumprimento.

6 Afirma Renné Ariel Dotti que “o princípio constitucional da personalidade a pena é um gênero de garantia da qual a individualização da pena é espécie” (DOTTI, Renné Ariel. *Curso de direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 65).

7 “[...] o moderno Estado Democrático de Direito, à luz da nova ordem constitucional, deu significativa ênfase à questão da individualização da sanção penal ao recepcionar este princípio, consignando-o no seio dos direitos e garantias fundamentais” (COSTA, Hélio Martins. *Individualização da Pena – Repercussão na Determinação do Regime de Cumprimento e na substituição por pena alternativa*. *Revista dos Tribunais*. ano 89 – vol. 781, novembro de 2000. São Paulo: RT, 2000, p. 459).

8 “Modalidade indicadora de que a sanção penal deve ser adaptada ao delinqüente, isto é, respeitada a cominação legal, o juiz deve aplicar a quantidade que, no caso concreto, atenda à finalidade da pena, ou seja, a recuperação social do criminoso” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente, *Dicionário de Direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, Brasília, EUB, 1974, p. 396).

9 Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal – volume III – O delinqüente, a sanção penal e a pretensão punitiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p.224; GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal – vol I – tomo II*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1954. p. 441-442; LUIZ, Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 52; BARROS, Carmem Silva de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: RT, 2001, p. 109-127; TUCCI, Rogério Lauria, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 306-307. Em sentido contrário entendendo ser a individualização da pena dividida em duas fases: GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: RT, 1994, p. 97.

Afirma Sidio Rosa de Mesquita Junior (2005, p. 31) que “o princípio da individualização da pena decorre do princípio da isonomia, eis que este traduz a idéia de que os desiguais devem ser tratados distintamente, isso na medida de suas diferenças”. Cumpre citar que, logo em seguida no texto constitucional, no artigo 5º, XLVIII, está disposto que: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, mostrando assim que a pena deve estar moldada às condições pessoais do condenado, bem como à magnitude da sua culpabilidade.

## 5 REFLEXOS NA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS SUPRA-INDIVIDUAIS

De acordo com a posição quase que uníssona na doutrina atual, a função nuclear do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos<sup>10</sup> que figurem como essenciais ao indivíduo e a toda sociedade.<sup>11</sup> Corolário de um Estado democrático e social de Direito, o Direito Penal que representa a *ultima ratio*, (LUIZ, 2002, p. 175) não pode desviar deste seu desiderato maior de alcançar somente aquelas ações que lesem ou possam lesar bens jurídicos considerados penalmente relevantes.

Através de uma ordenação formalizada e que vincula subjetivamente os atos sociais, é que o Estado poderá direcionar seu convívio, elegendo quais são aqueles bens que são relevantes dentre tantos existentes. É na construção de um ordenamento jurídico, por meio de toda a sua estrutura (fontes do direito, princípios de direito, leis, costumes, etc.), (BOBBIO, 2003, p.23-25) que se agasalha o intento normativo de regular determinadas ações, que podem culminar em uma agressão a um determinado bem considerado como jurídico-penalmente relevante.

Para cumprir tal intento, há que se debruçar na construção de toda uma estrutura jurídica.<sup>12</sup> Certo de que várias situações podem influenciar a diretiva estatal, não há como quebrar o presente paradigma regulador da vida social,<sup>13</sup> principalmente no que tem relação à tutela jurídico-penal na sua exclusiva proteção de bens jurídicos,<sup>14</sup> sob pena de descumar a própria essência do Estado em que se vive.

10 Construindo um conceito acerca do que se deve entender por bem jurídico, ensina Luiz Regis Prado que: “o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro...*, p. 247).

11 Nesse sentido: CERESO MIR, José. *Derecho Penal: parte general*. São Paulo: RT; Lima, PE: ARA Editores, 2007, p. 25 e ss.; LUIZ, Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 168; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. vol. 1. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6. Vale citar que a referida tutela deverá estar sob a égide dos princípios fundamentais da legalidade, da personalidade e da individualização da pena, da humanidade, da culpabilidade da intervenção mínima e da insignificância (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição...*, p. 65-70).

12 Descrevendo as iniciais tentativas de regulamentação da vida em sociedade, Gerson de Brito Mello Bóson ensina: “as primeiras manifestações normativas da idéia de Direito tomam a forma de princípios, muitas vezes com conteúdos éticos comuns à moral e à religião, sobretudo enquanto haja na vida social a predominância mais forte da cosmovisão religiosa. Somente à medida que, ao longo das diversas culturas que se sucedem vai crescendo entre os povos a influência da cosmovisão filosófica, técnico-científica, os valores desligados das coisas do céu promovem uma dinâmica social complexa, com uma correspondente resposta da idéia do Direito que, sem o abandono dos princípios gerais, mas desdobrando-os, individualizando-os em detalhes normativos, se apresenta através desses temas cada vez mais densos, estruturando instituições que quanto mais se desenvolve a cultura, mas se transformam, ou se renovam ou se multiplicam” (BOSON, Gerson de Brito Mello. *Filosofia do direito: interpretação antropológica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 160).

13 Paulo Dourado de Gusmão aduz que: “considerando-se, como consideramos, ser a ordem, paz social e a segurança os objetivos imediatos do direito, e admitindo-se depender da justiça a validade e a legitimidade da ordem jurídica, a solução correta desse dilema encontra-se no equilíbrio desses valores, equilíbrio precário, estabelecido pelo legislador atuante ou pelo juiz de larga visão. Partindo desse entendimento, definimos deontologicamente, o direito, como: *a realização da segurança com o mínimo sacrifício da justiça*” (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 78).

14 Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro...*, p. 55. Partindo da premissa de que a função do Direito Penal reside na proteção bens jurídicos, e o direito de punir do Estado resta limitado a uma ação que atente contra esse bem, Luiz Flávio Gomes afirma que: “como não poderia ser de outra forma, revela o núcleo essencial do denominado princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos que, ao lado de tantos outros princípios fundamentais, (...) tem (também) a função de delimitar o *ius puniendi* estatal” (GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: RT, 2002, p. 51).



No texto constitucional, podem ser encontrados, não de maneira estanque, os bens que representam os valores fundamentais existentes na sociedade e que podem ser organizados de maneira hierárquica, servindo como norte do legislador infraconstitucional. (PALAZZO, 1989, p. 84-92). A Constituição figura como uma base indicativa na eleição desses bens, de maneira que nada impede que outros bens que cumpram os requisitos necessários possam ser considerados como de relevância jurídica, e também, mercedores da tutela penal, de modo que sejam elevados à categoria de jurídico-penalmente relevante.

Amparado na Constituição, o legislador ordinário deve construir uma estrutura jurídico-penal, fulcrado no princípio da intervenção mínima,<sup>15</sup> para que possam ser protegidos apenas os bens considerados essenciais ao indivíduo e à sociedade, sob pena de, por não filtrar quais são os reais bens jurídicos dignos da proteção penal, culminar em uma hipertrofia legislativa, como atualmente se percebe, e conduzir o sistema jurídico-penal a cair em descrédito perante a sociedade.<sup>16</sup>

Nesta senda, há que se dispor acerca dos chamados bens jurídicos transindividuais, supra-individuais ou metaindividuais, ou seja, aqueles que acabam por transcender a individualidade do homem, sendo que, quando atingidos, pode-se ter uma disseminação dos efeitos da atividade ilícita. Esses bens podem ser divididos em coletivos (relações de consumo), difusos (ambiente) e institucionais (administração pública) (PRADO, 2003, p. 109).

Como ficou aclarado ao longo da anterior abordagem, não há exceções ao princípio da personalidade da pena seja qual for o campo criminal em comento. No que tange aos delitos que afrontam bens jurídicos supra-individuais como aqueles descritos em legislação esparsa. Desta forma, deve-se respeitar a vedação da responsabilidade objetiva como consequência de todo ordenamento jurídico-penal brasileiro, bem como seguir os princípios constitucionais.

Existem casos em que o legislador, ao elaborar as leis penais, como, por exemplo, nas que versam acerca da tutela da ordem econômica, tem o cuidado de, expressamente, prever que a responsabilidade criminal é restrita à medida da culpabilidade, como o disposto no art. 11 da Lei n. 8.137/90, que disciplina os crimes contra a ordem tributária. Em outras hipóteses, porém, como a de sugerir a admissão da responsabilidade objetiva, esqueceu-se o legislador de estabelecer tal ressalva, ao definir a responsabilidade pela prática dos delitos econômicos, como ocorreu ao disciplinar os crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86, art. 25) ou contra o mercado de capitais (Lei n. 4.728/65, art. 73, § 2º). Cumpre aqui frisar que não é pelo fato de inexistir tal ressalva que está autorizada supressão dos princípios ora analisados.

Desta feita, cumpre ratificar que, independente dos efeitos da lesão ou do perigo de lesão ocasionados pela atividade ilícita, seja ela perpetrada contra um bem jurídico individual ou transindividual, não se concebe o esvaziamento da estrutura principiológica na seara penal, devendo, assim, como no caso em comento, tais princípios, nortear a aplicação da lei penal. Ou seja, a estrutura direcionadora construída na esfera penal é uma garantia infranqueável do cidadão que não poderá ser alvejado por medidas que a contrariem<sup>17</sup>.

Essas ações lesivas citadas no capítulo anterior, que podem lesar ou colocar em perigo de lesão bens jurídicos que transcendam à individualidade, por muitas vezes, estão vinculadas a atuações que se entrelaçam ao nome de uma pessoa jurídica, de maneira que é de bom alvitre no presente trabalho abordar o tema acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que será feito no capítulo seguinte.

15 Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro...*, p. 138. Nesse sentido: LUIZ. Luisi. Op. Cit., p. 39; PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem: por uma (re)legitimação do direito penal do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 54.

16 Cf. CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2 ed. rev. São Paulo: RT, 2002, p. 216. Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo)...* São Paulo: RT, 2002, p. 39-54.

17 Nas palavras de Luiz Regis Prado, tem-se que “o homem não pode ser considerado como simples meio para a persecução de finalidades político-criminais, ainda que em defesa social; deve ser-lhe, ao contrário, reconhecida uma posição central no sistema. É paradigmático em um Estado democrático de Direito que este exista sempre para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est*. De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade e da dignidade humana. É meio e não fim”

## 6 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Após a abordagem desses dois princípios, há que se abordar, ainda que de forma superficial, assunto latente nas discussões jurídicas, que versa sobre a possibilidade de responsabilização dos entes coletivos. Ratifica-se que a intenção é analisar tão somente esta possibilidade frente ao princípio da personalidade e individualização da pena.

Tem-se, pela própria estrutura do ordenamento jurídico pátrio, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode ser implementada, sendo que o posicionamento, nesse sentido, figura como ratificação dos postulados da culpabilidade e da personalidade das penas. Assim, somente as pessoas naturais podem ser sujeitos ativos (autores ou partícipes) no cometimento de atos ilícitos, vigorando em no sistema jurídico brasileiro a expressão *societas delinquere non potest*.

Certo que sempre se deve buscar finalidade para as construções de institutos realizadas no âmbito jurídico, assim, o próprio escopo da aplicação da pena àquele que comete um crime não se mostra consentâneo com a responsabilidade penal do ente jurídico, pois os aspectos que versam sobre a prevenção geral e especial (reafirmação do ordenamento jurídico e ressocialização), não encontram sentido.

Como acima abordado, o princípio da personalidade da pena representa a imposição de uma sanção à pessoa que representa o autor material do crime. Desta feita, deve-se ter por certo aquele que, efetivamente, cometeu o ato ilícito e não a sobreposição de uma sanção penal que indiscriminadamente atinja a todos aqueles que, de alguma forma, façam parte do ente jurídico (operários, sócios minoritários, etc.).

Como assevera Luiz Regis Prado (2005, p.151):

não há lugar aqui para outra interpretação senão a que liga a responsabilidade penal à realização de um comportamento *próprio*, sendo a responsabilidade *peçoal* sempre exclusivamente subjetiva. Afasta-se, desse modo, qualquer outra modalidade de responsabilidade penal (v.g., coletiva, pelo fato de outrem etc.). Tão somente em sentido técnico-jurídico pode ser denominada pessoa o ente moral.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica suscita um grande e polêmico debate, posicionando-se contrariamente a essa possibilidade autores como Luiz Regis Prado (2008, p. 418-427), Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 81), Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro (1991, p. 24), Paulo José da Costa Junior, Cezar Roberto Bitencourt (2000, p. 164-167), e por outro lado defendendo a possibilidade de se responsabilizar as pessoas jurídicas, tem-se amparo nos ensinamentos de Sérgio Salomão Shecaira, Vladimir Passos de Freitas, Gilberto Passos de Freitas, Walter Rothenburg SHECAIRA, (1999); PASSOS DE FREITAS, (1999); ROTHENBURG, (1997). Assim, tecer qualquer comentário com o intuito de colocar uma pá de cal na presente controvérsia poderia ser temerário, mas, nesta análise perfunctória, ressalta-se que a argumentação que pugna pela impossibilidade da responsabilização da pessoa jurídica mostra-se mais apropriada, pois é fundada em direitos e garantias individuais que não podem ser sobrepostos por políticas criminais que são direcionadas de forma incerta.

Firma-se no presente trabalho o entendimento de que a responsabilização do ente jurídico estaria por ferir frontalmente o princípio da personalidade da pena, uma vez que, pela própria estrutura do ordenamento jurídico-penal, não se pode conceber como sujeito ativo de ações ilícitas outra pessoa que não o homem.





## 6 CONCLUSÃO

Por certo que todo o ordenamento jurídico deve estar pautado por uma estrutura principiológica que o orientará, esses princípios, que podem ser em sentido amplo ou estrito, vigoram em todas as searas onde se desenvolve a tutela jurídica. Assim, o ordenamento jurídico-penal não poderia ser diferente, tendo os seus próprios delineadores expressos ou não no texto constitucional.

Nesta análise, buscou-se a compreensão dos princípios da personalidade da pena e da individualização da pena expressos na Constituição Federal. O primeiro proíbe a transcendência da pena além da pessoa do réu e o segundo busca a aplicação de uma pena ajustada às características do agente infrator e da ação por ele cometida.

Figuram esses princípios como garantias individuais infranqueáveis dentro da estrutura jurídica, como pilares de um Direito Penal desenvolvido em um Estado democrático social de Direito.

Por esse norte toda e qualquer responsabilização na esfera penal deverá estar pautada por esses princípios, juntamente com os demais que compõem a estrutura principiológica jurídico-penal (legalidade, exclusiva proteção de bens jurídica, dignidade, etc.).

A expansão do Direito Penal na proteção de bens jurídicos (supra-individuais), que atualmente acabam por sofrer uma exposição ainda maior, tendo em vista a potencialidade das ações do mundo moderno, também deve respeitar os princípios da personalidade e da individualização da pena, uma vez que os efeitos da atividade lesiva não podem redirecionar a compreensão teórica, bem como a sua sobreposição ao fato concreto, por perspectivas político-criminais.

Tem-se que a afetação de bens jurídicos supra-individuais é feita por ações cometidas através de pessoas jurídicas como, por exemplo, ações que atentem contra a ordem tributária, relações de consumo, meio ambiente, sistema financeiro, etc. No entanto há que se respeitar os limites de atuação do Direito Penal que, pela sua própria estrutura, não comporta a responsabilização do ente jurídico, posicionamento este combatido, mas que se mostra consentâneo com o ordenamento jurídico pátrio.

64

## REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BARROS, Carmem Silva de Moraes, *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: RT, 2001.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte geral*. 8. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. v. 1. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. (Trad.) Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2003.
- BOSON, Gerson de Brito Mello. *Filosofia do direito: interpretação antropológica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: parte general*. São Paulo: RT; Lima, PE: ARA Editores, 2007.



- CERNICCHIARO, Luiz Vicente, *Dicionário de direito Penal*. São Paulo: Bushatsky, Brasília, EUB, 1974.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. São Paulo: RT, 1990.
- CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2 ed. rev. São Paulo: RT, 2002.
- COSTA, Hélio Martins. Individualização da Pena – Repercussão na Determinação do Regime de Cumprimento e na substituição por pena alternativa. *Revista dos Tribunais*, ano 89 – v. 781, nov. 2000. São Paulo: RT, 2000.
- DOTTI, Renné Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. – São Paulo: RT, 1998.
- DOTTI, Renné Ariel. *Curso de direito Penal: parte geral*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal – v. I – tomo II*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1954.
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: RT, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrófica irracional (caos normativo)...* São Paulo: RT, 2002.
- GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: RT, 1994.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LUIZ, Luisi, *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto alegre: Fabris Editor, 2002.
- MARCONDES, Pedro. *A individualização executória da pena privativa de liberdade no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado. Maringá: Universidade estadual de Maringá, 2001.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal – v. 3. – O delinqüente, a sanção penal e a pretensão punitiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.
- MESQUITA JR., Sidio Rosa de, *Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PALAZZO. Francesco C. *Valores constitucionais e o direito penal*. (Trad.) Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris Editor, 1989.
- PASSOS DE FREITAS, Vladimir e PASSOS DE FREITAS, Gilberto. *Crimes contra a natureza*. 6 ed. São Paulo: RT, 1999.
- PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: a (des)ordem da lei e a lei da (des)ordem: por uma (re)legitimação do direito penal do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal – parte geral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Bem Jurídico-Penal e a Constituição*. 3. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: RT, 2005.

ROTHENBURG, Walter. *A pessoa jurídica criminosa – Estudo sobre a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 1997

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. *Pena e constituição: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução*. São Paulo: RT, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR., Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: RT, 2002.

TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença Criminal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2006.

66 ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.65-70).



## PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. REDUÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ART. 2028)

*Luciana Mendes Pereira Roberto<sup>1</sup>*

### RESUMO

Trata dos institutos da Prescrição e da Decadência perante a nova disciplina trazida pelo Código Civil de 2002. Analisa as conseqüências do fator tempo nas relações jurídicas. Descreve as situações gerais de ocorrência da prescrição, a possibilidade de renúncia, de impedimento, de suspensão e de interrupção dos prazos prescricionais. Estuda a decadência, mostrando a facilitação de abordagens desses institutos atualmente, considerando a forma operacional disciplinada pelo Código Civil. Indica uma regra prática para diferenciar um prazo prescricional de um prazo decadencial. Analisa o direito intertemporal e a redução dos prazos prescricionais trazida pelo Código Civil de 2002, em comparação com o Código Civil de 1916.

**Palavras-chave:** Tempo. Prescrição. Decadência. Regra Prática. Redução de Prazos.

### LAPSING AND DECAY. REDUCTION OF THE LIMITATIONS IN THE CIVIL CODE OF 2002 (ART. 2028)

### ABSTRACT

It deals with the justinian codes of the Lapsing and of the Decay before the new it disciplines brought for the Civil Code of 2002. It analyzes the consequences of the factor time in the legal relationships. It describes the general situations of occurrence of the lapsing, the possibility of resignation, impediment, suspension and interruption of the limitations. It studies the decay currently, showing the facilitation of boardings of these justinian codes, considering the operational form disciplined by the Civil Code. It indicates a rule practical to differentiate a limitation of a decadencial stated period. It analyzes the intertemporal right and the reduction of the limitations brought by the Civil Code of 2002, in comparison with the Civil Code of 1916.

**Keywords:** Time. Lapsing. Decay. Practical Rule. Reduction of Stated Periods.

## 1 INTRODUÇÃO

Trata o Código Civil (Lei 10.406 de 11 de janeiro de 2002) dos institutos da Prescrição e da Decadência, separadamente, como inovação no citado Código, diferentemente da codificação de 1916.

O decurso do tempo exerce importante e fundamental influência na aquisição e na extinção de direitos, sendo que em ambas as situações há um sujeito adquirindo e outro perdendo direitos<sup>2</sup>. Interessa aqui fazer uma reflexão sobre a influência do tempo na extinção de direitos, seja pela prescrição ou pela decadência.

<sup>1</sup> Docente no Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina - UEL - e do Centro Universitário Filadélfia - UNIFIL. Mestre em Direito Negocial - Direito Civil. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Especialista em Bioética pela Universidade Estadual de Londrina - UEL Advogada. *email:* lumendes@uel.br.

<sup>2</sup> Nos dizeres de GONÇALVES, 1998, p.164: *Em um e em outro caso, no entanto, ocorrem os dois fenômenos: alguém ganha e , em conseqüência, alguém perde.*



Nas duas formas de extinção de direitos, buscar-se-á mostrar suas definições, peculiaridades, semelhanças e diferenças, bem como tratar dos prazos legais que lhes dizem respeito, estabelecidos tanto pelo Código Civil, quanto por leis especiais.

A importância dos referidos institutos, decorrentes do decurso do tempo nas relações jurídicas, é especialmente a garantia da tranqüilidade na ordem jurídica, na paz e harmonia sociais.

## **2 O TEMPO COMO FATO JURÍDICO, RELAÇÃO JURÍDICA, EXIGIBILIDADE E EXERCÍCIO DE DIREITOS**

As relações jurídicas sofrem influência do fato jurídico natural: tempo. Esta influência pode ocorrer na formação, no exercício, ou na perda dos direitos que emanam de tais relações.

Várias são as situações, por exemplo, nas quais a idade da pessoa exerce significação relevante nas relações, pois há a atribuição de idades mínimas e máximas para a ocorrência de determinados fatos. Em geral, é a própria Constituição Federal que estabelece este regramento, como no que pertine ao voto, às relações de trabalho, à atribuição de pena (sanção penal), entre outros.

Mesmo assim, ou seja, mesmo considerando que tais condições são de direito público, é no campo do direito privado que se nota maior influência do tempo nas relações jurídicas. Para exemplificar: o nascimento, o casamento, as idades estabelecidas como consideração de capacidade ou incapacidade (relativa, absoluta) para os atos da vida civil, entre tantos. Assim, essa influência temporal nas relações jurídicas, pode ocorrer por meio de três institutos jurídicos: usucapião; prescrição extintiva; decadência ou caducidade.

Para tanto, deve-se entender a relação jurídica na sua estrutura e função, pois compreende diferentes espécies de direitos pelos quais os sujeitos exercem o poder sobre o objeto da relação. Tais direitos podem ser descritos conforme abaixo.

68

- direito subjetivo: é o poder que o ordenamento jurídico reconhece a alguém de ter, fazer ou exigir de outrem determinado comportamento; ele não nasce em decorrência de um fato, pois já é inerente às pessoas.
- pretensão: da infração ou violação de um direito subjetivo, resulta um dano para o titular de tal direito, esse “direito” é denominado pretensão (pretensão de direito privado: direito subjetivo processual), que é o poder de exigir de outrem uma ação ou omissão.
- exceção: é a contraposição da pretensão, ou seja, o direito que se tem de impedir a eficácia de um direito subjetivo de outrem, ou o direito de negar o cumprimento da prestação devida. Pode ser permanente (no caso da prescrição) ou transitória/dilatatória.
- direito potestativo: é o poder de influência de um determinado agente na esfera jurídica de outrem, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação subjetiva a qual este deve apenas sujeitar-se. Tal ocorre mediante ato unilateral, podendo ser chamado ainda de direito formativo; é o direito que nasce em função de algum acontecimento, por exemplo, somente tem direito de anular um casamento quem se casou.
- faculdades jurídicas: poderes de agir que estão contidos nos direitos subjetivos. O direito subjetivo é um conjunto de faculdades jurídicas.

Quanto à exigibilidade e ao exercício desses direitos, a primeira é a qualidade do direito que pode ser reclamado em pagamento (obrigações) e o segundo é o uso que se faz de um direito. Tanto a exigibilidade quanto o exercício dos direitos subjetivos sofrem limitação no tempo, com o objetivo de proteção à segurança e certeza dos valores, com a fixação de prazos, de acordo com a função.



A lei fixa prazos mais longos para os direitos subjetivos, que ainda podem ser suspensos e interrompidos. Para os direitos potestativos, os prazos são mais enxutos; para as faculdades jurídicas o tempo não conta.

A chamada caducidade significa a extinção dos direitos em geral, e é denominada decadência, quando referente a direitos potestativos, fundamentada na inadmissibilidade de conduta contraditória. Ou seja, em sentido amplo, a caducidade é a extinção dos direitos em geral e em sentido restrito é a perda dos direitos potestativos (decadência).

### 3 PRESCRIÇÃO

Aduz o Art. 189 do Código Civil: “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Assim, dada a prescrição, perde o agente a pretensão em virtude de sua inércia no prazo fixado em lei. A prescrição é aplicada aos direitos subjetivos patrimoniais (obrigações, que prescritas, tornam-se obrigações naturais), não afetando os direitos personalíssimos, os direitos de estado e os de família, pois irrenunciáveis e indisponíveis. Importa ressaltar que se entende por direitos subjetivos patrimoniais os decorrentes de danos materiais e morais.

Alguns elementos são imprescindíveis para que ocorra a prescrição: um direito subjetivo lesado (pretensão); não ressarcimento do dano; decurso de prazo fixado em lei. Devido à necessidade de assegurar a paz, a ordem, a proteção, a certeza e a segurança jurídica, justifica-se a prescrição, que protege o interesse público, mas tendo em vista, principal e imediatamente o interesse do sujeito passivo, ou seja, aquele que fica à mercê da ação do sujeito ativo para reivindicar seus direitos.

A prescrição, que pune a negligência do titular do direito subjetivo lesado (sujeito ativo), pode ser alegada pela parte interessada como meio de defesa (exceção), tal como estabelecido no Art. 193<sup>3</sup> do Código Civil, em qualquer grau de jurisdição.

Importante atualização no Código Civil, trata-se da Lei nº 11280/2006, de 16/02/2006, que revogou o Art. 194. A redação do Art. 194 rezava que o juiz não poderia suprir de ofício a alegação de prescrição, a não ser que fosse para proteger o absolutamente incapaz. A partir dessa data, então, o juiz pode suprir de ofício a alegação de prescrição, sendo essa inovação um símbolo da realização da função social do Direito Civil.

69

#### 3.1 Regras Gerais da Prescrição

- O Código Civil regula a prescrição nas Arts. 189 a 206 e suas regras gerais são:
- a possibilidade de invocar a prescrição constitui direito subjetivo (Art. 193);
  - os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes (Art. 192)<sup>4</sup>;
  - a prescrição começa a correr do momento em que nasce a pretensão à reparação do dano, com a aplicação do princípio da *accessio temporis* (Art. 196)<sup>5</sup>;
  - se prescrito direito principal, prescritos os acessórios.

<sup>3</sup> Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

<sup>4</sup> Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes

<sup>5</sup> Art. 196. A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.



### 3.2 Renúncia da Prescrição

A renúncia da prescrição faz parte de suas regras gerais, em continuidade ao acima elencado. Para que possa ocorrer, é preciso que a prescrição esteja consumada (seu prazo totalmente decorrido) e que não prejudique terceiros. Assim, é a renúncia o ato jurídico pelo qual o titular (agente capaz) de um direito dele se desfaz. Pode ser:

- expressa: resulta de ato inequívoco do prescribente, para o que não impõe a lei forma determinada;
- tácita: o interessado pratica atos incompatíveis à prescrição (ex: oferta de garantias ao credor).

As partes não podem convencionar a renúncia, pois se trata de instituto de ordem pública, bem como os prazos de prescrição não podem ser alterados por vontade das partes (Art. 192).

### 3.3 Impedimento e Suspensão

Os Arts. 197 a 201 do Código Civil cuidam do regramento das causas que impedem ou suspendem a prescrição.

O impedimento da prescrição é o obstáculo ao curso do prazo, antes de seu início; não permite que o prazo prescricional comece a correr. A suspensão é a cessação temporária do curso do prazo prescricional sem prejuízo do tempo já decorrido, suspendendo-o enquanto permanecem tais causas e continuando quando cessarem; não se perde o prazo já decorrido.

70

A motivação do Art. 197<sup>6</sup> é de ordem moral, enquanto que a do Art. 198<sup>7</sup> é proteger os que não podem exercer seus direitos e os que se ausentam do país, por motivo de serviço público ou guerra.

O Art. 199<sup>8</sup>, em complementação, estabelece que enquanto não existir o direito, não pode existir a pretensão e a ação que a assegura; enquanto não vencido o prazo prefixado, o direito não se configura.

Além dos artigos citados, o Código Civil prescreve o Art. 200<sup>9</sup>, que trata da não ocorrência de prescrição, quando a ação se originar de fato que deve ser apurado no juízo criminal, antes da sentença definitiva; e também, o Art. 201, no caso de credores solidários, suspensa a prescrição em favor de um deles, só aproveita os outros se a obrigação for indivisível.

Há, ainda, dispositivos referentes à prescrição em leis extravagantes, como na Lei de Falências, na Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outras.

6 Art. 197: Não corre a prescrição: I – entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II – entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III – entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

7 Art. 198. Também não ocorre a prescrição: I – contra os incapazes de que trata o art. 3º; II – contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III – Contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

8 Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I – pendendo condição suspensiva; II – não estando vencido o prazo; III – pendendo ação de evicção.

9 Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.



### 3.4 Interrupção da Prescrição

As causas que interrompem a prescrição estão estabelecidas nos Arts. 202 a 204 do Código Civil. Interrupção da prescrição é o fato que impede o fluxo normal do prazo, inutilizando o já decorrido, e desaparecendo a causa da interrupção, inicia-se novo prazo prescricional. Os fatos que determinam a interrupção dependem da vontade do agente (subjéitiva).

O Art. 202 aduz que a interrupção da prescrição só se dará uma vez e elenca as hipóteses.

A interrupção da prescrição pode ser requerida por qualquer interessado, de acordo com o Art. 203, e são seus efeitos:

- começa a correr novo prazo;
- o direito subjéitivo atingido é beneficiado pela interrupção;
- produz efeitos apenas entre as pessoas participantes da mesma relação jurídica, com as exceções do Art. 204 e seus parágrafos.

### 3.5 Prazos Prescricionais

O Código Civil elenca os prazos prescricionais nos Arts. 205 e 206. O Art. 205 refere-se ao prazo geral de 10 anos, sendo que o Art. 206 aos prazos especiais, que podem ser e 01, 02, 03, 04 e 05 anos.

Além dos prazos prescricionais estabelecidos no Código Civil, há disposições em algumas leis especiais, como a que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares (10 anos para o ato de pleitear indenização, a partir do acidente nuclear); a Lei 7144/83, que estabelece prazo para a prescrição da pretensão contra atos relativos a concursos para provimento de cargos e empregos na administração federal direta e nas autarquias federais (1 ano da data de publicação do resultado final), entre outras.

71

## 4 DECADÊNCIA

O Código Civil trata do instituto da decadência nos Arts. 207 a 211. Ao passo que a prescrição trata de exigibilidade de direitos subjéitivos, a decadência trata de exercício de direitos potestativos. Dessa forma, a decadência é a perda do direito potestativo (disponíveis e indisponíveis) pela inércia do titular no período determinado em lei, com fundamento na certeza, segurança, paz, ordem jurídica, mas diferentemente da prescrição, seu fim predominante é o interesse geral.

É objeto de ação constitutiva, o prazo começa a correr no momento em que o direito nasce. Não há possibilidade de interrupção ou suspensão, salvo na hipótese do Art. 198, I; não é susceptível de oposição (meio de defesa, exceção)<sup>10</sup>, e é estabelecida em lei ou pela vontade das partes (direito disponível).

A renúncia à decadência fixada em lei é nula (Art. 209) e o juiz pode conhecê-la de ofício (Art. 210), mas se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação (Art. 211).

<sup>10</sup> Mas, de acordo com o Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.





#### 4.1 Prazos de Decadência e Regra Prática

O Código Civil estabelece prazos de decadência em diversos artigos, por exemplo: Art. 445, Art. 1560, Art. 1555. Assim, pode-se estabelecer uma regra prática para se saber se um determinado prazo do Código Civil é de prescrição ou de decadência, que é a seguinte: se for prazo dos Arts. 205 e 206, será sempre de prescrição; se for prazo de qualquer outro artigo do Código Civil, será de decadência!

### 5 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: COMPARAÇÃO

Ambos os institutos são formas de extinção de direitos, com semelhanças e diferenças. As semelhanças ocorrem de acordo com 3 critérios:

- a própria natureza: são institutos jurídicos de causa e disciplina da extinção de direitos.
- o fundamento: preservar a ordem, a paz social, a certeza e segurança jurídicas.
- o fator determinante: a inércia dos titulares e o decurso do tempo (lei)

Quanto às diferenças dos referidos institutos em estudo, podem ocorrer:

- quanto ao objeto:

a)

- prescrição: pretensões de direitos subjetivos patrimoniais disponíveis.
- decadência: atinge direitos potestativos, disponíveis e indisponíveis.

b)

- prescrição: o legislador objetiva consolidar um estado de fato, transformando-o em estado de direito
- decadência: o tempo limita o exercício de um direito, que pode modificar uma situação jurídica.

c)

- prescrição: pune-se a inércia no exercício de direito
- decadência: priva-se do direito quem deixou de exercê-lo.

d)

- prescrição: início do prazo com o direito subjetivo violado
- decadência: o prazo corre desde que o direito nasce

e)

- prescrição: supõe direito nascido e efetivo
- decadência: supõe direito que não se tornou efetivo pela falta de exercício

- quanto ao interesse que se visa proteger:

- prescrição: interesse particular do devedor
- decadência: interesse geral de paz, segurança

- quanto à natureza das ações:
  - prescrição: condenatória
  - decadência: constitutiva
- quanto à fluência dos prazos:
  - prescrição: interrompe-se, com causas legais incompatíveis com a inércia do sujeito. A lei fixa o período de tempo em que deve exercer-se o direito.
  - decadência: atinge irremediavelmente o direito. Não se suspende ou interrompe. O prazo limita o exercício do direito.

A prescrição e a decadência são institutos de suma importância no Direito Civil. O profissional da área jurídica deve tomar sempre muito cuidado ao lidar com o fator tempo, tanto como pró ou contra os interesses das partes.

Muito importante foi a forma de organização dos institutos da prescrição e da decadência no Código civil de 2002, pois diferentemente da codificação civil de 1916, passa a qual distinguir os referidos institutos..

As diferenciações entre prescrição e decadência, bem como suas semelhanças, especialmente nos aspectos da influência do decurso do tempo nas relações jurídicas e também no objetivo de proporcionar a segurança e ordem jurídicas, são indispensáveis de conhecimento pelo profissional e estudante da área jurídica, pois, mesmo havendo a acima citada “regra prática” para verificar a distinção entre prazo de prescrição ou decadência, às vezes a situação não é tão pontual.

Com o estudo ora exposto, resta clara a importância significativa dos institutos acima referidos. O Código Civil, ao optar pela separação dos institutos, fez-lo de forma exemplar, pois definitivamente deixou estabelecido que, nos dizeres de Câmara Leal ( 1982, p. 109-110): “...É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição quando fixado não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege”.

Mesmo com todos os aspectos que diferem a prescrição da decadência, o Art. 207 traz disposição no sentido da aplicação à decadência a causa de impedimento e suspensão, consistente na proibição de curso de prazo contra os absolutamente incapazes, proporcionando especial atenção a estes, aplicando-se efeitos, outrora apenas de prescrição, ao instituto da decadência.

Daí, observar-se que, de fato o Código Civil trouxe inovações importantes e esclarecedoras sobre a prescrição e a decadência, fundamentais nas relações jurídicas, objetivando garantir a ordem, a harmonia, a paz e a segurança jurídicas, em função do decurso do tempo em tais relações.

No que pertine aos prazos prescricionais, foram suprimidos os prazos de dias e meses (Código de 1916) e estabelecidos prazos de 01, 02, 03 04 e 05 anos, além do prazo geral de 10 anos.

## **6 OS PRAZOS PRESCRICIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITO INTERTEMPORAL**

Um aspecto muito relevante, quanto aos institutos sob análise, é o que diz respeito à inovação de Art. 2.028, que estabelece regras de direito intertemporal. Trata-se do conflito de normas jurídicas no tempo, com disposição na Lei de Introdução ao Código Civil, na Constituição Federal e agora com artigo expresso no Código Civil sob o número 2.028, nas Disposições Finais e Transitórias, consagrando o efeito imediato da lei e a irretroatividade.



Ao entrar em vigor uma lei nova, podem-se configurar 3 espécies de situações jurídicas:

- pretéritas: iniciadas e findas antes da lei nova
- pendentes: iniciadas antes da vigência da lei nova e ainda não extintas
- futuras: iniciadas após a vigência da lei nova e não concluídas

As situações jurídicas pendentes é que trarão problemas no que pertine aos prazos prescricionais, surgindo os conflitos de leis no tempo.

O Art. 2.028 do Código civil estabelece que: “ Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Tal dispositivo, embora inovador, é bastante criticável, posto que não houve o estabelecimento do momento inicial da fluência do prazo estabelecido. Assim, poderá surgir controvérsia no seguinte sentido: o prazo se inicia no momento do surgimento da pretensão ou desde a entrada em vigor do novel Código?

Diante disso, talvez fosse mais interessante que a redação sofresse uma adequação, esclarecendo a controvérsia, ou seja, estabelecendo que os prazos reduzidos são os de fatos pendentes e que contam a partir da vigência da novel codificação, a não ser que o prazo maior da codificação de 1916 termine antes deste.

## 6.1 A Redução dos Prazos e a Aplicação do Art. 2028 do Código Civil.

Quando da redação do Código Civil de 2002, o legislador reduziu expressamente vários prazos de prescrição, e o Art. 2028 estabelece as regras de direito intertemporal, determinando que ocorrerá a permanência dos prazos de lei anterior se, na data da entrada em vigor deste novo Código, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Para tanto, o referido artigo, cuidando das causas pendentes ao entrar em vigor a nova lei, estabeleceu três condições:

74

- que os prazos serão os da lei anterior (Código Civil de 1916);
- quando reduzidos pelo novo Código (Código Civil de 2002);
- na data da entrada em vigor do Código (12/01/2003), já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada (Código de 1916).

Não são poucas as interpretações, baseadas nas melhores regras de hermenêutica, que oferecem diferentes aplicações para o Art. 2028. Mas importante notar as conjunções “e se” (aditiva e condicional), que implica no fato de que obrigatoriamente haverá a aplicação da lei anterior, no caso de redução pela lei nova e se na data de entrada em vigor já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Além disso, cumpre ressaltar o que estabelece a Lei de Introdução ao Código Civil, ao tratar do direito intertemporal, prescrevendo que um fato reger-se-á pela lei em vigor na data de sua ocorrência, ao não ser que a situação requeira tratamento diverso ou quando o legislador determinar. É o que ocorre com a aplicação do Art. 2028, o legislador expressamente determinou as regras.

E assim determinando, para que possa ser aplicado, a nova lei deverá ter reduzido prazo e transcorrido mais da metade do prazo estabelecido na lei anterior com a entrada em vigor da nova lei, senão os prazos serão os dos Arts. 205 e 206 (lei nova).

A *vacatio legis* do Código Civil de 2002 foi de 01 (um) ano, prazo propositalmente estabelecido com amplitude pelo legislador, para que as pessoas tomassem as devidas providências, no sentido da salvaguarda de seus direitos. O Art. 2028, dessa maneira, estabelece o regramento de transição dos Códigos (1916 para o 2002), objetivando assegurar a segurança jurídica, e primando pela justiça e pela paz.



Mesmo com tão digno objetivo, ousa-se afirmar a falha do legislador no sentido da falta de clareza na elaboração do Art. 2028 do Código Civil. Há duas leis complementares que estabelecem a “feitura das leis” (LC 95/98 e LC 107/2001), determinando sejam claras, precisas, ordenadas logicamente, com frases corretamente pontuadas e construídas, entre outros. Assim, faltou uma ordenação precisa ao referido artigo, já transcrito acima:

O correto seria dizer: Nos prazos reduzidos por este Código, serão os da lei anterior, se na data de sua entrada em vigor já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Ocorre que, outra situação de maior relevo se impõe, tal seja, o Art. 2028 não esclareceu qual o termo inicial da fluência dos prazos estabelecidos no Código, levantando uma duplicidade de interpretação:

- será o momento do surgimento da pretensão?
- será o momento da entrada em vigor do Código?

Analisando a primeira hipótese, suponha-se um fato sujeito à responsabilização civil (dano), que ocorrera em 10 de janeiro de 1999. Como não transcorreu a metade do prazo da lei revogada (20 anos) quando da entrada em vigor do novo Código Civil, será aplicado o prazo da lei nova (03 anos). Isso implicaria na prescrição em 10 de janeiro de 2002, ocorrendo uma injusta retroatividade da lei, sendo que o certo seria, colocar o termo inicial na entrada em vigor do Código e a respectiva aplicação do novo prazo.

No pertine à segunda hipótese, pode gerar problemas de desobediência ao princípio da igualdade, posto que, supondo o mesmo dano acima tratado tenha ocorrido em 1990. O prazo da lei revogada (20 anos) seria aplicado, pois já transcorrido mais da metade da entrada em vigor do Código de 2002, assim a pretensão prescreveria em 2010. Ocorre que se dano idêntico ocorrer dia 20 de janeiro de 2003, a pretensão prescreverá em 2006, diante da aplicação do novo prazo (03 anos).

Diante de tais controvérsias, a disposição do Art. 2028 merece uma nova redação, que talvez pudesse ser a seguinte: Os prazos reduzidos por este código serão aplicados aos fatos pendentes, e deverão ser contados a partir de sua entrada em vigor. Serão aplicados os prazos da lei anterior, se forem maiores e se escoarem antes do prazo fixado por este código.

Esse entendimento é o apontado pelo Professor Francisco Amaral (2000, p. 575), ao referir-se à Lei de Introdução ao Código Civil alemão (Art. 169, 2ª alínea), segundo a qual “se o prazo de prescrição, conforme o Código Civil, é mais curto do que segundo leis anteriores, computa-se o prazo mais curto a partir da entrada em vigor do Código Civil. Não obstante, se o prazo mais longo determinado pelas leis anteriores expira mais cedo do que o prazo mais curto determinado pelo Código Civil, a prescrição se conserva com o fim do prazo mais longo”.

Por questão de justiça, essa deve ser a interpretação, pois, por exemplo, o prazo para exercício de pretensão em função de direito subjetivo violado, que dê ensejo à indenização civil, foi reduzido de 20 para 3 anos (Art. 206, § 3º, V)!

## 7 CONCLUSÃO

Tendo em vista a expressiva redução dos prazos de prescrição, estabelecida no Código Civil, que passou a vigorar em 12 de janeiro de 2003, foi necessária a criação da regra de transição ora em estudo (Art. 2028), a ser aplicada aos casos pendentes, tal sejam, os que não estejam totalmente exauridos em 11 de janeiro de 2003. Ocorre que referido artigo torna-se passível de contradições e diferentes interpretações, de acordo com a análise supra, cabendo aos profissionais do Direito, definir qual a forma de aplicação que proporcione a verdadeira segurança jurídica, a justiça, a paz, igualdade e harmonia social.



## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil* – Introdução. 3. ed., rev. aum. atua. São Paulo: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil* – Parte Geral. 2.ed. Sinopses Jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1998.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982.

NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. Prefácio do Prof. Miguel Reale. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIANNA, Aldyr Dias. *Da Prescrição no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Forense, 1983.



## A CONTRIBUIÇÃO EM ATRASO DOS SEGURADOS DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

*Marcos de Queiroz Ramalho<sup>1</sup>*

### RESUMO

Neste estudo, desenvolvido na área de previdência social, procura-se analisar a forma de recolher as contribuições previdenciárias por parte do segurado, quando está em inadimplente, seja de forma voluntária ou não. Parte-se da importância do Sistema Previdenciário, analisando a natureza jurídica dessa espécie de contribuição, coloca o pensamento doutrinário brasileiro, desaguando no posicionamento jurisprudencial atual. Enfim o texto observa a forma antiga que era benéfica ao inadimplente e rigorosa em exceção para o atual contribuinte.

**Palavras-chave:** Previdência Social. Segurado. Contribuição. Natureza Jurídica. Benefício. Aposentadoria.

### THE CONTRIBUTION BEHIND SCHEDULE OF THE INSURED OF THE GENERAL REGIMEN OF THE SOCIAL WELFARE

### ABSTRACT

In this study developed in the area of welfare, we examine how to collect the contributions by the insured when it is in default, whether voluntary or not. It is the size of the pension system, analyzing the legal nature of that kind of contribution, raises the thought doctrinal Brazil, recede in the current legal position. Finally the text puts the old way that was beneficial to the delinquent and in strict exception to the current taxpayer.

**Keywords:** Social Security. Insured. Contribution. Legal Nature. Benefit. Retirement.

### 1 INTRODUÇÃO

Por força do artigo 201<sup>2</sup> da Lei Suprema brasileira, o Sistema Nacional de Seguridade Social é de filiação obrigatória e obriga a todos os segurados a contribuírem para o regime previdenciário a que pertença.

Um regime previdenciário saudável necessita de contribuições específicas para que possa distribuir com dignidade os benefícios a que os segurados e seus dependentes façam jus, na ocorrência das contingências sociais previstas em lei

Nas palavras de Wagner Balera (2003, p.25): “Cada plano de proteção – tanto público quanto privado – deve-se ser dotado de reservas que fundearão, em conformidade com a legislação, os contratos, convênios e termos de parceria, o objetivo social antes definido.”

<sup>1</sup> Mestre em DIREITO Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica – SP, professor de Direito Previdenciário da Universidade Estadual de Londrina, professor de pós-graduação na área de Direito Previdenciário na UEL, PUC, FAAT e Faculdades Curitiba, professor na área de Direito Previdenciária na Escola Superior da Advocacia do Paraná e FEMPAR – Escola Superior do Ministério Público em Londrina

<sup>2</sup> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei.



São os denominados recursos que no dizer ainda do Professor Wagner Balera vem a ser “o instrumental financeiro apto a dar sustentação ao sistema”. Tais recursos são advindos das contribuições diretas e indiretas. As diretas são advindas dos segurados – objeto das nossas pesquisas. No entanto, não raras vezes os contribuintes(segurados) deixam de verter contribuições sociais ao sistema de seguridade social, seja de forma voluntária ou não, muitas vezes esquecendo que, mais cedo ou mais tarde, vão necessitar dos benefícios previdenciário, em face da realidade social.

Neste estudo, é desenvolvido o modo como essas contribuições devem ser recolhidas pelos segurados no momento em que pretende se aposentar ou obter uma certidão de tempo de contribuição.

Como ocorre com as demais formas de arrecadação, tanto pelo setor público, como o privado, o contribuinte, o administrado, ao não pagar no prazo legal o que é devido por imposição legal, vê-se obrigado a arcar com tal ônus. Entre esse ônus está, em regra, além da atualização da dívida, a incidência de juros e multa especificados na lei de custeio previdenciária. Esse pensamento jurídico é o que deve prevalecer. Não é possível que um cidadão que pague em atraso, solva de forma mais benéfica daquele contribuinte que fez o esforço para quitar no prazo previsto legalmente.

O texto procura estudar as alterações previstas na lei nº. 8.213/91, quanto à forma de recolhimento das contribuições dos segurados, quando estão em atraso e objetivam contar tal lapso temporal perante o INSS. Compete aqui afirmar de forma categórica que só pode recolher em atraso aquele que efetivamente for considerado segurado obrigatório da previdência social – artigo 11 da lei no. 8.213/91. Quem nunca deteve a qualidade de segurado não pode postular o direito ao recolhimento de valores em atraso

Antes de tudo a alteração se fazia necessária, porque existia o seguinte fenômeno: quem tinha deixado de recolher durante anos, ao ser elaborado a planilha do de cálculo pelo setor competente do INSS, os valores eram até ínfimos, eram centavos ou poucos reais a cada competência. Isso significava que quem pagava em dia pagava mais, do que quem pagava depois de muitos anos em atraso.

Essa situação ocorreu entre as décadas de 1960 até a alteração legislativa, por causa das alterações da moeda brasileira, em que freqüentemente os governantes tiravam os “zeros” para readequar aquele momento econômico.

A doutrina nacional não tem se ocupado sobre este tema. Todavia, como inúmeras pessoas, afirmam que o INSS estava querendo cobrar valores astronômicos por pouco meses de contribuição, foi quando o estudo com profundidade dessa espécie de contribuição fez-se necessário.

78

## 2 DA NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL

Já é assente na doutrina e na jurisprudência que as contribuições sociais são consideradas espécies tributárias, uma vez que se situam no Título VI da Carta Magna, ou seja, no pertinente à tributação e ao orçamento - artigo 149<sup>3</sup> da Constituição Federal).

Para reforçar, o nosso entendimento, é a doutrina de Miguel Horvath Junior (2005, p.191), que assim preleciona:

<sup>3</sup> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.



A contribuição social é por natureza um tributo. É, por tanto uma prestação compulsória, instituída em lei e cobrado através de uma atividade administrativa., de acordo com o conceito de tributo do artigo 3º., do CTN.

Por força das previsões constitucionais, as contribuições previdenciárias como espécie das contribuições sociais são tributos.

O Supremo Tribunal Federal também em diversos julgamentos tem decidido nessa linha, entre eles (BRASIL, 2008):

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INSTITUÍDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91.

1. As contribuições sociais da seguridade social previstas no art. 195 da Constituição Federal que foram incluídas no capítulo do Sistema Tributário Nacional, poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, “b”, do Sistema Tributário, posto que excluídas do regime dos tributos. 2. Sendo as contribuições sociais modalidades de tributo que não se enquadram na de imposto, e por isso não estão elas abrangidas pela limitação constitucional inserta no art. 155, § 3º, da Constituição Federal.”

Portanto, mesmo possuindo regime tributário distinto, insofismavelmente as contribuições da seguridade social têm a natureza jurídica de tributo.

### 3 DA FORMA DE RECOLHIMENTO EM ATRASO

79

Até o início da vigência da lei nº. 9.032 de 28.04.1995, a forma de recolhimento do valores em atraso era feito em obediência à lei de custeio, que seja verifica qual era o valor devido à época, a classe a que pertencia o segurado, incidindo, a partir de então, a atualização monetária, juros moratórios e multa.

O artigo 45, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.212/91, com as alterações constantes no artigo 2º da Lei nº 9.032/95, passou a ter a seguinte redação:

Artigo 45. (...)

1º. No caso de segurado empresário ou autônomo e equiparados, o direito de a Seguridade Social apurar e constituir os créditos, para fins de comprovação de exercício de atividade, para obtenção de benefícios, extinguem-se em 30 ( trinta ) anos.

§ 2º - Para apuração e constituição dos créditos a que se refere o parágrafo anterior, a Seguridade Social utilizará como base de incidência o valor da média aritmética simples dos 36 ( trinta e seis ) últimos salários de contribuição do segurado.

§ 3º - No caso de indenização para fins de contagem recíproca de que trata os arts. 94 a 99 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, a base de incidência será a remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime específico de previdência social a que estiver filiado o interessado, conforme dispuser o regulamento, observando o limite máximo previsto no art. 28 desta lei.





De outro norte, há a impossibilidade da retroatividade na cobrança de valores tributários “ex vi” o artigo 150, inciso III, letra “a” da Lei Fundamental brasileira que prevê:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos

a ) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

A Carta Constitucional atual foi categórica em vedar qualquer espécie de cobrança de novos tributos sobre pretensa hipótese de incidência anterior a sua criação. Para reforçar tal idéia é direito fundamental albergado também na C.F./88 a proteção e imunidade do ato jurídico perfeito, em respeito máximo à segurança jurídica.<sup>4</sup>

### 3.1 Do Fato Gerador e do Princípio da Irretroatividade

Como já demonstrado, a Lei Maior vigente contempla que as normas não retroagem para violar o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Com a alteração do artigo 2º da Lei nº 9.032/95, dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 45 da Lei nº 8.212/91, sob pena de ferir de morte o que está inserto no inc. XXXVI do artigo 5º, combinado com a alínea “a” do inciso III do artigo 150, ambos da CF, tais dispositivos legais retroajam para atingir situações jurídicas (fato gerador), consolidadas anterior a tais comandos legais, no sentido de que para os segurados autônomos e equiparados a base de incidência seja o valor da média aritmética simples dos últimos 36(trinta e seis) salários-de-contribuição.

80 O constitucionalista José Afonso da Silva (1992, p. 604), assim comenta o disposto na alínea “a” do inc. III do artigo 150 da Carta de 1988: “(...) significa que o tributo ou seus aumentos somente incidem sobre fatos geradores que correspondem no exercício financeiro seguinte ao de sua instituição ou majoração.”

O tributarista Ruy Barbosa Nogueira (1995, p. 123), nessa linha de pensamento, alerta para a seguinte compreensão: “O tributo pode ser cobrado sobre as situações ou fatos geradores ocorridos depois do início da vigência da lei que criou a hipótese de incidência.”

O eminente previdenciarista Aníbal Fernandes, em artigo publicado na Revista de Previdência Social, nº 203, de outubro de 1997, expressa o seguinte entendimento sobre a referida alteração introduzida pela Lei no. 9.032/95, defendendo a tese da inconstitucionalidade:

1. A lei somente produz efeitos futuros. Quando possa retroagir deve obedecer ao disposto no artigo 5º da Constituição Federal:

‘XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Não pode, assim, retroagirem efeitos da lei - norma inconfundível com Medida Provisória, decretos e atos de inferior hierarquia em desfavor da pessoa. Amauri Mascaro Nascimento (“O Direito do Trabalho na Constituição”, SP, Saraiva) opta por considerar o ato jurídico perfeito como um gênero, sendo espécies o direito adquirido e a coisa julgada.

A situação jurídica consolidada (o ato jurídico perfeito...) não permite modificação posterior, seja por lei, e com maior razão, por ato de inferior hierarquia.

<sup>4</sup> Artigo 5º. – inciso XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.



2. A lei não pode retroagir para criar gravames, quando há situação jurídica consolidada (ato jurídico perfeito, *in genere*, na feliz dicção de Amauri M. Nascimento). Os dispositivos legais que retroagem padecem do vício da inconstitucionalidade, sendo nulos.

Dispõe o Código Tributário Nacional, artigo 106, inciso II, “c”, obedecendo à C.F./88, acerca da irretroatividade da norma tributária, quando estabelece que a lei nova só possa ser retroativa quando menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

O tributo ora estudado, embora sob a denominação de “indenização”, está atingindo fatos anteriores à lei e, o que é mais grave, olvidando-se que na época dos fatos geradores a lei disciplinava de forma diversa. Era o que dispunha o artigo 140 da C.L.P.S., aprovada pelo decreto no. 77.077, de 24/01/76, que compreendia as disposições da L.O.P.S.<sup>5</sup> nº 3.807, de 26/08/60, com as alterações da Lei nº 5.890/73, ou seja: “Art. 140 - O salário-base de que trata o item II do art. 138 será estabelecido de acordo com a seguinte escala, observando o disposto no artigo 225: Classe de 0 a 1 ano de filiação - 1 salário mínimo.”

Com isso, sendo que a lei nova jamais poderia produzir efeitos sobre situações pretéritas, na medida em que exigir recolhimento de valores obtidos por meio de critérios atuais (salário-de-contribuição e taxa de contribuição), uma vez que os fatos geradores e a base de cálculo ocorreram sob o império da lei nº 3.807/60, com as alterações da Lei nº 5.890/73.

### 3.2 Da Capacidade Contributiva

Quando se pondera que a classe que deveria ser calculada a “indenização” deve ser aquela pretérita (Classe I), está-se querendo, com isso, vislumbrar o princípio constitucional da capacidade econômica do segurado, no caso, na data em que ocorreu o fato gerador.

O especialista em Previdência Social, Wladimir Novaes Martinez, em artigo publicado na Revista de Previdência Social nº 192, de novembro de 1996, a respeito da matéria esclarece bem a situação:

A substituição da base de cálculo de fato gerador sedimentado no passado, mesmo sob o título de “indenização” e a pretensão de estar definindo hipótese de incidência hodierna, lembra o ato jurídico perfeito. À época da cristalização da exigibilidade, a base de cálculo e a alíquota certamente eram diversas da definida na Lei 9.032/95. Pessoas devedoras de contribuições relativas à classe I (correspondente, em princípio, a R\$ 112,00), são obrigadas a pagar, se estiverem recebendo teto, com base em R\$ 957,56, a recíproca, em razão do natural progresso profissional da pessoa, não será inteiramente verdadeira.

Se a Seguridade Social pretende indenização pelo período anterior à filiação obrigatória, deveria exigir pagamento compatível com a capacidade contributiva da época do fato gerador, como já fazia o artigo 189 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 611/92, conforme a seguir se transcreve:

Art. 189 - Se ocorrer reconhecimento de filiação em período em que o exercício da atividade não exija filiação obrigatória à Previdência Social, esse período somente será averbado se o INSS for indenizado pelas contribuições não pagas.

Parágrafo Único - O valor da indenização corresponderá a 10% ( dez por cento) do valor previsto na classe 1 (um) da Escala de Salário Base de que trata o art. 38 do ROCSS, vigente na data do pagamento multiplicado pelo número de meses que se pretende certificar.

<sup>5</sup> Lei Orgânica da Previdência Social



Art. 190 - Não incidirão juros de mora e multa sobre o valor apurado com base no art. 189.

A referida norma estipulava que, quem não era segurado obrigatório (exemplo: trabalhador rural), deveria recolher sobre o salário mínimo atual e, por lógica, sem a aplicação de multa de juros, pois a hipótese de incidência se dá no momento da inclusão na qualidade de segurado.

### 3.3 Da Indevida Cobrança de Juros e Multa

A Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996, com as reedições posteriores, acrescentou o § 4º da Lei nº 8.212/91, e alterou o inciso IV do art. 96 da Lei 8.213/91, determinando a incidência de multa e juros de 1% ao mês para contagem de tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência, conforme se vê na transcrição abaixo: “§ 4º - Sobre os valores apurados na forma dos §§ 2º e 3º incidirão juros moratórios e multa de dez por cento.”

Por sua vez, o inciso IV do Art. 96 da Lei nº 8.213/91, em consonância com o parágrafo 4º. do artigo 45, passou a ter a seguinte redação:

Art. 96 - O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

IV - O tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à previdência social só será contado imediatamente indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, com acréscimo de juros moratórios de um por cento ao mês e multa de dez por cento.”

82

O acréscimo de juros e multa também contraria a Carta Constitucional, pelos mesmos motivos que ferem os §§ 2º e 3º do artigo 45 da citada Lei 8.212/91, vez que lei atual está atingindo fato gerador passado, desrespeitando os princípios mencionados.

### 3.4 Da Questão em Análise - do Requerimento do Segurado - Fato Gerador - Inexistência de Mora

Por outro lado e sucessivamente ao que restou declinado acima, mesmo que não se entenda que o fato gerador da questão, ora em análise, ocorreu no passado, é necessário, ainda, perquirir sobre o momento de ocorrência de tal hipótese de incidência.

É correto pensar que o fato gerador da obrigação tributária em tela nasce com a pertinente prestação do órgão previdenciário, quando instalado pelo requerimento do segurado, portanto, gerando, a partir daí, para o contribuinte todos os efeitos de tal relação tributária.

Mesmo que se considere a mesma base para o cálculo do débito em análise - a média dos últimos trinta e seis salários de contribuição, (artigo 45, § 2º e 3º, da Lei nº 8.212/91), não há como imaginar o pagamento de juros e multa incidentes sobre tal base, tendo em vista que resta inexistente qualquer atraso, posto que o fato gerador é atual.

Portanto, na medida em que o fato gerador das contribuições em tela tem seu nascedouro com o requerimento do segurado e a resposta do INSS, face ao que contem as normas de regência, mesmo que o cálculo a ser efetuado tenha a base diversa da dos exercícios (tempo trabalhado), mesmo assim, e pela atualidade do fato gerador, exsurge latente que não incida sobre tal base juros e multa pelo atraso, porquanto este inexistente.



## 4 DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

A questão ora debatida foi desaguar no Judiciário Federal, funcionando como aplicador da lei e intérprete final da legislação em comento. Primeiramente, deixou claro que sem contribuir não pode ser computado tempo de contribuição, seja do meio rural ou urbano; seja para cômputo para aposentadoria do R.G.P.S.<sup>6</sup>, seja para fins de contagem recíproca. Anote-se o seguinte entendimento:<sup>7</sup>

### PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO URBANO. APOSENTADORIA.

1. O tempo de serviço pode ser provado mediante início de prova material corroborado por prova testemunhal.
2. Não tendo havido recolhimento de indenização no que toca a período de atividade na condição de contribuinte individual, inviável o reconhecimento do direito à aposentadoria.

Quanto à incidência de juros e multa, sobre o valor apurado pela Previdência Social, em recente decisão do Tribunal Regional Federal – 4ª. Região, assim se manifestou:

### PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTÔNOMO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. PERÍODO PRETÉRITO. FORMA DE CÁLCULO. JUROS MORATÓRIOS E MULTA.

1. A utilização da faculdade de recolhimento das contribuições previdenciárias, relativas a período pretérito, para cômputo do tempo de serviço, pelo empresário, autônomo ou equiparado, deverá submeter-se à legislação vigente quando do requerimento, no caso, aquela constante do § 2º, do art. 45, Lei 8212/91, com a redação da Lei 9032/95, que remete a base de incidência para o valor da média aritmética simples dos 36 últimos salários-de-contribuição do segurado.
2. São devidos juros de mora e multa sobre contribuições recolhidas com atraso, por autônomos, para fins de reconhecimento de tempo de serviço, apenas a partir da edição da MP nº 1523, de 11/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9528/97, que acrescentou o § 4º, ao artigo 45, da Lei nº 8212/91. Precedentes do STJ.

O Tribunal Federal da Região Sul, em resumo, tem entendido que é perfeitamente legal a alteração prevista na lei no. 9.032-05, mas que só poderia ser aplicada para as competências a partir do início de sua vigência, em princípio da irretroatividade das leis tributárias.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ainda não está pacificado. Há julgamentos contra, como o da lavra do Ministro João Otávio de Noronha, a seguir destacado:

### TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA. RECOLHIMENTO EM ATRASO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA DE JUROS E MULTA MORATÓRIA. ART. 45, § 4º, DA LEI N. 8.212/91. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O cômputo do tempo de serviço para fins de aposentadoria será considerado desde que recolhida indenização referente às parcelas atrasadas devidas a título de contribuição previdenciária.

<sup>6</sup> Regime Geral de Previdência Social.

<sup>7</sup> Autos 2001.7010.001394-1 – Data de julgamento em 26.09.2007.



2. Incidem sobre o cálculo do valor indenizatório, a teor do disposto no art. 45, § 4º, da Lei n. 8.212/91, juros e multa moratória.
3. Os institutos da prescrição e da decadência são inaplicáveis na espécie, por se tratar de indenização sem caráter compulsório devida ao INSS para fins de expedição de certidão de tempo de serviço do período pleiteado.
4. Recurso especial do INSS provido. Recurso especial do contribuinte improvido.”

Em sentido contrário, encontra-se a decisão da 5ª. Turma do S.T.JU, tendo como relator o Ministro José Arnaldo Fonseca, entendendo que os juros e multa só devem ser aplicados para as competências que se vencerem após emergir a lei no. 9.032/95, que se transcrevemos “*in verbis*”:

#### RECURSO ESPECIAL PREVIDENCIÁRIO.

#### RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES EM ATRASO. TRABALHADOR RURAL. JUROS MORATÓRIOS. MULTA. INCIDÊNCIA.

O não recolhimento das contribuições previdenciárias na época própria atrai a incidência do art. 45 da Lei 8.212/91, ou seja, a base de cálculo do quantum devido deve ser o valor da média aritmética simples dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição do segurado, incidindo sobre tais valores juros moratórios e multa nos termos do artigo mencionado acima.

Entretanto, vale destacar que somente com a edição da MP 1.523/96, que acrescentou o § 4º ao art. 45 da Lei 8.212/91, é que passou a ser exigível a incidência de juros moratórios e multa nas contribuições pagas em atraso. Ao passo que, anteriormente ao advento da referida medida provisória, não havia previsão legal dessa incidência nas contribuições apuradas a título de indenização para os efeitos de contagem recíproca.

Recurso parcialmente provido.

Constata-se que o posicionamento já pacificado no Tribunal Federal da 4ª. Região amolda-se perfeitamente a esse julgado na 5.a Turma do Superior Tribunal de Justiça, quer seja, que os juros e multa deve ser aplicado a partir do início da vigência da lei no. 9.032/95.

## 5 CONCLUSÕES

- As contribuições sociais com destino à seguridade social, ainda que tenham regime tributário próprio, são espécies de tributo, estando inseridas dentro do sistema tributário nacional encartado na Constituição Federal de 1988.
- Até o início da vigência da lei no. 9.032/95, os segurados obrigatórios inadimplentes recolhiam os valores em atraso de acordo com os valores da época ou da classe em que estavam enquadrados, devidamente atualizados acrescidos de juros e multa legal.
- Com o advento da lei nº. 9.032/95, os segurados obrigatório passaram a recolher os valores em atraso de acordo com a média dos últimos 36(trinta e seis) meses salário-de-contribuição, incidindo multa de 10%(dez) e juros desde a competência que era devida.
- O Poder Judiciário tem reconhecido a legalidade da lei no. 9.032/95, que alterou a forma de recolhimento dos valores em atraso, no entanto ressaltando que os juros e multa só podem ser aplicados nas competências vencidas depois do início de sua vigência, em respeito ao princípio da irretroatividade das normas legais.



## REFERÊNCIAS

- BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. São Paulo: Ltr, 2006.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8. ed. rev. e amp. nova Constituição, São Paulo: Malheiros, 1992.
- FERNANDES, Aníbal. Justificação e Indenização do tempo de Serviço. **Revista de Previdência Social**, n°. 203, São Paulo: LTr, 1997.
- JUNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário** 6. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários Iniciais. **Revista de Previdência Social**. São Paulo: Ltr, 1996.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, Saraiva, 1995.



## HABEAS DATA E A NECESSIDADE DE BUSCAR A VIA ADMINISTRATIVA

Simone Brun<sup>1</sup>

### RESUMO

A análise, no que diz respeito ao HABEAS DATA, refere-se à Constituição Federal do Brasil de 1.988, no tocante ao REMÉDIO CONSTITUCIONAL, que se encontra no Título II - Capítulo I – art. 5, inciso LXXII, alíneas “a” e “b”, especificamente, no que trata da regulamentação feita pela Lei 9.507 de 12 de novembro de 1997, que prescreve o direito de acesso às informações pessoais e disciplina o rito processual do instrumento legal de proteção jurídica, determinando a necessidade de exaurir a via administrativa antes de acessar a via judicial, apesar da natureza de ação, com a devida tutela jurisdicional do autoridade pública. Faz-se indispensável a interatividade do poder público ou atuação de entidade privada com caráter público, devido ao fato da circulação das informações estar disponível nos bancos de dados públicos, sob a responsabilidade e interesse do setor público. O *habeas data* pode garantir o direito à alteração e correção de informações inexatas ou equivocadas, permitindo, assim, assecuratoriamente dados precisos, claros e evidentes sobre as pessoas, desde que não sejam sigilosos por questão de segurança da sociedade ou do Estado.

**Palavras-chave:** Habeas Data. Remédio Constitucional. Informação. Dados Públicos.

## HABEAS DATE AND the NECESSITY TO SEARCH the WAY ADMINISTRATIVE

86

### ABSTRACT

The analysis, in what it says respect to the HABEAS DATE, mentions the Federal Constitution to it of Brazil of 1.988, in regards to the CONSTITUTIONAL REMEDY, that if finds in Heading II - Chapter I - art. 5, interpolated proposition LXXII, align “a” and “b”, specifically, in what it deals with the regulation made for Law 9,507 of 12 of November of 1997, that prescribes the right of access to the personal information and disciplines the procedural rite of the legal instrument of legal protection, determining the necessity of to exhaust the administrative way before having access the judicial way, although the action nature, with the had jurisdictional guardianship of the public authority. One becomes indispensable, the participation of the public power or performance of private entity with public character, which had to the fact of the circulation of the information to be available in the public data bases, under the responsibility and interest of the public sector. The habeas date can, to guarantee the right to the alteration and correction of inexact or make a mistake information, thus allowing, assumingly necessary, clear and evidences data on the people, since whom they are not confidential for question of security guard of the society or the State.

**Keywords:** Habeas Date. Constitutional Remedy. Information. Public Data.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR/ Marília – SP. Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR/ Londrina – Pr. Professora de Direito Constitucional e Direito Ambiental na Faculdade Paranaense – FACCAR/ Rolândia – Pr e Professora de Direitos Humanos no Centro Universitário Filadélfia - UniFil/ Londrina – Pr. e-mail: monibrun@hotmail.com. Cel: (43) 9970-1415. Resid: (43) 3256-3658



## 1 INTRODUÇÃO

O *Habeas Data* está no texto constitucional para garantir a liberdade do direito de acesso às informações, aos registros de dados e à sua retificação, quando assim for necessário, suprindo as lacunas deixadas pelo *habeas corpus*, que atualmente efetiva o direito de ir e vir, parar e ficar das pessoas. Oportuniza, também, a satisfação das necessidades individuais e dos diversos grupos do segmento societário pela disponibilidade de informações de caráter público ao público.

O instrumento de conteúdo e nível constitucional é uma das ferramentas que o constituinte de 1.988 colocou à disposição da sociedade para que pudesse manifestar-se diante dos abusos, sobre as informações a respeito das pessoas, cometidos pelo poder público. Informações estas que podem ser consultadas por qualquer cidadão, a qualquer momento, mesmo porque, também, circulam na internet e estão à mercê de todos.

Essa disponibilidade faz com que este objeto jurídico de defesa seja chamado de “remédio constitucional”, feito com o objetivo de ser realmente “um remédio”, tenha o condão de dinamizar a existência de informações para facilitar questões comerciais, empreendedoras ou econômicas e esclarecer a sociedade, cuidando e protegendo o cidadão contra eventuais inexistências sobre dados pessoais relevantes, acerca de si mesmo.

Remediar também significa, neste caso, dar clareza e objetividade às informações que, por ventura, estejam equivocadas ou incompletas, fazendo com que a prestação do serviço público seja confiável e correta. Assim, o Estado, através do poder público, permite que o cidadão não esteja vulnerável em seus direitos e deveres após dispor de informações pessoais às autoridades públicas.

Há que se falar não somente no Estado como meio transmissor de dados pessoais em si, mas na entidade privada, desde que tenha caráter público, autorizada pela autoridade pública competente, a armazenar e circular tais informações. Portanto, o Estado passa a ser responsável por todos os registros efetuados em órgãos ou entidades que atuem em nome do poder público.

Dessa maneira, criando direitos e identificando deveres, o legislador constitucional permitiu o exercício da proteção e segurança jurídica à sociedade, que tem no *habeas data* o disciplinador da verdade, sem se dar conta que, concomitantemente, garantiu a aplicabilidade dos princípios fundamentais - a dignidade humana e a cidadania - que nada mais são do que a possibilidade do respeito social e a certeza de convívio harmonioso e solidário entre as pessoas.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Diante do desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, que teve início com o jus naturalismo e consolidou-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que data de 1.789 até solidificar-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.945, foi inevitável formalizar o conteúdo de nível supra -constitucional que delineou o direito pátrio atual, por meio dos princípios meta jurídicos, trazendo à tona a demanda social por normas que efetivassem a democracia e constitucionalizassem as expectativas da proteção e segurança jurídicas.

O Brasil, em sua história constitucional de direitos e deveres, constatou que, nos primórdios de suas normas fundamentais, pouca relevância havia sobre a necessidade de proteção do homem no convívio social. Isso aconteceu devido às formas de Governo e Estado vividos até então. Constatou-se que no período Absolutista, o povo pouco atuava na busca de suas necessidades, o que fez com que o Estado o desconsiderasse como senhor de direitos, havendo somente os deveres implantados pela coroa.

Nas constituições seguintes, as garantias evoluíram lentamente, assim como a participação popular na busca da ordem e do bem comum, situação que demonstrava “a quantas” crescia a democracia no Brasil. O que ficou evidente foi que a nação brasileira somente reconheceria direitos que pudessem garantir e efetivar, portanto suas normas espelhavam exatamente as condições sociais, políticas e econômicas daquele momento.





O grande feito dos direitos humanos nacionais aconteceu com o advento da Constituição Federal de 1934, que trouxe amplitude às condições de vida e de acessibilidade ao desenvolvimento educacional, político, econômico, cultural, etc., e assim se formalizaram na Constituição brasileira, no período de Getúlio Vargas, diversas pretensões sociais dentro do novo Estado Democrático de Direito.

Entretanto conceder o reconhecimento de tantos direitos requer a realização de investimentos que demandam dinheiro nos cofres públicos. O Erário não suportou tantos gastos, pois a satisfação das necessidades individuais e coletivas implica em despesas, planejamento estratégico e ainda políticas públicas para direcionar bem a arrecadação e o uso do montante arrecadado. O Governo sucumbiu e instalou-se o Estado ditador no Brasil.

Diante de tantos movimentos políticos, o país e seu povo cresceram, vivenciando circunstâncias, ora democráticas ora ditatoriais, mas que traziam em seu âmago a possibilidade de amadurecimento, identificação e constatações muito profundas e importantes. O povo não poderia mais sobreviver sem direitos e garantias fundamentais dentro do Estado e, portanto, fazia-se indispensável uma criação legislativa que correspondesse a essas perspectivas, outrora renegadas a segundo plano, mas que agora faziam-se imperativas.

Neste desenrolar, aponta-se a origem remota do *habeas data* na legislação ordinária nos Estados Unidos, por meio do *Freedom of Information Act* de 1974, alterado pelo *Freedom of Information Reform Act* de 1978, visando possibilitar o acesso do particular às informações constantes de registros públicos ou particulares permitidos ao público (MORAES, 2007).

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1.988, deu um salto democrático, avançando na direção exata das necessidades da sociedade e consolidou os direitos, deveres e garantias fundamentais em seu texto legal efetivando-os como direitos e deveres individuais e coletivos em capítulo próprio, o que constitucionaliza-os como determinantes na relação do homem com outros homens e protegeu-os em suas relações dentro do Estado, contra o próprio Estado, para evitar e coibir legalmente os abusos de poder.

88 Nesta expectativa, surgiram direitos objetivados em normas constitucionais nunca sistematizados no ordenamento jurídico nacional e, mais ainda, qualificados como cláusulas pétreas, mesmo que de eficácia contida, porém garantidores e sem os quais o cidadão não atingiria a plena cidadania. Nasceu, então, o *Habeas Data* como instrumento nitidamente político, de defesa e garantia da liberdade de se ter informações pessoais disponíveis pelas próprias autoridades públicas, que, até então, devido ao governo militar, não permitiam a sua circulação.

A sua característica política se deve ao fato de ser ele instrumento fomentador da divulgação de informações ao público interessado. Observe-se ainda que, na Constituição de 1.967 e respectiva Emenda de 1.969, houve a proibição da circulação legal de dados, tanto de pessoas físicas como das jurídicas por interesse do Estado na manutenção da ordem e segurança e, ainda, manipulação desses mesmos dados pelo próprio governo com a intenção de coibir toda ação ou informação que pudesse desestabilizar o poder político ditador, que cerceou as liberdades, restringiu os direitos e impôs regras de conduta social distintas da tão almejada democracia representativa.

O *habeas data*, a partir da CF/88, regeu novidade em disposição legal e social sobre dados particulares à mercê do poder público ou de quem realizasse por ele função reconhecidamente pública. Portanto as informações que eram privativas do governo estão à disposição da sociedade para serem consultadas sempre que houver interesse, ressalvadas as informações que possam atentar contra a segurança nacional e o interesse coletivo.

Finalmente, quando da sua criação até os dias atuais, algumas alterações foram feitas para propiciar a sua aplicabilidade e efetividade, pois instrumento tão distinto não pode inviabilizar o uso e as garantias constitucionais abarcadas por ele mesmo. O *habeas data* é instrumento condicionador da cidadania e força a autoridade administrativa a reconhecer e permitir que as pessoas possam saber sobre as informações contidas nos registros públicos a seu respeito e também sobre outras pessoas de seu interesse pessoal.

## A experiência portuguesa ensina que

no âmbito normativo do direito à identidade pessoal inclui-se o direito de acesso à *informação sobre a identificação civil* a fim de o titular tomar conhecimento de dados e identificação e poder exigir a sua rectificação ou actualização – através de informação escrita, certidão, fotocópia, microfilme, registro informático, consulta individual, acesso directo ao ficheiro central (MORAES, 2007, p. 131).

O *habeas data* salvaguarda constitucionalmente aos brasileiros, sem exclusão dos estrangeiros, o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo – previsão do Art. 5, LXXII e LXXVII, CF e guarda características específicas similares ao *Habeas Corpus*<sup>2</sup>.

A propósito, conforme vislumbram Araújo e Nunes Júnior, parece evidente que o instituto do *habeas data* possua duas finalidades ontologicamente distintas e materialmente separadas, quais sejam o direito de acesso à informação e o direito de retificação, e as duas são independentes e autônomas.

### 3 O CABIMENTO E O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DO *HABEAS DATA*

Durante tempos não havia o que falar em relação às permissividades do Estado, mas, com a abertura democrática, muitas coisas melhoraram e fortaleceu-se a busca por melhores condições de existência da população no Brasil. Foi necessário validar as propostas do novo governo republicano e permitir a interação do povo na utilização das garantias constitucionais.

Portanto a burocracia e os trâmites morosos, dificultosos e onerosos deixaram de existir, como era o caso da “obrigação de fornecimento imediato de cópias de documentos aos interessados, além da comunicação à pessoa interessada, da prestação de informações a seu respeito a qualquer usuário ou terceiro” (WAMBIER, 1998, p. 16), quando da criação do *habeas data* na nova Constituição, que previu de maneira atual e prática os novos procedimentos formais e legais.

O *habeas data* é uma ação constitucional, de caráter civil, conteúdo e rito sumário, que tem por objeto a proteção do direito líquido e certo do impetrante em conhecer as informações e registros relativos à sua pessoa e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais (MORAIS, 2007).

Atualmente a Lei 9.507/97 prevê o rito extrajudicial com mais eloquência e realidade, estabelecendo condições e prazos plausíveis no uso do instrumento legal. O *modus operandi* faz com que o *habeas data*, na via administrativa, torne-se uma figura dinâmica no uso dos direitos, garantindo o respeito aos seus usuários e impetrantes, com prazos e condições pré-determinadas.

O novo instrumento é direcionado a todo registro público que possa ser transmitido a terceiros, o que equivale dizer não particular ou privativo da pessoa ou da entidade ou órgão. Caso os dados sejam privados, não poderão estar disponíveis ao acesso irrestrito, pois necessitariam de autorização expressa para tanto. O caráter público das informações está vinculado à atividade pública (acessível a todos) e se dá tanto em organismos públicos como em entidades privadas, desde que exercitem funções públicas devidamente autorizadas e consentidas por lei, portanto,

2 Características do *habeas data* e similitudes: a) é uma ação, pois invoca uma tutela jurisdicional, devendo, por conseguinte, estar preenchidos os requisitos e as condições de ação; b) o conteúdo é de natureza mandamental quando visa assegurar o conhecimento de informações, pois nesse caso seu objetivo é a ordem jurisdicional a órgãos governamentais ou de caráter público, sob pena de desobediência; c) é ação personalíssima, não se admitindo pedido de terceiros nem sucessão no direito de pedir; é de natureza constitutiva quando visa à retificação de dado, pois será criada uma nova situação com o provimento jurisdicional; e) comprovação da recusa ou omissão da administração, o STF decidiu que: (CHIMENTI et al., 2006, p 107 a109).



... como na lei não há palavras inúteis, e a Constituição fala também em entidades de caráter público, podem figurar no pólo passivo as entidades privadas que prestem serviços para o público, por meio de concessão, permissão, licença ou autorização. Por exemplo: o cadastro do SPC – Serviço de Proteção ao Crédito. Nesse sentido o parágrafo único do Art. 1 da Lei 9.507/97 (...) prescreve que: “Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações” (CHIMENT et al., 2006, p.109).

O Art. 2 da lei respectiva identifica que o procedimento inicial do requerimento, realizado diretamente no órgão ou na entidade, onde se encontram os dados ou registros depositados, e o prazo para deferimento ou indeferimento do pedido, está estabelecido em 48 (quarenta e oito) horas. Assim também o comunicado da decisão estará disponível em 24 (vinte e quatro) horas ao requerente, o que agiliza a prestação de serviços, donde se marcará dia e hora para a divulgação das informações, conforme Art. 3, caput, que identifica as condições para que o requerente tome conhecimento da sentença sobre o pedido.

Diante dos procedimentos administrativos habituais, tais circunstâncias classificam-se como sendo dignificantes e respeitosas aos direitos dos cidadãos, porém a Lei, apesar da prontidão nestes prazos, é omissa quanto às punições administrativas das entidades privadas (com caráter público), caso as determinações legais não sejam cumpridas. No caso do órgão público, a penalidade é de desobediência do funcionário, o que implica em procedimento administrativo interno. Circunstâncias que podem gerar descrença na prestação de serviços e nos setores organizacional e funcional do poder público.

Entretanto há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidando o direito à reparação de danos morais, como instrumento de defesa das pessoas físicas e jurídicas, por informações erradas ou controvertidas que lesem o direito de consumo, de imagem, de crédito, dentre outros. Não ficam excluídos os danos materiais efetivos.

90

É verdade que o Art. 6 estabelecia multas para o descumprimento das obrigações impostas às entidades depositárias de dados e ainda na fase extrajudicial, mas a falta de especificação quanto à destinação e à gestão das verbas arrecadadas, além de uma anômala intervenção do Ministério Público, prevista nos § 1 e § 2, levaram o Presidente da República a vetar a norma (WAMBIER, 1998, p.17).

A respectiva lei ainda prevê a retificação de quaisquer dados inexatos desde que comprovados como tais, mas para que o poder público não fique à disposição de meros caprichos do interessado. A administração pública não se presta ao papel de satisfazer unicamente “interesse irrelevante” do impetrante, entretanto trabalha para o exercício legal de direitos concretos e solidificadores das relações sociais. Por isso a necessidade da comprovação do erro ou do equívoco.

Estabelece ainda que as retificações dos dados ou informações serão feitas em pedido específico e determina que o prazo máximo para sua realização seja de 10 (dez) dias da entrada do requerimento no órgão competente, donde deve sair informação ao impetrante. Cabe-rão, no mesmo pedido, podendo ser anexadas e havendo ou não inexatidão, explicações ou contestações sobre eles, que justifiquem alguma pendência sobre o fato objeto do dado, que serão devidamente anotadas e identificadas no cadastro do interessado.

O Art. 7 vaticina processo sigiloso, judicial ou administrativo, e não identifica a prioridade desses meios, mas determina no artigo seguinte que o processo judicial somente pode ter êxito depois de constatada a denegação no procedimento administrativo, no momento da instrução da petição inicial que deve conter como prova a recusa ao acesso da informação pelo órgão público - recusa em sua retificação ou recusa em fazer-se a anotação requerida.



Compartilhando o entendimento, a seguinte manifestação do Supremo Tribunal Federal:

Ementa:

*Habeas data*. Natureza jurídica. Regime do poder visível como pressuposto da ordem democrática. A jurisdição constitucional das liberdades. Serviço Nacional de Informação (SNI). Acesso não recusado aos registros estatais. Ausência do interesse de agir. Recurso improvido (...) O acesso ao *habeas data* pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional. A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data*. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do *habeas data* (STF, RHD 22, rel.Min. Celso de Mello, j. 19-9-1991, DJU, 1-9-1995, p. 27378 – JUIS, Saraiva, n.7).

A Lei 9.507/97, com clareza, discerniu duas situações relevantes dentro da sua aplicação. A primeira que sintetiza o acesso extrajudicial às informações e, doravante, a sua alteração, assim como identificação de situações adversas plausíveis na sistemática informativa nacional, como é o caso de “... não se constatar propriamente uma inexatidão, mas houver alguma pendência sobre o fato objeto do dado registrado”. “... poderá apresentar “explicação ou contestação”, que deverá ser anotada no cadastro” (FONSECA; WALD, 1998, p. 17). A interpretação extensiva da norma permite ampliar o uso da lei e possibilitar, com maior exatidão, a informação sobre as condições pessoais do requerente, perante o poder público e os interessados. Sabe-se que, mesmo na fase administrativa, fica permitido o recurso ordinário às autoridades administrativas competentes, em caso de indeferimento dos requerimentos. Assim,

91

Entendemos que, em toda a fase extrajudicial, quando o banco de dados ou o registro for do órgão ou entidade integrante da Administração Pública, serão cabíveis os recursos administrativos ordinários, às autoridades hierarquicamente superiores, em caso de indeferimento de quaisquer requerimentos. Não obstante, embora o recurso administrativo possa ser cabível, não se poderá exigir do interessado a prévia exaustão das vias administrativas, para que ajuíze o seu pedido de *habeas data* perante o Poder Judiciário, em virtude da expressa vedação constitucional (CF/ 88, Art. 5, XXXV) (WALD; FONSECA, 1998, p. 17)<sup>3</sup>

A segunda situação determina as regras que devem ser seguidas no procedimento judicial por meio de ação judicial, com rito formal, especial e seguindo os trâmites legais. Poderá ser concomitante, a *Ação Judicial de Habeas Data* e o procedimento extrajudicial, levando-se em consideração a urgência do pedido e a precariedade do serviço público.

Desta forma, para exercer o direito postulativo, entende a jurisprudência ser indispensável a prova de ter o impetrante requerido, na via administrativa, as informações pretendidas. A Constituição não exige o prévio esgotamento da via administrativa e também não impossibilitou, porém a norma regulamentadora disciplina e restringe, dividindo a própria lei em duas possibilidades: a primeira que consta na primeira parte da lei é exclusivamente administrativa; e a segunda, prescritiva do procedimento judicial (MORAES, 2007).

<sup>3</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, é coordenadora da obra “*Habeas Data*” e organizou o artigo de Arnaldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca, juntamente com uma coletânea de outras obras jurídicas, 1998.



Em relação ao sigilo, caberá ao administrador das informações e ao judiciário a sua determinação, pois, na administração pública, as informações são públicas e predispostas ao exercício discricionário do funcionário responsável, exceto as que estiverem sob pendência judicial ou amigável e tenham a característica de “correrem em segredo de justiça”. A pretexto do segredo do Estado, ou do segredo de justiça, os dados pessoais serão remetidos para um simples domínio da administração secreta, livre da lei e com inobservância dos princípios administrativos de transparência, publicidade, acessibilidade para satisfação principal do órgão ou entidade pública (MORAES, 2007).

Em contraposição, a doutrina traz maneiras distintas de analisar o tema, como certifica Greco, numa *performance* tal que ressalva a não aplicação do sigilo, pois o direito às informações é incondicionado. Em nenhuma hipótese, portanto, pode ser negada a informação ao requerente sobre sua própria pessoa (CHIMENTI et al., 2006).

A fonte transmissora e guardiã das informações é o serviço público. Os dados fornecidos foram concedidos à administração por livre e espontânea vontade do cidadão, no cumprimento de seu dever legal de informar o poder público sobre sua situação de vida, portanto esta deve sempre lhes garantir acesso a estes dados e também a terceiros interessados, considerando que as informações possibilitam a harmonia e a garantia do convívio sócio-econômico. Importante ressaltar que o *habeas data* garante a alteração para correção de informações equivocadas que por ventura tenham chegado aos bancos de dados públicos. Sendo que o objetivo é o de efetivar segurança à sociedade sobre seus cidadãos.

Embora controversa a idéia, poder-se-ia pensar na violação do direito à privacidade ou à intimidade, ao sigilo e à integridade física e moral, mas, por certo, norma constitucional não feriria sua própria previsão, inclusive por estarem ambos direitos e deveres inseridos no mesmo dispositivo legal. O art. 5, incisos X, XII, XXXIII, XLIX, LXXII e alíneas, menciona as situações constitucionais abarcadas pelo legislador. Sendo assim, uma não exclui a outra, pois encontram-se dentro do mesmo preceito, qual seja, a liberdade, a dignidade e a igualdade no convívio social. Observa Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 345) que

*o habeas data* tem que ser utilizado com relação a registros sobre dados cujo conhecimento seja permitido à Administração, porque dados referentes à intimidade da pessoa são reservados pela Constituição e não há que se falar em retificação, mas em pura e simples supressão desses dados indevidos.

Ressalte-se que a administração pública é responsável por esses dados e informações armazenados, que refletem a vida pessoal do contribuinte, mesmo porque ela é a defensora da busca do bem comum e dos interesses coletivos e individuais, mesmo que esses dados e informações tenham sido transferidos para entidade particular realizadora do serviço público, como é o caso das terceirizações, concessões e parcerias público-privadas. Com isso a administração pública faz um controle jurisdicional da circulação e averiguação dos respectivos registros das pessoas físicas e jurídicas que estão sob seu poder administrativo discricionário<sup>4</sup> (BASTOS, 1999, p. 194).

4 “... desde as Constituições de 1824 e 1891, já era prevista a responsabilização dos funcionários públicos pelos abusos ou omissões praticados no exercício de suas funções, além de que as próprias leis ordinárias e jurisprudência da época também previam a solidariedade do Estado com estes.

Em 1916, com a promulgação do Código Civil, foi adotada, em seu Art. 15, a *teoria da responsabilidade subjetiva*:

“As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito de regresso contra os causadores do dano”.

Da mesma forma seguiu-se em 1934, com a adesão da responsabilidade objetiva, em 1946 o “...Art. 194 consagrou a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a particulares no exercício da função...”

Em 1967 prevê ainda, ação de regresso tanto no caso de culpa como de dolo do funcionário. E em 1988 a Constituição prevê a responsabilidade objetiva do Estado e a subjetiva do funcionário público. (Art. 37, § 6 ).

O *habeas data* pode ser impetrado por pessoa física ou jurídica, tendo em vista que a Constituição, em seu texto, não faz a exclusão ou identificação específica de uma ou de outra pessoa. Vale ressaltar que, independentemente do impetrante, haverá procedimento distinto para solicitação de liberdade de informação e circulação dos dados solicitados pelo impetrante e para retificação dos dados que, por ventura, estiverem incorretos, inexatos ou deturpados (WAMBIER, 1998).

De certa forma, poder-se-ia viabilizar a celeridade na satisfação dos interesses pessoais, possibilitando que, no mesmo instrumento do procedimento administrativo que deferi o *habeas data*, pudesse ser concedido tanto a circulação da informação como a possibilidade da sua retificação ou correção. Entretanto, faz-se necessário instrumento procedimental apartado, pois o setor administrativo, fornecedor das informações, é distinto e funciona separadamente do setor que promove a regularização dos mesmos registros, situado no banco de dados do órgão público ou privado com caráter.

Diante de todo procedimento legal, faz-se mister que a via inicial do *Habeas Data* é a administração pública, coletora, armazenadora e transmissora de dados e informações. A autoridade administrativa é o foco principal deste *remédio constitucional* por ser ela a depositária dos registros e por garantir a eficácia dos direitos fundamentais, e é ela quem indefere ou não os pedidos administrativos, conforme evidência a Súmula 2 do Superior Tribunal de Justiça – “Não cabe o *Habeas Data* (CF/88, Art. 5, LXXII, a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.”

O *habeas data* tem a prioridade de garantir aos cidadãos livre acesso às informações sobre sua pessoa, o que evidencia e confirma um direito personalíssimo, cabendo exclusivamente ao impetrante a vista ou a retificação dos seus próprios dados. E para garantir o livre acesso às informações, a respectiva lei, ao final, determina que não são devidas as custas judiciais, pois tal ação é autônoma e decorre da idéia da busca pela cidadania dentro do Estado Democrático (BARROSO, 2008).

No dizer de José Afonso da Silva, o objeto do instrumento legal em questão é a “proteção da incolumidade dos dados pessoais do impetrante” (grifo nosso), portanto efetiva e fomenta a preservação dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, assim como garante os procedimentos legais previstos.

Poderiam surgir dúvidas, no que diz respeito ao remédio (objeto deste estudo), questionando a sua procedência para excluir dados indevidos existentes ou acrescentar informações nos cadastro do impetrado. A interpretação normativa permite verificar que a lei positiva a retificação dos dados pelo *habeas data*, como sendo único instrumento prescrito para tal circunstância. Note-se que essa dúvida se dilui e não deve permanecer, pois a ação administrativa ou judicial de retificação de dados implica também em excluir informações indevidas, suprimir lacunas informativas ou cancelar dados inadequados ao caráter público dos registros (MOREIRA, 2008).

No que tange às anotações ou explicações, não possuem o mesmo significado que retificação, pois na retificação modifica-se ou eventualmente cancela-se algo, extinguindo informações dos registros. Nas anotações, acrescenta-se algo ao que já constava do banco de dados ou registro que estarão mais completos. Amplamente, deve-se avaliar e permitir a supressão dos dados inidôneos ou não, quando se tratar de informação pertinente à vida íntima da própria pessoa para que não viole outros direitos reservados na Constituição. (BASTOS, 2002).<sup>5</sup>

São permissivas as condições para impetrar o presente instrumento, independentemente de manter-se em circulação ou não. O importante é que não serve de ferramenta jurídica para “atransar” ou impossibilitar o acesso às informações dos bancos de dados públicos. Vale dizer que o “Mandado de Segurança” também é um “remédio constitucional” e é corretamente apropriado para fazê-lo.

<sup>5</sup> Conforme ensina José Afonso de Silva, o *habeas data* visa coibir o uso abusivo de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos. Objetiva também a exclusão de dados sensíveis em registro, ou seja, dados relativos à origem racial, política, ideológica, filosófica, religiosa, à filiação partidária ou sindical, à orientação sexual, e outros. (...) o cancelamento de dados falsos ou colhidos para fins ilícitos (CHIMENTI et al. 2006, p. 107).



### 3 CONCLUSÃO

O homem e o Estado, cada vez mais, relacionam e envolvem-se interagindo na conquista de novos espaços e condições de vida. A busca pela legislação ideal que fomente este crescimento e desenvolvimento, faz com que os direitos e garantias individuais e coletivas estejam cada vez mais próximos da sociedade, e as obrigações estatais enveredem para a eficácia na aplicabilidade dos propósitos político-jurídicos.

A concretização dessas perspectivas traz, à tona, a cidadania que permite ao indivíduo o uso e gozo de suas atribuições legais dentro do Estado Democrático de Direito e que tem como prioridade assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, buscando uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida com valores internos (morais e culturais) na dissolução das controvérsias, previsão estabelecida no preâmbulo da vigente Constituição.

O *Hábeas Data* é um instrumento constitucional, denominado “remédio constitucional”, que tem por finalidade proteger e garantir o conhecimento de informações ou a sua retificação, desde que constantes nos registros públicos, para não violar o espaço íntimo do indivíduo. Portanto somente pode ser utilizado por ele, tendo em vista que é um direito pessoal, com características bem definidas, como o de ser intransferível, inalienável e inconsumível.

O direito ao “remédio” está atemporalmente disponível, o que o classifica como imprescritível e acontece nas relações jurídicas determinadas da pessoa física ou jurídica com o Poder Público ou com entidades de caráter público, que por ele realizem atos públicos devidamente autorizados. O objeto jurídico é o direito de acesso às informações fornecidas aos registros públicos que circulam e são transmitidos *erga omnes*.

Neste mesmo sentido, a dignidade revela-se como sede desses direitos, determinante do respeito à pessoa no convívio em sociedade. É um quesito condicionante da aceitação pelo reconhecimento da responsabilidade, o que proporciona abertura econômica, política, etc, nos mais diversos segmentos comunitários, e garante a pessoa nas suas interrelações pessoais. Tanto que as entidades privadas, com caráter público, como o SPC, já mencionadas anteriormente, servem de alicerce na proteção ao crédito das relações comerciais e empresariais. Isso as tornam mais seguras e vantajosas aos sujeitos da relação, pois nascem identificadas, eivadas de vícios e amparadas legalmente, permitindo condições ideais de concorrência e, principalmente, demonstrando o caráter ilibado e digno das pessoas interessadas.

Os requerimentos de *habeas data* têm prioridade sobre os demais, levando-se em consideração a relevância e urgência das informações que estão circulando e o ônus que podem advir dos dados incompletos e incorretos. O desdobramento pode gerar responsabilidades civis, penais e administrativas, com indenizações por perdas e danos, lucros cessantes e danos emergentes, ações judiciais que serão direcionadas à Administração Pública, direta e indireta, aos concessionários ou permissionários e aos agentes públicos, multas, cassações, dentre outras.

O *habeas data*, como ferramenta jurídica de proteção dos direitos e deveres, estabelece garantias aos indivíduos e obrigações ao Poder Público, o que determina a igualdade proporcional e responsabilidade de ambos. Neste contexto, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular e mantê-las fidedignas às condições atuais, assim como viabilizar o acesso a elas.

Esse instrumento possui um caráter democrático, pois dadas as experiências nacionais anteriores, nunca os dados pessoais tiveram tanta importância em serem mantidos disponíveis de maneira objetiva, concisa e livre para consultas públicas como atualmente. Este novo Estado Democrático de Direito garante, portanto, a liberdade das informações.

O *habeas data* é isento de taxas, custas e despesas administrativas e judiciais, assim como na obtenção de certidões para defesa e esclarecimento de situações de interesse pessoal por tratar-se de mecanismo de exercício de soberania popular e por concentrar direitos universais em seu ínterim, com previsão constitucional, na defesa dos direitos contra a ilegalidade ou abuso de poder dos Poderes Públicos.

Em todo o procedimento administrativo acerca do *habeas corpus* é de suma importância determinar que o seu uso não impossibilita o uso dos demais instrumentos de proteção e garantia dos direitos fundamentais. E que estão assegurados o contraditório e a ampla defesa, assim como os meios e recursos cabíveis. A prioridade deste “remédio” é elevar substancialmente o “direito individual e a cidadania”. Uma sociedade que prima pela retidão dos indivíduos, que anseia por honestidade e clareza, não pode permitir que os registros públicos formais se mantenham a desnortear os interesses pessoais e coletivos. As certezas e convicções efetivam a paz e o desenvolvimento.

### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Rodrigo da Silva. *Artigo sobre o estudo sobre Habeas Data*. Curitiba: Advogado, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*., São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.





## AS PRINCIPAIS BARREIRAS PAUTAIS E NÃO PAUTAIS IMPOSTAS À IMPORTAÇÃO DA CARNE BOVINA BRASILEIRA PELA COMUNIDADE EUROPEIA

*Marcos Alexandre Domingues<sup>1</sup>*

### RESUMO

O objetivo deste trabalho é mostrar as barreiras impostas a exportação de carne bovina brasileira para a União Europeia. Faremos um breve relato da formação da Comunidade Económica Europeia e de sua Política Agrícola Comum, da criação da Organização Mundial do Comércio que tem como objetivo principal a liberalização do comércio internacional, que inclui na rodada do Uruguai, no final do século XX, a agricultura em seus acordos. Os países em desenvolvimento tem em sua produção agrícola a parcela mais expressiva de suas exportações, e as potências hegemônicas protegem seus mercados através de barreiras pautais ou não pautais, que podem distorcer o comércio internacional.

**Palavras-Chaves:** Barreiras ao Comércio Internacional. Organização Mundial do Comércio. Política Agrícola Comum. União Europeia e Carne Bovina Brasileira.

### MAIN BARRIERS PAUTAIS AND NOT PAUTAIS IMPOSED To the IMPORTATION OF the BRAZILIAN BOVINE MEAT FOR the EUROPEAN COMMUNITY

### ABSTRACT

The objective of this work is to show to the imposed barriers the exportation of cane bovine Brazilian for the European Union. We will make a brief story of the formation of the European Economic Community and its Common Agricultural Politics, of the creation of the World trade organization that has as objective main the liberalization of the international trade, that includes in the round of Uruguay, in the end of century XX, the agricultura in its agreements. The developing countries have in its agricultural production the parcel most expressive of its exportations, and the hegemonic powers protect its markets through pautais or not pautais barriers, that can distort the international trade.

**Keywords:** Barriers to the International Trade. World Trade Organization. Common Agricultural Politics. European Union and Brazilian Bovine Meat.

## 1 INTRODUÇÃO

O total das exportações brasileiras de carne bovina, no período de janeiro a dezembro de 2006, foi de 1.596.934 toneladas líquidas, totalizando um valor de US\$ 3.993.640.894. Esses números consolidaram o Brasil como o maior exportador mundial deste sector agrícola. O Brasil possui o segundo maior rebanho do mundo (sendo superado somente pela Índia, onde o gado é considerado sagrado e a atividade da pecuária de corte não tem objectivos comerciais), com mais de 200 milhões de cabeças e com um território de 8.547.403,5 Km.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela UniFil. Mestrando pela Universidade de Coimbra.



O maior contingente do rebanho se alimenta em pastagens naturais, em um clima propício para à atividade, sendo predominante no rebanho brasileiro, a raça Zebuína, (85% do rebanho total), originária da Índia, e sua carne possui uma particularidade, a gordura é sobreposta a carne, ao invés de entremeada como a originária da União Europeia (UE). A UE é o principal destino da carne bovina brasileira, no ano de 2006, as exportações aos 25 Estados-Membros foram de 316.132 toneladas líquidas, totalizando um valor de US\$ 1.292.131.237. Isso representou respectivamente 19,8% do quantitativo e 32,3% do valor auferido pelas exportações brasileiras desse produto.

A partir do dia primeiro de janeiro de 2007, passaram a fazer parte da UE a Roménia e a Bulgária, que em 2006 importaram 90.768 toneladas líquidas do Brasil. Isso aumentaria o quantitativo da UE-27 para 406.900 toneladas líquidas ou 25,5% do total da exportação brasileira de carne bovina.

Apesar da pressão dos países em desenvolvimento, dos consumidores e da Organização Mundial do Comércio – OMC, a UE protege seu mercado agrícola através da Política Agrícola Comum (PAC), com barreiras tarifárias e não tarifárias impostas à importação de carne bovina.

Este trabalho abordará a evolução histórica da política agrícola europeia, passando pelo GATT – General Agreement on Tariffs and Trade – até a rodada do Uruguai que constituiu a (OMC) – Acordos de Marrakesh, e que pela primeira vez em seus acordos incluiu a agricultura. A seguir, veremos as barreiras tarifárias e não tarifárias impostas à importação de carne bovina brasileira, e finalizaremos o estudo com as perspectivas das exportações de carne bovina brasileira para a Comunidade Europeia.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POLÍTICA AGRÍCOLA EUROPEIA

Consoante ensina Krugman (2005, p. 139), “Já no início do século XIX, o Reino Unido (as famosas leis dos cereais) utilizava tarifas para proteger sua agricultura da concorrência das importações”.

Com o Tratado de Roma de 1957<sup>2</sup>, a política agrícola da então Comunidade Económica Europeia (CEE), a mais importante política dos 50 anos da UE, trazia, no seu artigo 39º (atual artigo 33º do Tratado da Comunidade Europeia), os seguintes objetivos:

- 1- Aumentar a produtividade;
- 2- Garantir um nível de vida equitativo à produção agrícola;
- 3- Assegurar fornecimentos ao consumidor a preços razoáveis;
- 4- Estabilizar os mercados;
- 5- Garantir a segurança dos abastecimentos.

Em 30 de julho de 1962 entra em vigor a Política Agrícola Comum (PAC), “com o objectivo de criar um mercado único de produtos agrícolas, assegurar que não voltasse a existir escassez alimentar na Europa e fomentar a solidariedade através do Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola (FEOGA, 2006)”.

No mesmo sentido, e em conformidade com o artigo 34º do Tratado da CE, foi criada uma Organização Comum dos Mercados Agrícolas (OCM) para os principais sectores da agricultura, dentre eles o da carne bovina.

A OCM da carne bovina foi criada em 1968<sup>3</sup> e seus objetivos eram eliminar barreiras do comércio intracomunitário – permitindo a livre circulação de mercadorias e a preferência dos nacionais por produtos comunitários – e manter barreiras aduaneiras comuns aos países terceiros, visando proteger o mercado interno (comunitário) dos produtos importados.

2 COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA. Tratado constitutivo assinado em Roma em 25 de Março de 1957, entre a Itália, França, Alemanha, Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

3 Regulamento 805/68 (CEE) do Conselho de 27 de Julho de 1968.



Quando da criação da PAC, a CEE não era auto-suficiente em diversos produtos agrícolas, à época vigorava o Acordo Geral sobre Impostos Alfandegários e Comércio (GATT), onde a agricultura foi colocada à parte. Neste sentido, John Jackson (*apud* MOTTA, 2005, p.36) afirma: “a agricultura, tecnicamente coberta pelo GATT, estava de facto fora do âmbito da sua disciplina”.

Por tal razão, a PAC mostra-se nociva principalmente aos países produtores de carne bovina em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, pois estimulava sua produção com preço garantido ao produtor comunitário muito acima dos preços internacionais. Com o êxito da PAC, a produção de carne bovina se torna maior que o consumo do mercado comunitário, e os excedentes passaram a ser exportados com grandes subsídios, o que foi altamente prejudicial às exportações brasileiras.

No mesmo sentido, Luís Pedro Chaves Rodrigues da Cunha (1997, p. 165): “Efectivamente, o desenvolvimento da política agrícola comum veio a revelar-se uma barreira às exportações de produtos agrícolas (e da pecuária) com origem na América Latina.”

A UE forma uma união aduaneira<sup>4</sup> e pratica a Tarifa Externa Comum (TEC), que estabelece a nomenclatura e o conjunto de direitos de importação a serem aplicados por todos Estados-Membros aos produtos importados.

A TEC e todas as questões aduaneiras estão contidas na Tarifa Integrada das Comunidades Europeias (TARIC), que contém as medidas comunitárias e comerciais aplicadas às mercadorias importadas e exportadas pela Comunidade<sup>5</sup>, atualizada anualmente pela UE. A TEC possui 99 capítulos, que se dividem em duas categorias, os produtos agrícolas (capítulos 01a 24) e os industriais (capítulos 25 a 99).

Em 1992 houve uma reforma da PAC, que tinha como objectivos: “a diminuição dos preços agrícolas a fim de os tornar mais competitivos no mercado interno e mundial; a compensação dos agricultores por perda de rendimentos, e outras medidas respeitantes aos mecanismos de mercado e à protecção do ambiente”(POLITICA, 2006).

No setor de carne bovina, prosseguiu a política de manutenção de preços elevados para os animais e sua carne, e os pagamentos diretos aos produtores com base no número de animais que estes possuíam, fazendo assim perpetuar as barreiras à exportação da carne bovina brasileira.

Em 1 de janeiro de 1995, é instituída a “Organização Mundial do Comércio (OMC), uma organização permanente que goza de personalidade jurídica e dos seus atributos”<sup>6</sup>, cuja função é conduzir o comércio internacional para sua liberalização progressiva.

Com a rodada do Uruguai<sup>7</sup>, surge o Acordo sobre a Agricultura (AA) (previsto na letra b) dos Acordos Multilaterais sobre Comércio de Mercadorias e o Acordo Comercial Plurilateral sobre a Carne de Bovino<sup>8</sup>, este último revogado no final de 1997.

4 “O conceito de direitos aduaneiros engloba, por sua vez, não só o que se entende serem direitos aduaneiros no sentido técnico e tradicional do termo, isto é, os direitos que visam a, essencialmente, proteger as mercadorias nacionais e incidem especificamente sobre produtos importados, mas igualmente os direitos aduaneiros de carácter fiscal, ou seja, aqueles que se aplicam aos produtos importados, mesmo na ausência de produtos similares ou comparáveis no mercado interno, e que visam a, essencialmente, gerar receitas fiscais para autoridades públicas”.CAMPOS, Diogo Leite de. *Comércio Internacional e Tributação. Artigo: O mercado Comum Europeu e a Instituição de Barreiras Tarifárias ou Compensatórias*. São Paulo, Quartier Latin, 2005. p. 595.

5 Regulamento (CEE) n.º 2658/87 do Conselho, de 23 de Julho de 1987. Publicado no Jornal Oficial L 256 de 07.09.1987.

6 Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais do Uruguay Round (1986/1994) Jornal Oficial L 366 de 23.12.1994.

7 Negociações celebradas no período de 1986-1994, a última e mais importante rodada do GATT

8 MORA, Miquel Montaña. “El Anexo 4 recoge los llamados «Acuerdos Comerciales Plurilaterales», los cuales «también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para éstos. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales no crean obligaciones ni derechos para los Miembros que no los hayan aceptado»(art. II.3 Acuerdo de la OMC). En concreto, el Anexo 4 incluye Acuerdo sobre el Comercio de <aeronaves Civiles, el Acuerdo sobre Contratación Pública, el Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos y el Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino”.(La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT. Madrid, ed. McGraw-Hill, 1997, cit. P.18-19).

O Acordo sobre a Agricultura foi de grande importância para os países em desenvolvimento, entre eles o Brasil. Num primeiro momento os Estados Unidos da América tinham a meta de eliminar todos os impostos alfandegários sobre produtos agrícolas até o ano de 2000 (KRUGMAN; OBSTFELD, 2005, p.179), contudo o que foi acordado no tratado era que os exportadores agrícolas reduzissem o valor do subsídio em 36% e o volume das exportações em 21% ao longo de seis anos.

Desde que o acordo GATT foi estabelecido em 1947, o número de países-membros aumentou de 23 para os actuais 150, que não somente discutem tarifas, mas também se comprometem a não elevá-las acima do nível acordado, ou “consolidado”, sob pena de pagar indemnização ao país exportador afectado ou enfrentar retaliação do mesmo. Até o momento, os países desenvolvidos consolidaram 99% de suas tarifas e os países em desenvolvimento, 73%. Cria-se, assim, uma defesa contra o proteccionismo por aumento de tarifas<sup>9</sup>.

Em 1999, a UE deixa de efetuar as compras dos excedentes da carne bovina «compras de intervenção», que foram reduzidas para as compras de «segurança», visando somente a segurança do mercado interno, e os produtores passam a receber prémios para manter os animais nas propriedades.

Em 2003, a reforma da PAC traz uma novidade. Os pagamentos directos, efetuados aos produtores pela UE, passarão a obedecer ao princípio da condicionalidade. Eles deixam de estar associados a produção, e sim ao bem-estar dos animais e a preservação e melhoramento do meio ambiente. “A condicionalidade é um elemento fundamental da PAC reformada, os cidadãos só aceitarão os pagamentos directos se verificarem que os agricultores estão a ser compensados pela execução de tarefas fundamentais para o espaço rural” (BOEL, 2007). Ademais, referido princípio “prevê a possibilidade de reduzir, parcial ou plenamente, os pagamentos directos ao agricultor, caso as normas não sejam cumpridas. Compõem-na dois elementos, a saber, os requisitos legais de gestão (RLG) e as boas condições agrícolas ambientais (BCAA). Os RLG são constituídos por 19 textos legislativos, cabendo aos Estados-Membros definir as normas mínimas em matéria de BCAA, com base num quadro comunitário”<sup>10</sup>, estabelece também uma ajuda única ao rendimento e por exploração, em vigor desde 01 de janeiro de 2005<sup>11</sup>.

O bem-estar animal é regulamentado pelo “European Convention for the Protection of Animals kept for Farming”, que estabelece as condições fundamentais para criação de animais aceites pela UE. As principais são: não faltar água e alimentação, os animais devem estar em locais confortáveis, não sentir dor, medo, ou estarem estressados, devendo ser tomadas precauções contra doenças e, finalmente, os animais devem estar em liberdade para que possam ter comportamento natural.

A Rodada de Doha da OMC, iniciada em 2001, ainda não logrou êxito devido às posições divergentes a respeito dos subsídios agrícolas. A UE está intransigente em abrir seus mercados e cortar suas tarifas, promessa da Rodada do Uruguai, enquanto isso, os Estados Unidos resistem em reduzir seus subsídios internos. A União Européia tem, em seu orçamento de 2007, o valor de 55,1 mil milhões de euros (43,5% do orçamento), na rubrica Despesas Agrícolas, pagamentos directos e desenvolvimento rural, sendo que, deste valor, 36,9 mil milhões de euros (29,2% do orçamento) serão pagos a título de ajuda direta aos agricultores<sup>12</sup>.

9 Bureau de Programas de Informações Internacionais do Departamento de Estado dos EUA, artigo de HILLS, Carla A. *Como a OMC Combate o Protecionismo*.

«<http://usinfo.state.gov/journals/ites/0107/ijep/hills.htm>, acesso em 04-05-2007.

10 Simplificação da PAC: A Comissão propõe melhorar o sistema de condicionalidade, disponível em «<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/440&type=HTML&a...>» Acesso em 03-05-2007.

11 Regulamento (CE) n.º 1782/2003, publicado no JO L 270 de 21.10.2003, disponível em «<http://Europa.eu/scadplus/printversion/pt/lvb/160009.htm>. Acesso em 08-05-2007.

12 Orçamento da UE de 2007, brochura ed. publications.europa.eu, também disponível em «[http://ec.europa.eu/pol/financ/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/pol/financ/index_pt.htm)»



Segundo Peter Mandelson<sup>13</sup>,

a redução dos apoios agrícolas por parte dos países ricos, constitui a vertente mais difícil e decisiva das negociações de Doha, para liberalização do comércio internacional, e sem a qual os países em desenvolvimento não aceitarão abrir seus mercados à exportação das economias industrializadas, os Estados Unidos da América quer que a UE corte 90% dos direitos. Os efeitos deste corte seriam devastadores sobre os agricultores europeus, e eliminaria o tratamento preferencial que a UE, oferece as economias em desenvolvimento, lembrando que o programa “tudo menos armas” permite um acesso livre de quotas e direitos a todos os produtos agrícolas dos 50 países mais pobres do mundo.

O livre comércio elimina o protecionismo, que de certa forma incentiva a ineficiência, pois mantém um mercado de preços irreal, em relação ao mercado mundial.<sup>14</sup>

A perspectiva para o comércio livre mundial contraria interesses de alguns Estados-Membros da Comunidade Europeia que defendem a PAC, “uma política protecionista que já beneficia os agricultores mais ricos dos países mais poderosos (designadamente da França e da Alemanha, para onde vai 37,5% do dinheiro), à custa da generalidade dos consumidores (que com ela têm os produtos mais caros), e dos contribuintes, que vêem afectado 46,5% do orçamento comunitário.” (PORTO, 2004).

Todas essas características e políticas protecionistas demonstram a importância de se estudar as barreiras à importação de carne bovina pela EU.

### 3 BARREIRAS ÀS IMPORTAÇÕES DE CARNE BOVINA BRASILEIRA PELA COMUNIDADE EUROPEIA

100

#### 3.1 Controle de Acesso ao Mercado da União Europeia

A UE controla ou restringe seu mercado da importação de carne bovina brasileira através de medidas tarifárias e não tarifárias, buscando proteger seu produtor, de acordo com a PAC e da Política de Desenvolvimento Rural 2007-2013<sup>15</sup>. As zonas rurais representam 90%<sup>16</sup> do território da UE-27. Seu rebanho bovino atual (UE-25) é de 85,8 milhões de cabeças<sup>17</sup>, e o consumo *per capita*/ano foi de 17,7Kg<sup>18</sup>, é o terceiro produtor mundial de carne bovina.

A maior parcela de exportação de carne de bovino para a EU é proveniente de acordos preferenciais e de contingentes. O acesso aos mercados está previsto no Acordo sobre Agricultura no seu artigo 4.<sup>o</sup><sup>19</sup>.

13 Comissário europeu do comércio da União Europeia.

14 Vide, sobre livre comércio, KRUGMAN, Paul R. OBSTFELD, Maurice. *Economia Internacional - Teoria e Política*, Ed. Pearson – Addison Wesley, São Paulo, 6ª ed., 2005, p. 163.

15 Regulamento (CE) n.º 1698/2005 do Conselho, de 20 de Setembro de 2005, relativo ao apoio ao desenvolvimento rural pelo Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER), disponível em <[http://ec.europa.eu/agriculture/rurdev/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/rurdev/index_pt.htm)>, acesso em 03-05-2007.

16 Política de Desenvolvimento Rural 2007-2013, disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/rurdev/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/rurdev/index_pt.htm)>, acesso em 03-05-2007.

17 Disponível em <[http://ec.europa.eu/agriculture/agrista/2006/table\\_en/en415.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/agrista/2006/table_en/en415.htm)> Acesso em: 25.05.2007.

18 Idem, Idem 31.

19 Artigo 4.º do Acordo sobre a Agricultura. Acesso aos mercados. 1. As concessões em matéria de acesso aos mercados incluídas nas listas dizem respeito às consolidações e reduções das pautas e aos compromissos em matéria de acesso aos mercados aí especificados. 2. Os Membros não manterão, não recorrerão, nem retomarão medidas de tipo idêntico às que tiveram de ser convertidas em direitos aduaneiros propriamente ditos, com excepção do previsto no artigo 5.º e no Anexo 5.



A importação de carne bovina necessita de licença, sendo ela automática, pois, segundo a Comunidade Européia visa, facilitar controles administrativos e estatísticos. O Grupo de Cairns<sup>20</sup>, no qual se inclui o Brasil, defende a melhora efetiva do acesso ao mercado da UE-27, e a eliminação da discriminação contra a agricultura e os alimentos (carne bovina).

As importações de carne bovina pela Comunidade Europeia aumentaram 26,4% nos últimos cinco anos, passando de 476.000<sup>21</sup> toneladas em 2002 para 600.000<sup>22</sup> toneladas em 2006, sendo que 52,68% (316.132 mil toneladas) foram importadas do Brasil.

### 3.1.1 Barreiras Pautais<sup>23</sup>

“Os direitos aduaneiros<sup>24</sup> constituem a forma mais antiga de protecionismo, já praticada pelos gregos e romanos, e, regra geral, são cobrados no momento do desalfandegamento (MOTA, 2005, p. 223).”

As medidas tarifárias aplicadas estão previstos na TEC, podem ser estabelecidas em base *ad valorem* e calculadas sobre o preço do produto importado em base CIF<sup>25</sup> ou em direitos específicos expressos em valores predeterminados por unidades de volume, que geralmente fornece maior proteção que o imposto *ad valorem*, já que podem aumentar se o preço de entrada no mercado comunitário for inferior ao estabelecido pela UE. O imposto específico pode prejudicar os produtores mais competitivos por serem variáveis.

À carne bovina importada do Brasil, aplicam-se impostos compostos (uma parcela do imposto é *ad valorem* e outra específica)<sup>26</sup>, para Luís Pedro Chaves Rodrigues da Cunha (1997, p. 54) “são impostos mistos, onde se associa a tributação específica à tributação *ad valorem*.”

O Brasil exporta para a UE somente carnes sem osso (barreiras sanitárias impedem a exportação de carne com osso), miúdos (fígado, rabo, estômago, etc.) e carne industrializada (enlatados conhecidos como “corned cooked beef”).

A carne bovina recebe classificação da TARIC na Secção I – Animais vivos e produtos do reino animal, no Capítulo 02 – Carnes e Miudezas, Comestíveis, e em subtítulos de acordo com a especificidade com 10 dígitos.

A carne bovina desossada brasileira exportada para a UE é de cortes nobres (file mignon, alcatra e contra-file), e de dianteiros desossados (braço, acém e peito), e pagam os seguintes direitos aduaneiros:

20 O Grupo de Cairns é constituído por 18 países exportadores agrícolas, entre eles, Brasil, Austrália, Argentina, Canadá, Indonésia, Nova Zelândia, responsáveis por 25% das exportações agrícolas mundiais.

21 European Commission. *The Agricultural Situation in the European Union - 2003 report* - .Report published in conjunction with the General Report on the Activities of the European Union – 2003. p.106.

22 Valor estimado.

23 “Impostos alfandegários ordinariamente aplicados”. CUNHA, Luís Chaves Rodrigues da. *O Sistema Comercial Multilateral face aos espaços de Integração Regional*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p. 416.

24 Acerca do tema: CUNHA, Luís Pedro Chaves Rodrigues da. *Lições de Relações Económicas Externas*. Coimbra, Almedina. 1997, p. 52. “A existência de tributação alfandegária traduz-se na aplicação de um imposto no momento da importação de um bem provindo do exterior do espaço comunitário.”

25 “A aplicação, em termos uniformes, dos impostos alfandegários *ad valorem* exige a determinação do valor alfandegário das mercadorias. A CE adoptou o valor c.i.f. (*cosinsurance and freight*), entendendo que compõe o valor tributável, para além do valor da mercadoria, o custo do frete e do seguro de transporte.” CUNHA, Luís Pedro Chaves Rodrigues da. *Lições de Relações Económicas Externas*. Coimbra, Almedina. 1997, p. 97.

26 Neste sentido ver o Apêndice do Anexo 5 do Acordo sobre a Agricultura. FERREIRA, Eduardo Paz, ATANÁSIO, João. *Textos de Direito do Comércio Internacional e do Desenvolvimento Económico Volume I*. Coimbra, Almedina. 2004, p.233.



1- As carnes bovinas de alta qualidade resfriadas (cortes nobres), Código TARIC 0201.30.00.10, têm como imposto de importação a soma de uma taxa de imposto *ad valorem* de 12,80% e uma específica de 303,40 EUR / 100kg.

Toma-se como base 100kg de alcatra, que tem um preço de U\$ 500 dólares americanos CIF, no mercado internacional. Pela cotação actual do dólar<sup>27</sup>, 500 dólares americanos equivalem a •\$ 368,79 um imposto de importação de:

Taxa <i>ad valorem</i>	Preço CIF	Total da taxa <i>ad valorem</i>	Imposto específico	Total do imposto
12,80%	x €\$ 368,79	= €\$ 47,20	+ €\$ 303,40	= €\$ 350,60 por 100Kg

O preço da importação de 100kg de alcatra, incluindo os impostos alfandegários, seria de (•\$ 368,79 + •\$ 350,60) •\$ 719,39 (setecentos e dezanove euros e trinta e nove cêntimos), ou seja, o imposto de importação é igual a 95,06% do preço CIF.

2- As carnes bovinas de dianteiro s/osso congeladas, Código TARIC 0202.30.10.10, a taxa de imposto *ad valorem* também é de 12,80% e a específica é de 221,10 EUR/100Kg.

No mercado internacional, 100kg de dianteiro congelado, desossado, tem um preço de U\$ 200 dólares americanos CIF. Pela cotação actual<sup>28</sup> U\$ 200 dólares americanos equivalem a •\$ 147,51, neste caso, uma tarifa de importação de:

Taxa <i>ad valorem</i>	Preço CIF	Total da taxa <i>ad valorem</i>	Imposto específico	Total do imposto
12,80%	x €\$ 147,51	= €\$ 18,88	+ €\$ 221,10	= €\$ 239,98 por 100Kg

102

O preço de importação de 100kg de dianteiro bovino congelado sem osso seria de (•\$ 147,51 + •\$ 239,98) •\$ 387,49 (trezentos e oitenta e sete euros e quarenta e nove cêntimos), ou seja, o imposto de importação é igual a 162,68% do preço CIF.

Nos dois exemplos citados acima, os impostos<sup>29</sup> de importação cobrados fornecem a noção clara da política intervencionista da União Europeia, pela qual consumidor e contribuinte são onerados para favorecer o produtor comunitário e, ao mesmo tempo, o comércio de carnes avícola<sup>30</sup> e suína<sup>31</sup>, já que os preços elevados retraem o consumo de carne bovina.

Na última reunião do G-4<sup>32</sup>, o presidente da Comissão de Agricultura do Parlamento Europeu, o deputado francês Joseph Daul, alertou que as reações contrárias à liberalização agrícola vão aumentar, pois a França vai ter o apoio da Alemanha e da Polónia.

27 Um euro equivale a U\$ 1.3558 dólares americanos. Banco Central Europeu, cotação de 08-05-2008, disponível em «<http://noticias.sapo.pt/economia>», acesso em 08 de Maio de 2007.

28 Idem, idem 26.

29 “ O imposto é uma prestação patrimonial integrada numa relação obrigacional, imposta por lei a um sujeito dotado de capacidade contributiva, a favor de uma entidade que exerça funções públicas, com o fim de satisfazer os interesses próprios desta e sem carácter de sanção.” CAMPOS, Diogo Leite de. *Comércio Internacional e Tributação. Artigo: O mercado Comum Europeu e a Instituição de Barreiras Tarifárias ou Compensatórias*. São Paulo, Quartier Latin, 2005. p. 591.

30 Consumo *per capita* de 23,3 kg/ano em 2005. Disponível em: «[http://ec.europa.eu/agriculture/agrista/2006/table\\_en/en415.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/agrista/2006/table_en/en415.htm)». Acesso em 25.05.2007.

31 Consumo *per capita* de 42,7kg/ano em 2005. Idem, idem 47.

32 G-4 “Grupo formado pela Comunidade Europeia, Estados Unidos, Índia e Brasil.”



### 3.1.1.1 Impostos Elevados

Os impostos aplicados sobre a exportação da carne brasileira, é extremamente alto. A este respeito o presidente da Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carne (ABIEC) diz: “o Brasil exporta para a UE 200 mil toneladas de carne bovina por ano, com uma tarifa de 176%. Apenas 5.000 toneladas entram no continente europeu com uma tarifa diferenciada, dentro da chamada “Cota Hilton”. Isso faz com que a tarifa média para carne brasileira seja de 160%”.<sup>33</sup>

Os altos impostos aplicados pelo importador inibem o consumo e, ao mesmo tempo, geram prejuízo ao consumidor, lucro ao produtor e recursos financeiros para a Comunidade Européia.

Dito em outras palavras, a excessiva carga tributária traz inúmeros efeitos em relação ao bem-estar social, já que os consumidores são onerados enquanto a Comunidade Européia ganha com a arrecadação e os produtores garantem seu negócio com altos preços internos, mesmo que sejam concorrencialmente ineficientes.

### 3.1.1.2 Contingentes Pautais

A Comunidade Europeia – em decorrência do Acordo sobre a Agricultura, da Rodada do Uruguai, para possibilitar acesso ao mercado doméstico comunitário – faz utilização de contingentes pautais, que até o seu limite isentam ou reduzem drasticamente o valor do imposto alfandegário.

Foi estabelecida uma cota<sup>34</sup> “(Cota Hilton)<sup>35</sup>” de 59.100 toneladas de carnes *in natura* fresca, resfriada ou congelada, de alta qualidade, cortes produzidos da parte nobre do boi (traseiro), e comercializados principalmente em hotéis e restaurantes. Com taxa de importação de 20% *ad valorem*. Esta quota é anual (01/07 a 30/06), de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1095/96 do Conselho, de 18 de Junho de 1996, relativo à aplicação das concessões constantes da lista CXL, estabelecida na sequência da conclusão das negociações no âmbito do n.º 6 do artigo XXIV do GATT, e nomeadamente o n.º 1 do seu artigo 1.º. O Brasil possui uma cota de 5.000 toneladas<sup>36</sup> de carne desossada, códigos NC 0201 30, 0202 30 90, 0206 10 95 e 0206 29 91.

As exportações brasileiras de carne bovina, dentro da cota Hilton, necessitam cumprir requisitos rigorosos para seu ingresso na UE. Devem estar acompanhadas de “certificado de autenticidade”, emitido pelo Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento brasileiro, através do Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal (DIPOA).

As indústrias exportadoras de carne brasileira são as grandes beneficiadas dos contingentes pautais, pois recebem o diferencial entre o valor do imposto *ad valorem* (20%) e o valor que efectivamente seria pago.

Projeção feita na importação de 100kg de alcatra de acordo com os impostos alfandegários:

O preço da importação de 100kg de Alcatra, incluindo os impostos alfandegários, seria de (•\$ 368,79 + •\$ 350,60) •\$ 719,39 (setecentos e dezanove euros e trinta e nove cêntimos). Nesse caso, o exportador receberia •\$ 368,79 (trezentos e sessenta e oito euros e setenta e nove cêntimos).

33 MORAES, Marcus Vinícius Pratini de. Actual presidente da ABIEC, ex ministro brasileiro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, 200.000 toneladas refere-se somente a exportação de carne bovina *in natura*, excluindo-se os miúdos e carnes industrializadas. Disponível em: [www.abiec.com.br](http://www.abiec.com.br), acesso em 16 de Abril de 2007.

34 A respeito de Cotas de importação “uma cota de importação sempre eleva o preço doméstico do bem importado”, cria um poder de monopólio maior que a tarifa. KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice. *Economia Internacional - Teoria e Política*, Ed. Pearson – Addison Wesley, São Paulo, 6ª e.d., 2005, p. 162..

35 “Cota Hilton” Regulamento (CE) n.º 936/97 da Comissão, publicado no JO L 137 de 28 de Maio de 1997.p.10

36 A Argentina tem a maior quota, que é de 28.000 toneladas, a seguir os Estados Unidos e Canada com 11.500, a Austrália 7.000, o Uruguai 6.300, o Paraguai 1.000 e a Nova Zelândia 300.





Na exportação dentro da cota, o exportador brasileiro irá receber:

Preço CIF	Taxa <i>ad valorem</i>	Exportador recebe
€\$ 719,39	– 20%	= €\$ 575,51

Verifica-se que há um ganho de •\$ 206,72 a cada 100kg de alcatra exportado dentro da cota. A Comunidade Europeia recebe somente os 20%, ou seja, •\$ 143,88 (cento e quarenta e três euros e oitenta e oito cêntimos), os lucros auferidos nas exportações intra cotas vão para os exportadores.

O Brasil possui uma legislação específica sobre o critério de distribuição entre as empresas exportadoras brasileiras na modalidade “Cota Hilton”, estabelecido pela Portaria n.º 13, do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior, de 29 de junho de 2006.

Existem ainda a cota GATT (53.000 toneladas de carne congelada para consumo) e a ITQ – *Individual Tariff Quota* (ex cota Bilan) (50.700 toneladas de carne congeladas para fins industriais). Estas cotas são dadas aos comerciantes e industriais da UE, de acordo com suas compras em anos anteriores. A importação da carne bovina pode ser feita de qualquer país habilitado.

Mesmo dentro da Gatt, hoje quase totalmente abocanhada pelo Brasil, muitas vezes é preciso pagar “informalmente” a chamada “licença de importação”, que consiste na transferência do direito de compra de um importador (que detém maior fatia da cota) para outro, ao custo de 2.000 euros por tonelada, descontados do exportador (FRANCO, 2004).

### 3.1.1.3 Salvaguardas Especiais

104

A Comunidade Europeia não tem aplicado nenhuma medida de salvaguarda, dentro do Acordo de Salvaguardas da OMC. O Acordo sobre a Agricultura da OMC possui uma cláusula de salvaguarda especial, “sua finalidade é garantir que, uma vez convertidas as restrições quantitativas às importações em tarifas aduaneiras, seja assegurado um nível mínimo de protecção em caso de baixa substancial dos preços no mercado mundial ou elevação anormal das importações” (SECEX, 2007, p. 241).

A CE através do Regulamento (CE) 3285/94 do Conselho, em vigor desde 01 de Janeiro de 1995, prevê dois tipos de medidas especiais de salvaguarda, as quais podem ser baseadas em preço e/ou em volume.

O acesso de carne bovina brasileira pode ser objeto de Salvaguardas Especiais para protecção do mercado comunitário. São restrições de urgência, aplicadas a título temporário às importações. Podem ocorrer quando o volume de importação alcançar um nível considerado crítico, ou ocorrer queda substancial de preço no mercado mundial. São de aplicação automática, podendo aumentar os impostos a qualquer momento.

A COM 2006/763 da Comissão<sup>37</sup> diz:

As medidas de salvaguarda distinguem-se pelo facto de que não procuram determinar se o comércio é leal ou não, mas concentram-se em flutuações do volume das trocas tão repentinas e importantes que não é possível esperar que os produtores europeus se possam adaptar aos novos fluxos comerciais. Em tais circunstâncias, a regulamentação da OMC e da UE permite a aplicação a curto prazo de restrições de importações, a fim de dar tempo à indústria para se adaptar a estas mudanças abruptas. Este compasso de espera está directamente ligado a uma evidente obrigação de reestruturação.

<sup>37</sup> Comunicação – COM da Comissão das Comunidades Europeias. *Os instrumentos de defesa comercial da Europa numa economia global em mutação. Livro Verde.* JO de 06.12.2006.



### 3.1.2 Barreiras Não Pautais<sup>38</sup>

As nações industrializadas, ao mesmo tempo que estimulam a abertura dos mercados alheios, fecham os seus, valendo-se de salvaguardas sanitárias, ambientais ou sociais, para justificar-se. Utilizando o poder económico ou tecnológico, os países desenvolvidos impõem, aos países em desenvolvimento, as regras do «livre comércio», que, na prática, resultam no estabelecimento do preço a pagar e o valor a receber. As maiores deslealdades nesse comércio são praticadas contra o mercado de produtos agrícolas, onde o proteccionismo e os subsídios das nações ricas – as que mais criticam esses mecanismos, quando praticados por outros países – prejudicam o livre intercâmbio no comércio internacional de commodities agrícolas. (DALL'AGNOL, A.)<sup>39</sup>

As barreiras não tarifárias (BNT) são instrumentos muitas vezes perigosos, pois podem distorcer o livre comércio, com restrições nem sempre claras, objectivas e científicas.

Com relação à carne bovina, desde o Acordo sobre a Agricultura, esta-se vivenciando uma pequena redução dos impostos alfandegários e um grande incremento das barreiras não tarifárias por parte da UE, mais nocivas ao sistema se utilizadas de forma a encarecer o sistema produtivo e, ao mesmo tempo, proteger o mercado interno comunitário da eficiência do mercado produtor externo.<sup>40</sup>

São muitas as barreiras não tarifárias, todavia se torna difícil quantificá-las e enumera-las. Maria Helena Guimarães diz: “seria tarefa difícil, senão impossível fazer uma listagem de todas as BNT. A *United Nation Conference on Trade and Development (UNCTAD)*<sup>41</sup> lista 100 barreiras diferentes e a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), apenas no sector agrícola, 150” (GUIMARÃES, 2005, p. 37).

Nesse contexto, nos subtítulos que seguem tratar-se-á de algumas dessas espécies de BNTs, as quais se fazem presentes no comércio internacional da carne bovina.

105

#### 3.1.2.1 Barreiras Sanitárias e Fitossanitárias

Em vigor a partir de 1995, após a Rodada Uruguai, o Acordo relativo à aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias visa proteger a saúde e a vida humana e animal dos riscos dos alimentos e das doenças transmitidas ao homem por animais e vegetais. O Acordo visa harmonizar as normas sanitárias entre países, destacando-se, nos seus 14 artigos e 3 anexos, os princípios da não discriminação, da transparência e da equivalência.

Deve-se buscar sempre a preservação da saúde humana, da saúde animal e a preservação dos recursos naturais. Com relação à importação de carne bovina brasileira, a Comunidade Européia estabelece que devem ser satisfeitas as mesmas exigências sanitárias definidas para a sua produção interna.

38 “referem-se a quaisquer leis, regulamentações, políticas ou práticas governamentais que produzam um efeito restritivo sobre as trocas comerciais (e que, naturalmente, não correspondam a um imposto alfandegário previsto na pauta aduaneira).” CUNHA, Luís Pedro Chaves Rodrigues da. *O Sistema Comercial Multilateral face aos espaços de Integração Regional*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. p.416.

39 Artigos Embrapa. Colectânea. Rumos & Debates. *A OMC e a hipocrisia do livre comércio*. Apud MACHADO, João Guilherme de Camargo Ferraz. *A visão institucional do processo de rastreabilidade da carne bovina*. Disponível em «[www.agriculturadigital.org/...Seg\\_e\\_Qual\\_Alum.Rastrab](http://www.agriculturadigital.org/...Seg_e_Qual_Alum.Rastrab)». Acesso em 28-04-2007.

40 Neste sentido, CUNHA, Luís Pedro Chaves Rodrigues da Cunha. *O Sistema Comercial Multilateral Face aos Espaços de Integração Regional*. “As barreiras não pautais (indiscutivelmente, grande parte delas) produzem um efeito similar ao da aplicação de tributação alfandegária: o aumento do preço do produto no mercado de exportação (v.g. por força de alterações nos processos produtivos, em ordem ao cumprimento de requisitos técnicos ou ambientais marcadamente excessivos, de índole claramente “proteccionista”).” p. 395.

41 “No acrónimo português CNUCED (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento)”.



A política de segurança dos alimentos baseia-se numa abordagem global e integrada, ou seja, ao longo de toda cadeia alimentar (da exploração agrícola até a mesa), em todos os sectores alimentares. Define responsabilidades quanto à segurança e propõe a rastreabilidade dos alimentos para o consumo humano e dos alimentos animais, bem como dos respectivos ingredientes.<sup>42</sup>

Com as crises da “vaca louca<sup>43</sup>” (1996) e da dioxina (1999) aumentaram as medidas de controlo da segurança alimentar por parte da Comissão Europeia. Em 2002 entrou em funcionamento a Agência Europeia de Segurança Alimentar (AESA).

Em razão do surgimento na Comunidade Europeia da BSE, foram impostas ao Brasil exigências adicionais que afectaram toda a cadeia produtiva da carne bovina e derivados, em que pese jamais tenha havido qualquer registro de tal enfermidade.

Devido ao problema da febre aftosa, principal barreira sanitária enfrentada pelo Brasil, as carnes bovinas com osso, os bovinos vivos e os sêmen de bovinos estão com sua importação proibida pela UE, que estabelece as condições de inspecção sanitária e de certificação veterinária para importação de carne bovina, através da Directiva 2003/85/CE, do Conselho de 29 de Setembro de 2003.

A UE, em relação à febre aftosa, adota o princípio da regionalização em virtude de extensa área demográfica brasileira, isto é, se ocorrer algum caso de febre aftosa em uma região, só esta sofrerá barreiras sanitárias pela UE.

É proibido pela UE o uso de hormonas promotores de crescimento na produção animal (embora testes científicos tenham comprovado que sua utilização em dosagens preestabelecidas não é prejudicial ao consumo humano), como o estradiol 17B, testosterona, progesterona, zeranol, acetato trembolone e acetato melengesterol, e dos antibióticos, salinomycin sodiu, avalamycin e flavophospholipol.

A respeito da proibição de uso de hormonas de crescimento, em 1996 os Estados Unidos fez uma consulta no âmbito da OMC contra tal medida, sendo que o resultado do painel, confirmado posteriormente pelo Tribunal de Apelação, concluiu pela inconsistência dessa proibição, em conformidade com o Acordo sobre a Implementação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da OMC.

Existem ainda, barreiras sanitárias locais, aplicadas somente pela Suécia e a Finlândia, que efetuam inspecções sanitárias para detecção da salmonela.<sup>44</sup>

Não obstante, uma norma sanitária ou fitossanitária não deve ser uma barreira comercial, deve ter a finalidade de assegurar a protecção alimentar à vida humana e animal dentro de critérios científicos aceites.

### 3.1.2.2 Barreiras Sociais e Ambientais

Com o advento do princípio da condicionalidade, após a reforma da PAC de 2003, os pagamentos directos efectuados aos produtores podem ser diminuídos, se eles não preservarem o meio ambiente e seus recursos naturais.

A cadeia produtiva da indústria de carnes brasileira enfrenta questionamentos mundiais, principalmente com relação a problemas ambientais relacionados com formação de pastagens na região Amazônica e com o emprego de mão-de-obra escrava por parte dos fazendeiros. Não cabe o aprofundamento à respeito desses questionamentos, mas é necessário esclarecer alguns pontos.

42 Livro Branco sobre Segurança dos Alimentos (EUROPEAN COMMISSION, 2000). Apud. Revista da Política Agrícola. Idem 45, p. 55. Acesso 10.04.2007.

43 “Encefalopatias espongiiformes transmissíveis ou Encefalopatia espongiiforme bovina (BSE).”

44 Decisão 98/227/CE do Conselho de 16 de Março de 1998.



O Brasil é um país em desenvolvimento, com um grande território, onde a atividade pecuária está em franco desenvolvimento nos últimos dez anos, tornando-se necessária a formação de pastagens, o que implica no desmatamento de matas e cerrados. Para tanto, existem normas nacionais rígidas a respeito do desmatamento na Amazônia Legal<sup>45</sup>. Só é possível o desmatamento de 20% da área possuída, se esta for de mata, para a formação de pastagens ou cultivo agrícola.

Os produtores europeus e americanos fazem campanha para que seus nacionais e as cadeias de “fast food” não comprem carne brasileira, pois estariam incentivando a devastação da Amazônia e o trabalho escravo. Um artigo do jornal inglês “The Guardian”<sup>46</sup>, a esse respeito, diz que “A floresta tropical não é apenas o ecossistema mais diverso que existe, é também a maior reserva de carbono que temos”. Há que se concordar que é a maior reserva, pois a maioria das demais foi destruída, deve ser preservada, mas quem deve pagar por isso, os brasileiros ou todo o mundo.

### 3.1.2.3 Barreiras Técnicas

Ainda no GATT, durante a Rodada de Tóquio (1973-1979), assinou-se o Acordo sobre Barreiras Técnicas, que foi totalmente reformulado e deu origem ao Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (*Agreement on Technical Barrier to Trade – TBT*), em vigor desde 1995.

Barreiras técnicas, considerando o estipulado pela OMC, são barreiras comerciais derivadas de utilização de normas ou regulamentos técnicos não transparentes ou não embasados em normas internacionalmente aceitas ou, ainda, decorrentes de adoção de procedimento de avaliação de conformidade não transparentes e/ou demasiadamente dispendiosos, bem como de inspeções excessivamente rigorosas.<sup>47</sup>

No caso específico da carne bovina, tem-se como exemplo, por parte da Comunidade Europeia, a obrigatoriedade de habilitação prévia das indústrias exportadoras de carnes brasileiras, processo lento, dependente de visita de comissários europeus (pode levar meses) e de extenso processo burocrático. Diz a Secretaria de Comércio Exterior (SECEX): “É provável que as inspeções sanitárias feitas pela Comissão não sejam tão rígidas nos estabelecimentos dos países da UE, como são feitas por ela nos países exportadores ao mercado comunitário.”<sup>48</sup>

Outra barreira é com relação à rotulagem da carne de bovino e seus derivados<sup>49</sup>, a qual visa dar informações ao consumidor de toda a vida do animal (rastreabilidade), desde o seu nascimento, apontando seus deslocamentos, o local e condições de abate e, também, as várias transformações da carne, como a desossa e a fabricação de sub produtos com sua utilização.

Com a globalização há um incremento de barreiras técnicas que, muitas vezes, fazem-se necessárias, enquanto outras visam unicamente interesses comerciais para proteção do mercado interno de quem as estabelece. Nessa trilha, a utilização dessas barreiras deve ser feita em conformidade com os padrões já existentes e internacionalmente reconhecidos, a fim de evitar restrições ao comércio internacional, isto é, que se tornem barreiras comerciais.

45 Código Florestal Brasileiro, Lei 4.771 de 15 de Setembro de 1965. (D.O.U. 16/09/55).

46 Publicado em 23/10/2005, autor George Monbiot. *O preço da carne barata: desmatamento e escravidão*. Disponível em «[www.amazonia.org.br/opinião/print.cfm?id=183955](http://www.amazonia.org.br/opinião/print.cfm?id=183955)». Acesso em 14 de Abril de 2007.

47 Disponível em «<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas7barreirastecnicas.asp?iação=>>» Acesso em 24-04-2007.

48 Revista publicada pelo Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Barreiras Externas às Exportações Brasileiras para Estados Unidos, Japão e União Europeia*. Brasília. ADM, p.179.

49 Regulamento (CE) 1760/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho.



## 4 APOIO INTERNO À PRODUÇÃO COMUNITÁRIA

“A organização comum de mercado (OCM) de carne de bovino prevê ajudas aos produtores de animais da espécie bovina através de pagamentos directos. A crise das “vacas loucas” provocou certos reajustamentos, para incitar os produtores a reduzirem a sua produção. Finalmente, a grande reforma agrícola de 2003 para a passagem ao pagamento único modificou totalmente esta OCM, desmantelando as diferentes ajudas e estabelecendo uma ajuda única ao rendimento e por exploração (entrada em vigor a partir de 1 de Janeiro de 2005, com excepção de certos casos de aplicação parcial em 2003 e 2004)”<sup>50</sup>

Protecção à produção doméstica ou “medidas de apoio interno” são sinónimos de subsídios para Maria Marcele Monteiro Aranha<sup>51</sup>, “no contexto do Acordo sobre Agricultura da Rodada do Uruguai (AA), a palavra apoio só pode ser usada no sentido de indicar medidas que servem para amparar, sustentar, prestar auxílio aos produtores agrícolas, e não no sentido de aprovação.”

Previstos nos artigos 6.º e 7.º, e nos anexos 2, 3 e 4 do AA, eles são agrupados em “caixas” (amarela, verde e azul), de acordo com o potencial de distorções que podem causar ao comércio internacional. A “caixa amarela” engloba os subsídios domésticos que dão suporte aos preços que têm efeito de distorção da produção sobre as trocas, como o apoio aos preços do mercado, pagamentos directos e subsídios aos fatores de produção.

No AA foi acordado reduzir o Montante Global de Apoio (MGA)<sup>52</sup> em 20% durante 6 anos, em parcelas iguais, tendo como base o apoio concedido no período de 1986 – 1988, para os países desenvolvidos, e em 13,3% durante 10 anos para os países em desenvolvimento, a partir de 1995.

A “caixa verde” engloba os subsídios considerados neutros, pois não tem efeitos, ou estes efeitos são mínimos em relação aos preços, o art. 6.º do AA isenta esses subsídios de redução no seu n.º 1. Podem ser adoptados com certa liberdade e estão previstos no Anexo 2 do AA, sendo financiados por fundos públicos. Como exemplo: Apoio a catástrofes naturais, acções públicas de armazenagem para segurança alimentar, programas de ajuda alimentar interna, programas de apoio a transformação e comercialização dos produtos agrícolas entre outros.

A “caixa azul” compreende os pagamentos directos, efectuados aos produtores levando em consideração à área ou número de cabeças de animais que estes possuem, obedecendo o artigo 6.º (5), letra (a) do AA<sup>53</sup>. Citam-se dois exemplos:

1- Prémio, por vaca em aleitamento, será concedido até os limites máximos individuais, aos produtores que não produzam leite nem produtos lácteos durante um ano ou que sejam titulares de uma quantidade de referência individual máxima de 120.000 quilogramas, desde que detenham, durante pelo menos seis meses consecutivos a contar da data de apresentação do pedido, um número de vacas em aleitamento pelo menos igual a 60% e um número de novilhas igual, no máximo, a 40% do número em relação ao qual foi pedido o prémio. O montante do prémio por vaca em aleitamento é de 200 euros.

2 - Prémio Especial é atribuído a pedido do produtor de bovinos machos, duas vezes durante a vida de cada boi e uma vez durante a vida de cada touro, O montante do prémio especial para os touros é de 210 euros e para os bois é de 150 euros.

50 Disponível em <<http://Europa.eu/scadplus/printversion/pt/lvb/160009.htm>> Mercado de Produtos Agrícolas Carne de bovino, Regulamento (CE) 1254/1999 do Conselho de 17 de Maio de 1999. Acesso em 08 de Maio de 2007.

51 Boletim de ciências Económicas Volume XLIX, 2006 UC.f.d. *A Política Agrícola Comum e disciplina do apoio interno do Acordo sobre a Agricultura da Rodada do Uruguai*. p.336.

52 A este respeito (MGA) ver ARANHA, Maria Marcele Almeida. Idem 71 p.345 e 346.

53 “Os pagamentos directos a título de programas de limitação da produção não estarão submetidos aos compromissos de redução do apoio interno se: i) Esses pagamentos se basearem numa superfície e em rendimentos fixos; ou ii) Esses pagamentos forem efectuados em relação a 85% ou menos do nível de base da produção; ou iii) Os pagamentos relativos a animais forem efectuados em relação a um número de cabeças fixo.”



Tem-se ainda o apoio do “*minimis*”, que são subsídios que deveriam estar na caixa amarela, mas são consentidos nas ajudas específicas de um produto, desde que não ultrapassem o montante de 5% do valor global da produção do produto agrícola em questão<sup>54</sup>, sendo 10% para os países em desenvolvimento<sup>55</sup>. Até o momento, os auxílios do setor da agricultura que não excedessem 3.000 euros por beneficiário durante um período de três anos, nem um limiar de 0,3% do valor da produção agrícola estabelecido para cada Estado-Membro, eram considerados como auxílios que não falseavam nem ameaçavam falsear a concorrência.

Em 04 de abril de 2007, a Comissão Europeia adoptou um projeto de regulamento que se destina a aumentar o valor reduzido do “*minimis*” para 6.000 euros por beneficiário durante um período de três anos, e o total máximo por Estado-Membro para 0,6% do valor da produção agrícola. É possível ainda serem concedidos subsídios para incentivar o desenvolvimento agrícola e rural de países em desenvolvimento.<sup>56</sup>

Deve-se destacar que a tendência da Política Agrícola da União Europeia, e pela manutenção dos subsídios concedidos aos produtores, o que se pôde constatar é que eles mudam de cor, do amarelo passam para o verde, para o azul, mas não são excluídos.

Num primeiro momento, quando a CEE criou a PAC, era preciso incentivar a produção de alimentos para se atingir a auto suficiência. Quando esta foi atingida, os produtores passaram à receber o subsídio de exportação, o mais nefasto dos subsídios, e mais recentemente recebem subsídios para a diminuírem, ou seja, é uma utopia a diminuição, ou mesmo a sua eliminação.

A combinação entre impostos alfandegários altos e subsídios elevados representa para os consumidores comunitários alimentos com preços consideravelmente mais elevados que em outras partes do mundo. Para quantificar a dimensão dos subsídios à produção doméstica, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), no ano de 2003, estabeleceu o conceito de *Producer Support Estimate* (PSE)<sup>57</sup>, que para a carne bovina representa uma proteção de 77%. Nessa trilha, o indicador *Consumer Support Estimate* (CSE)<sup>58</sup> determina quanto os consumidores pagaram a mais, devido à política agrícola para adquirir um quilo de carne, índice que no mesmo ano de 2003 foi de 63%.

Nesse sentido, é necessário que as negociações prossigam no âmbito da OMC, para a redução dos subsídios, pois eles protegem a ineficiência produtiva, ao mesmo tempo que inibem o progresso econômico dos países em desenvolvimento.

## 5 SUBSÍDIOS À EXPORTAÇÃO<sup>59</sup>

Subsídios são contribuições financeiras dadas pelo Governo, trazem um benefício aos agentes econômicos que o recebem (produtores ou empresas rurais). O subsídio à exportação protege a ineficiência produtiva, vai contra os países em desenvolvimento e contra os consumidores e contribuintes nacionais que pagam a conta da PAC.

A UE pratica preços para a carne bovina muito acima dos preços internacionais, portanto, se os estoques reguladores forem altos, e por qualquer motivo ficar decidido sua exportação, será necessário conceder subsídios para poder negociá-la no mercado internacional.

O apoio à exportação distorce o comércio internacional, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, que entrou em vigor em 1995, proíbe esse subsídio, com exceção aos produtos agrícolas, de acordo com o AA, que permite sua utilização.

54 Art. 6º (4) i) do AA.

55 Regulamento (CE) 1860/2004 da Comissão, de 06 de Outubro de 2004.

56 Art.6.º (2) do AA.

57 (PSE) O percentual do PSE representa o valor das transferências brutas dos consumidores e contribuintes para os produtores, dividido pelas receitas brutas totais das propriedades rurais.

58 (CSE) Valor monetário anual de transferência para os consumidores de produtos agrícolas, medidos a preços de porteira de fazenda, proveniente das medidas de políticas de apoio a agricultura.

59 De acordo com o artigo 1.º (Definições), na letra e) do AA: «Por “subsídios à exportação entendem-se os subsídios subordinados aos resultados da exportação, incluindo os subsídios à exportação constantes do artigo 9.º do presente Acordo.»



Em conformidade com o AA, os países desenvolvidos assumiram o compromisso de reduzirem suas despesas com os subsídios à exportação em 36%, e seus volumes em 21% em um prazo de 6 anos, enquanto os países em desenvolvimento tinham 10 anos para reduzir as despesas em 24%, e os volumes em 14%. Ademais, acordaram não criar novos programas que pudessem servir para burlar ou disfarçar o não cumprimento desse acordo.

O subsídio à exportação é danoso ao comércio agrícola internacional, pois elimina a livre concorrência, em virtude de só as potências hegemônicas possuírem grandes volumes de recursos públicos para poder concedê-los. Essa concorrência desleal precisa ser eliminada, pois sua continuidade inibe o crescimento dos países em desenvolvimento e distorce a competição entre os países exportadores.

Os gastos com subsídios à Exportação (países com direito de uso) em 2002 passavam de 3 milhões de dólares, e a Parcela do Total dos Subsídios à Exportação Notificados na OMC (1995-2001) da UE-25 era de 90% do total.

A Rodada de Hong Kong estabeleceu 2013 como o ano para o fim desses subsídios. Embora ainda distante (serão praticamente 20 anos após a Rodada do Uruguai), tal medida é indispensável para o livre comércio internacional de produtos agrícolas.

## 6 CONCLUSÃO

Desde o ano de 2003 o Brasil é o maior exportador mundial de carne bovina, possui o maior rebanho comercial do mundo e suas pastagens naturais utilizadas somam 220 milhões de hectares”, detém 15% das reservas mundiais de água doce e 5,2% das terras aráveis do mundo, e suas exportações totais representaram, em 2005, 1,2% do total mundial.

A pecuária de corte brasileira iniciou um processo de transformação no final do século passado, motivada pela estabilidade econômica alcançada pelo país, obrigando o produtor a se profissionalizar, a produzir (a taxa brasileira de abate ainda é baixa, se comparada com a americana e a da união europeia) e a investir na sua atividade. Dá-se início a uma seleção natural dos produtores brasileiros (pecuaristas), devido às exigências do mercado internacional (padrões de qualidade, classificação da carcaça, rastreabilidade e o bem estar dos animais) e à intensa alteração tecnológica por que passa o sector.

Em virtude de problemas sanitários enfrentados (doença da vaca louca) pelos maiores produtores mundiais do sector à época (União Europeia e pelos Estados Unidos), permitiram ao Brasil aumentar suas exportações de carne bovina de 455 mil toneladas em 2000 para 1.596 mil toneladas em 2006.

No primeiro quadrimestre de 2007 a exportação brasileira de carne bovina *in natura*, em relação ao mesmo período de 2006, apresentou um aumento de 50%, um significativo crescimento, partindo do pressuposto do Brasil ser o maior exportador mundial do setor e receber uma série de barreiras comerciais e não comerciais aplicadas pelas grandes potências agrícolas (Estados Unidos e União Europeia), para proteção do seu mercado doméstico.

A União Europeia, apesar de todas barreiras protecionistas, é a maior parceira comercial brasileira no setor de carnes bovinas, e suas exigências levaram a indústria exportadora de carnes brasileiras a investir em qualidade, tecnologia e preservação ambiental, para poder atender a todas exigências comunitárias, muitas vezes superiores as exigências internas.

O momento atual é muito propício para que o Brasil se solidifique como o grande parceiro comercial da União Europeia, pois ela, além de não ser mais auto-suficiente, está apresentando índices negativos na sua produção e no seu rebanho, bem como desde 2005 não possui mais estoques.

As barreiras pautais, impostas pela UE, à importação de carne bovina brasileira vão diminuir, e o Brasil deve se preparar para o aumento de barreiras não pautais, pois o mercado europeu exige, cada vez mais, que os produtos sejam produzidos de acordo com normas técnicas, sanitárias e ambientais, visando assegurar um elevado nível de proteção ao consumidor.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Mariá Marcele Almeida. A Política Agrícola Comum e disciplina do apoio interno do Acordo sobre a Agricultura da Rodada do Uruguai. In: NUNES, A. J. Avelãs. *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 69. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 301-396.

BAPTISTA, Luiz Olavo. CELLI JUNIOR, Umberto. YANOVICH, Alan. *10 Anos de OMC Uma análise do Sistema de Solução de Controvérsias e Perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

BOEL, Mariann Fischler. Comissária responsável pela Agricultura e Desenvolvimento Rural da UE, *Simplificação da PAC: A Comissão propõe melhorar o sistema de condicionalidade*. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/440&type=HTML&a>> Acesso em: 03 maio 2007.

BRASIL. Lei nº 4.771 – Código Florestal Brasileiro, DOU de 16 de Setembro de 1965.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Comércio Internacional e Tributação. Artigo: O mercado Comum Europeu e a Instituição de Barreiras Tarifárias ou Compensatórias*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COHEN, Leslie Sasson. I SIMBOI – Simpósio sobre Desafios e Novas Tecnologias na Bovino cultura de Corte. *Mercado da Carne Bovina e Desafios Para Exportação*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.upis.br/simboi2005/anais/01capaeindice.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2007.

COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA. Tratado constitutivo, assinado em Roma em 25 de Março de 1957, entre a Itália, França, Alemanha, Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

COMUNIDADE EUROPEIA. *The Agricultural Situation in the European Union - 2003 report*. Luxemburgo: European Commission, 2005.

CUNHA, Luís Pedro Chaves Rodrigues da Cunha. *Lições de Relações Económicas Externas*. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Sistema Comercial Multilateral face aos espaços de Integração Regional*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

FERREIRA, Eduardo Paz, ATANÁSIO, João. *Textos de Direito do Comércio Internacional e do Desenvolvimento Económico*. v.1. Coimbra: Almedina, 2004.

FEOGA. *Política agrícola comum: do seu início à actualidade*. Disponível em: <<http://Europa.eu/scadplus/leg/pt/vb/IO4000.htm>>. Acesso em: 16 abril 2006.

FRANCO, Maristela. *Revista DBO. São Paulo. 2004. artigo: Barreiras no caminho do brazilian beef*. Disponível em: <[www.coimextrading.com.br/conteúdo/page\\_cont\\_150\\_1.asp](http://www.coimextrading.com.br/conteúdo/page_cont_150_1.asp)>. Acesso em: 10 maio de 2007.

GUIMARÃES, Maria Helena. *Economia Política do Comércio Internacional*. Cascais: Principia, 2005.





JACKSON, John. *What' Needed for the GATT After the Uruguay Round*, in American Society of International Law Proceedings, 1992. p.70. *Apud* MOTA, Pedro Infante. *O Sistema GATT/OMC: Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 36.

KRUGMAN, Paul R, OBSTFELD, Maurice. *Economia Internacional - Teoria e Política*, 6. ed. São Paulo: Pearson – Addison Wesley, 2005.

MACHADO, João Guilherme de Camargo Ferraz. *A visão institucional do processo de rastreabilidade da carne bovina*. Disponível em: <[www.agriculturadigital.org/...Seg\\_e\\_Qual\\_Alim.Rastrab](http://www.agriculturadigital.org/...Seg_e_Qual_Alim.Rastrab)>. Acesso em: 28 abril 2007.

MONBIOT, George. *O preço da carne barata: desmatamento e escravidão*. Disponível em: <[www.amazonia.org.br/opinião/print.cfm?id=183955](http://www.amazonia.org.br/opinião/print.cfm?id=183955)>. Acesso em: 14 abril 2007.

MORA, Miquel Montaña. *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

MOTA, Pedro Infante. *O sistema GATT/OMC: Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

OMC – Organização Mundial do Comércio. *Estadísticas del comercio internacional*. Cuadro II.2. Genebra: OMC, 2006.

POLITICA. *Política agrícola comum: do seu início à actualidade*. Disponível em: <<http://Europa.eu/scadplus/leg/pt/vb/IO4000.htm>>. Acesso em: 16 abril 2006.

PORTO, Manuel Carlos Lopes. *Economia um Texto Introdutório*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

112

SECEX - Secretaria do Comércio Exterior do Brasil. *Barreiras Externas às Exportações Brasileiras*. Disponível em: <[www.mdic.gov.br](http://www.mdic.gov.br)>. Acesso em: 17 abril 2007.



## **RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO - DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – IMPLICAÇÕES À VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

*Zoraide Sabaini dos Santos Amaro\**

### **RESUMO**

O acesso à justiça é o tema em voga nos dias atuais. Não apenas por sua estreita relação com a viabilidade política de um Estado Democrático de Direito, mas porque a jurisdição é de uma parte direito fundamental do cidadão, e de outra dever do Estado. O Estado concentrou a função de exercer a tutela jurisdicional e fazer realizar justiça, cabe a este prestá-la de maneira propícia, eficiente e célere a satisfazer os jurisdicionados que lhe confiaram este serviço. Na ocorrência de lesão ao bem jurídico, decorrente da demora na prestação jurisdicional do Estado, manda o direito ou a equidade que pela injustificável demora se não deixe o lesado ao desamparo de sua própria sorte.

**Palavras-Chave:** Duração. Processo. Prestação Jurisdicional. Razoabilidade.

### **REASONABLE DURATION OF LAWSUITS - DELAY IN THE JURISDICTIONAL ASSISTANCE - IMPLICATIONS TO THE VIOLATION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES**

### **ABSTRACT**

Access to justice is the theme in vogue nowadays, not only due to its strict relationship with the political viability of a Democratic State of Law, but because the jurisdiction is on one hand a fundamental right of the citizen, and on another hand, a duty of the State. The State has concentrated the function of exercising jurisdictional tutelage and enforcing the realization of justice; it is the State's duty to render it in an appropriate, efficient and swift manner, so that it satisfies those under the jurisdiction who entrusted the State with this service. In the occurrence of damage to the legally protected interest, resulting from the delay in jurisdictional assistance from the State, the law or equity states that by the unjustifiable delay the damaged party not be left to the abandonment of his own luck.

**Keywords:** Duration. Process. Jurisdictional Assistance. Reasonability.

## **1 INTRODUÇÃO**

O tema, relativo à “razoável duração do processo”, constitui um universo que se reconhece polêmico, não só por descobrir a razoabilidade do tempo, como também a sua significação dentro do sistema de princípios constitucionais. O acesso à justiça é, sem dúvida, o tema mais em voga nos dias atuais, não apenas por sua estreita relação com a viabilidade política de um Estado Democrático de Direito, mas principalmente porque a jurisdição é, então, de uma parte direito fundamental do cidadão, e de outra dever do Estado.

\* AMARO, Zoraide Sabaini dos Santos. Bacharel em Direito – UNIFIL – Centro Universitário Filadélfia- Londrina, PR. Licenciada em Letras Anglo-Portuguesas e Pedagogia, Especialista em Psicopedagogia, Mestranda em Direito Negocial – UEL - Universidade Estadual de Londrina. Associada do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. e-mail: zoraideamaro@pop.com.br



Visando meios de solucionar a morosidade excessiva da justiça, a Emenda Constitucional 45/2004, chamada Reforma do Poder Judiciário, trouxe o princípio da razoável duração do processo como um corolário dos julgamentos do Poder Judiciário. Ainda, integrante do texto maior, como garantia fundamental, admite a Constituição Federal a ratificação dos tratados internacionais, sendo de incontestável aplicabilidade imediata como proteção da prestação jurisdicional, assegurando-se a paridade entre as partes e realizando-se justiça.

Pretendendo entender a validade e eficácia do direito - a “razoável duração do processo” - inserido na categoria de direitos fundamentais, consigna-se, como precondição, um breve estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais para verificar a dimensão desses direitos comum a todos os povos em todos os tempos. A par disso, decorre a imprescindibilidade de destacar o constitucionalizado princípio da dignidade da pessoa humana - essência inviolável.

Dada a realidade atual de que o pêndulo oscila para o lado da debilidade e inaptidão do Poder Judiciário brasileiro em oferecer uma justiça em *tempo razoável*, constitui tarefa da hermenêutica jurídica trazer à luz alguns elementos que compreende o direito à razoável duração do processo, não só a vontade da lei, ou o desejo do legislador, mas os fatos e circunstâncias da época em que ela tenha de ser aplicada, das idéias então dominantes, ou o sentimento coletivo do contexto no qual se dará tal aplicação.

Partindo dessas considerações segue-se à análise da vigência e eficácia do direito em questão e às possíveis implicações à violação aos princípios constitucionais, com especificidade ao da dignidade da pessoa humana, quando decorrentes da demora na prestação jurisdicional do Estado. Assim, pelo exercício hermenêutico em pauta, na magnitude e excelência do ordenamento jurídico pátrio contemporâneo, busca-se a possibilidade de acionar, no *iter* do longo processo que está à mercê da justiça, mecanismos que são inerentes à celeridade processual. Infere-se, portanto, que, ressalvadas as circunstâncias embaraçosas de cada caso concreto, uma tutela jurisdicional tempestiva é garantia social e fortalecimento da democracia.

## 2 NATUREZA DO TRABALHO

A doutrina contemporânea, na sua grande maioria, julga complicado o exame relativo à “razoável duração do processo” – direito constitucional, por isso, uma abordagem histórica pressupõe, num primeiro momento, que se ressalte onde, por que e como nasceu para o cidadão os direitos fundamentais, matéria que ainda hoje suscita controvérsias, (SARLET I. W., 2004, p. 42-3) e, dentre estes, o direito de exigir eficiência e prontidão da resposta do Estado à demanda da prestação jurisdicional em tempo hábil e a questão do prazo razoável dessa prestação como forma de concretizar a efetividade do direito de acesso à justiça e do exercício da cidadania.

Em se considerando que o objeto deste estudo é justamente a análise dogmático-jurídica “a razoável duração do processo - demora na entrega da prestação jurisdicional – implicações à violação aos princípios constitucionais” à luz do Direito Constitucional contemporâneo, há que se levar em conta a sintonia desta opção com a eficácia dos direitos fundamentais e o direito à tutela jurisdicional ou direito de ação, como indica o nome, um direito de obter do Estado essa especial prestação tempestiva, que é a proteção dos direitos violados ou ameaçados de violação. (ROCHA, 2001, p.181).

## 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Além de outras contribuições, foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais e que costuma ser esta fase denominada de “pré- história” dos direitos fundamentais. O mundo antigo por meio da religião e da filosofia legou algumas chaves que vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais inalienáveis. Na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão, encontram-se as raízes dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens (SARLET I. W., 2004 p. 44).



Além disso, constituía a democracia ateniense um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.<sup>1</sup> Constatou-se que do antigo Testamento herdou-se a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Advieram, por sua vez, da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade.

Dentro da escala histórico-evolutiva, os direitos humanos inicialmente foram fundamentados no direito natural, segundo o qual a origem da necessidade da proteção da dignidade humana seria o próprio homem, pois esta qualidade lhe seria inerente (BOBBIO, 1992, p. 15-47). Observa-se, posteriormente, uma positividade destes direitos, com uma grande valorização individualista, para, em seguida, ter-se a positividade coletiva, voltada para uma proteção mais globalizada, universal.

A origem dos Direitos individuais do homem pode ser localizada no antigo Egito e Mesopotâmia. No terceiro milênio, já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. Na Babilônia, por exemplo, tem-se com o Código de Hamurabi (1730-1685 a.C.), uma das primeiras codificações a consagrar um elenco de direitos comuns aos homens. Posteriormente, surge na Grécia, a *Lei das Doze Tábuas*, (450 a.C.), considerada, também, a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão (MORAES, 2002. p. 25); a crença na existência de um Direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estoicos, p. ex., na obra *Antígona* – 441 a.C., onde Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem. Na Idade Média encontra-se a *Magna Charta Libertatum*, documento que serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade (SARLET I. W. 2004 p. 48). A Declaração de Direitos (*Bill of Rights* – 1689), outorgada pelo Príncipe de Orange, passou a ser tratada como uma das leis mais importantes do país e da história, pois representa o fim da monarquia absolutista. Vieira de Andrade (*apud* WOLFGANG, 2004 p. 48-9) diz da importância desses pactos para ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições, no sentido de que a liberdade religiosa teria sido o primeiro direito fundamental.

Devem-se considerar para o nascimento dos direitos fundamentais a importância da contribuição da Reforma e das conseqüentes guerras religiosas na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico. O valor fundamental da dignidade humana, também assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista. No período renascentista, Mirandola advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural inalienável e incondicionado, como personalidade do homem (PICO G.M., *apud* SARLET I. W., 2004 p. 44-5).<sup>2</sup>

A idéia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural, no século XVII, encontrou eco e elaborada formulação nas obras de Hugo Gróssio, Samuel Puderforf, John Milton e Thomas Hobbes. Ainda, cuida SARLET, neste contexto, que o pensamento de Lord Edward Coke foi de suma importância na discussão em torno da *Petição de Direitos* (*Petition of Rights*, 1628). John Locke, também reconheceu direitos naturais e inalienáveis do homem – vida, liberdade, propriedade e resistência. Foi com os representantes mais influentes – Rousseau, Tomás Paine, Kant, que culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo. Paine popularizou a expressão “direitos do homem” no lugar do termo “direitos naturais”. É o pensamento Kantiniano o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos (BOBBIO, 1992, p. 86, *apud* WOLFGANG, 2004, p. 47), concepção que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico.

1 Neste sentido, a lição de A. E. Peres Luño, *Derechos Humanos*, p. 109, que também refere a importância do pensamento sofista e estoico no conhecimento das idéias da igualdade natural dos homens e da crença num sistema de leis não-escritas anteriores às do Estado e dos homens.

2 Segundo Giovanni, a idéia que o homem pode ascender na cadeia dos seres pelo exercício de suas capacidades intelectuais foi uma profunda garantia de dignidade da existência humana na vida terrestre. A raiz da dignidade reside na sua afirmação que somente os seres humanos podem mudar a si mesmos pelo seu livre-arbítrio. Ele observou na história humana que filosofias e instituições estão sempre evoluindo, fazendo da capacidade de auto-transformação do homem a única constante. [http://pt.wikipedia.org/wiki/Giovanni\\_Pico\\_della\\_Mirandola](http://pt.wikipedia.org/wiki/Giovanni_Pico_della_Mirandola) Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre. Acesso em 15/06/2006.



Ainda que reconhecido o valor e a importância das declarações inglesas do século XVII, a *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* (12.1.1776), (SILVA, J.A., 1999, p. 157), marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais,<sup>3</sup> acolhidos e positivados, pela primeira vez, como direitos fundamentais constitucionais. A Declaração de Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789 expõem ao mundo um sentido inovador e revolucionário sobre a condição humana. Ambas são de imprescindível importância para a consagração dos direitos fundamentais, enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos (SARLET I. W., 2004, p. 52).

### 3.1 O Processo de Internacionalização e Universalidade dos Direitos Fundamentais

Embora existam dissensões doutrinárias, fulcradas, sobretudo, em sutilezas semânticas, a expressão - direitos humanos - conceitua-se como conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (PEREZ LUÑO *apud* ÂNGELO, 1998, p. 16). A expressão – “direitos fundamentais do homem”, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas (SILVA, J. A., 1999, p. 182). Segundo a doutrina, são aqueles que o direito vigente qualifica como tais (HESSE, *apud* BONAVIDES, P., 2000, p. 514).

Tem-se que a normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, consubstanciada em inúmeros tratados concluídos com este propósito, foi fruto de um lento e gradual processo de internacionalização e universalização desses mesmos direitos. Nos meados do Século XX, após a Segunda Guerra Mundial, surge a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMOS. A. C., 2002, p. 17). Constitui a internacionalização desses direitos um movimento como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. A barbárie do totalitarismo significou uma ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como fonte do Direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral (PIOVESAN, F., 2004, p. 121-2). O processo de internacionalização dos direitos humanos foi impulsionado pela necessidade de uma ação internacional para proteção mais eficaz desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção.

Os direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional – “um ingrediente essencial de governabilidade mundial” - com a criação das Nações Unidas, a adoção da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* pela Assembleia Geral da ONU, em 1948; a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, chamada *Pacto de San José da Costa Rica*, adotada em 22.11.69; a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, como consequência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais, no Brasil, entrou em vigor em 1922 por via de adesão<sup>4</sup>.

3 Esta lição, dentre outros, de D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 80. A Declaração de Virgínia acabou servindo de inspiração para as demais Declarações das ex-colônias inglesas na América, tais como as da Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte (igualmente de 1776), bem como as de Massachussets (1780) e de New Hampshire (1784), acabando por refletir na incorporação dos direitos fundamentais à Constituição de 1787 por meio das emendas de 1791.

4 Sobre a batalha para a adesão do Brasil - expressivos os pareceres de Antônio Augusto Cançado Trindade que se podem ler no seu livro *A Proteção Internacional dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 1991.

A questão técnica que se apresenta na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamar garantias constitucionais dos direitos fundamentais (SILVA, J. A., 1999, p.170). Com o processo de internacionalização e universalidade dos direitos humanos, pode-se constatar a obrigação legal dos Estados de promover e respeitar os direitos e as liberdades fundamentais. A forma pela qual um Estado trata seus nacionais não se limita à sua jurisdição reservada (PIOVESAN, F., 2004, p. 161). A intervenção da comunidade internacional, subsidiariamente, há de ser aceita, em face da emergência de uma cultura global que objetiva fixar padrões mínimos de proteção dos direitos humanos.

#### 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS – Natureza e Eficácia das Normas Jurídicas

A referência sobre a validade fática (ou eficácia) das normas<sup>5</sup> - que contêm direitos fundamentais - tem por objeto encontrar, nessas normas constitucionais definidoras de direitos, situações jurídicas imediatamente desfrutáveis a serem materializadas, quando necessárias, em prestações positivas ou negativas aos beneficiários – os titulares do direito. A idéia de norma jurídica que aqui se vai utilizar identifica-se com o conceito material de *Lei*<sup>6</sup> (BARROSO, L. R., 2000, p. 76), independente de hierarquia, consistindo no ato jurídico emanado do Estado, com caráter de regra geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva.

Num campo mais rigidamente delimitado, de caráter essencialmente técnico, ligado à interpretação e aplicabilidade do Direito, verifica-se que a Constituição é um sistema de normas jurídicas. Os Direitos naturais positivados, ora em diante denominados “direitos fundamentais” (CADEMARTORI, S., 1999, p. 32), são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo em prol da “dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”. Daí dizer-se que a Constituição, como norma jurídica fundamental de um sistema normativo, (FERRARI, R. M., 2001, p. 31) é uma sobrenorma, que determina o conteúdo e a forma das normas que lhe são inferiores, propiciando uma ordem jurídica sistematizada.

Ao nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. De regra, o preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm por si mesmas, uma eficácia “racional ou intelectual”, por tutelarem valores que têm ascendência no espírito dos homens (BARROSO, L. R., 2000, p. 60). Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata (SILVA, J.A., 1999, p. 184). A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo.

5 Aulis Aarnio, autor finlandês, (apud Cademartori, 1999, p. 62) aborda o problema da relação entre validade e eficácia onde partindo da distinção feita por Wróblewsky do Direito em vigor (*the law in force*) em validade sistêmica, validade axiológica e validade fática, coloca esta última como sendo a eficácia das normas. Esta tem para o autor como ponto de partida não a possibilidade de obediência às normas por parte dos jurisdicionados, mas sim a possibilidade de sua aplicação pelas autoridades. Diz que a eficácia não pode ser um critério muito útil para definir a validade ou não de uma norma, já que a eficácia deriva da obrigatoriedade de a autoridade cumprir a aplicação prevista nela, a qual já é válida (formalmente) desde o seu nascimento.

6 A simplificação, nesse passo, era indispensável, sob pena de dispersar-se o tema enfocado na análise de infundáveis sutilezas. Não se ignora, contudo, a enorme controvérsia doutrinária acerca do conceito de norma jurídica. Conforme assinala Tercio Sampaio Ferraz Jr. (Teoria da norma jurídica, 1986, p. 36).



A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada. É o que tecnicamente se chama “efetividade” da norma. Hans KELSEN (2000, p. 12) assinala que uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida e que, se uma norma nunca é aplicada nem respeitada em parte alguma, não será considerada como norma válida. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como meta. Tratando-se de normas jurídicas, SILVA, J. A. (1999, p. 65-6) complementa que a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos. Da eficácia jurídica, cuidou, superiormente, o mesmo autor, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.

Nesse tema, considera Michel Temer (1998, p. 23-5) que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e que os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal têm aplicação imediata, segundo o comando expresso no §1º do aludido dispositivo. Salieta que os princípios fundamentais estabelecidos podem ser invocados na sua plenitude, até que sobrevenha legislação regulamentadora, quando for o caso de sua utilização. Assim, tudo o que a Constituição concede com sua imperatividade suprema – direitos individuais, poderes públicos – tem-se o direito de fazer, e tudo que a lei Máxima exige, tem-se o dever de cumprir (GORDILLO, *apud* FERRARI, R. M., 2001, p. 34). Portanto não tem sentido a existência de uma Constituição, que inclusive proclama a preferência por um Estado Democrático de Direito, que não seja para ser observada. O certo é que, por meio de uma análise interpretativa das normas constitucionais, deve ocorrer um impedimento para que muitas das regras previstas na Lei fundamental possam vir a se tornar inúteis, sem nunca terem cumprido a finalidade determinada pelo legislador constituinte, em virtude da incompletude de sua norma e da forçosa necessidade de atuação dos poderes constituídos para que supram as suas deficiências estruturais (FERRARI, R. M., 2001, p. 132), em que pese os instrumentos previstos no ordenamento, para evitar que a omissão dos Poderes Públicos converta-se em um comportamento inconstitucional.

118

## **5 O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO – Significado e Alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988**

Muito se tem considerado sobre a delicada questão da aplicação do direito fundamental à razoável duração do processo por força do Inciso LXXVIII do Art. 5º da Carta Magna: ... “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Importa dar um especial enfoque a esse preceito fundamental, posto que a sua simples existência não dê qualquer garantia de que ele será posto em prática. Este inciso busca a rápida entrega da prestação jurisdicional, ao assegurar a todo cidadão a razoabilidade da duração do processo e a celeridade processual tanto propugnada, mas jamais cumpridas<sup>7</sup> (BEMFICA, 1992. p. 206.). Contemporaneamente, a lentidão dos processos, a morosidade da Justiça e a ineficácia de muitos provimentos judiciais estão conduzindo os jurisdicionados a uma verdadeira descrença no Poder Judiciário<sup>8</sup>.

Convém analisar a eficácia dessa norma, vinculando-a a noção de aplicabilidade e efetividade, isto é, à qualidade para produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos à realização do direito (universalmente reconhecido) ao desempenho concreto de sua função social. A doutrina considera que, por ser o art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88, uma cláusula aberta pouco efeito prático produziria (SOUZA, *apud* HERTEL, 2005). Neste sentir, pondera Ferrari:

<sup>7</sup> LUCHEZI, Roberto. Entendo que isso será possível desde que ocorra uma profunda reforma processual, principalmente no Processo Civil e a cultura do recurso seja amenizada.

<sup>8</sup> Na doutrina, chega-se a encontrar a seguinte afirmação: “Mesmo o Poder Judiciário, sempre intocável, já não merece a confiança popular”.



Todas as normas que integram uma constituição do tipo rígido comungam da mesma natureza. Isso significa dizer em decorrência da rigidez constitucional, todas as normas são constitucionais, vale dizer, comungam do mesmo nível de superioridade hierárquica, da mesma força cogente. Dessa forma, em que pese haver, em um mesmo documento constitucional, regra de diversos tipos, que postulam finalidades diferentes, pode-se reconhecer que formam um sistema de normas que se condicionam reciprocamente (SILVA, J., A. *in* FERRARI, 2001, p. 94) e que conservam a mesma imperatividade, na medida em que contêm um mandamento, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. (...) Nesse sentido é preciosa a lição de Rui BARBOSA, quando asseverou que, em uma Constituição, não existem cláusulas com sentido de meros conselhos, avisos e ilações. Todas têm a força imperativa de regras ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos (FERRARI, N., e MACEDO, R. M., 2001, p. 95-6).

Pode-se dizer que à Constituição, como Lei Máxima, todos devem obediência, o Legislativo, o Executivo, o Judiciário, por meio de seus órgãos e agentes, bem como todos os membros da sociedade (FERRARI, R., M., N., 2001, p. 183). Em suma Constituição é feita para ser observada e a partir da análise do preceito constitucional o intérprete pode concluir sobre a capacidade dessa norma, se o comando contido nele é completo, se sua eficácia é plena e incide diretamente sobre a matéria que lhe serve de objeto. Ou, ao contrário, se para sua aplicação necessita da elaboração de outras normas (ordinárias ou complementares), que completem o seu alcance e o seu sentido. Quando descrito por inteiro o seu mandamento, quando o comando constitucional é bastante em si, não existe a necessidade de edição de legislação intermediária, que lhe venha compor o sentido para deflagrar todos os seus efeitos, posto que tenha autonomia operativa suficiente. Já em determinados casos, como, por exemplo, o art. 7º, XXVII, ao determinar que os trabalhadores tenham direito à proteção em face da automação, na forma da lei, a executoriedade dessas normas depende de lei complementar, e fica na dependência de edição de lei posterior.

Dentro desse universo, os casos de difícil solução e que não contenham referência expressa à lei ordinária regulamentadora, deve-se aplicar-se desde logo, independentemente de regulamentação por lei ordinária ou complementar (TEIXEIRA, M., *apud* FERRARI, R., M., N., 2001, p. 98, 143). Cumpre ao intérprete aplicador da Constituição procurar sempre dar aos dispositivos desta o máximo de efeitos possível, na medida em que a universal inoperância dos corpos legislativos acabaria por transformá-las em letras mortas.

Observando a relevância dos pontos referidos, o constituinte de 1988 consagrou expressamente no § 1º do art. 5º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim sendo, é oportuna a opinião retro citada de Meirelles Teixeira sobre o fato de certas normas não proverem um comportamento, não fazerem referência expressa à necessidade de emissão de norma regulamentadora. Esse modo de prever o comando tem a preferência do legislador constituinte, posto que a maioria dos dispositivos constitucionais não faça referência à sua regulamentação (TEIXEIRA, *apud* FERRARI, R., M., N., 2001, p. 99). Não resulta no contido do art. 5º, inc. LXXVIII da CF/88, referência quanto à sua regulamentação para realizar-se. Em que pese encontrar-se contemplado na categoria de direitos fundamentais (SARLET I. W., 2004, p. 255) e doutrinariamente defendido com aplicabilidade imediata, merece esse princípio uma investigação científica mais profunda quanto à produção concreta de efeitos.

Cumpre observar que não se estabeleceu o quê e quanto seria exatamente o prazo razoável de um processo. O Direito não tem, por exemplo, como a matemática e a física, uma linguagem específica, e que se utiliza da linguagem comum para ser criado, elaborado, aplicado e, também desenvolver-se. A utilização da linguagem natural pelo direito não impede que, ao lado de conceitos vagos e imprecisos, o discurso normativo apresente conceitos precisos, cujo significado é obtido por meio de um processo interpretativo que se encontra condicionado pelo contexto em que estão inseridos. “Supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição” (FERRARI, R., M., N., 2001, p. 202-4). Mesmo





propiciando zonas de penumbra, onde proliferam as incertezas, a imprecisão ou fluidez das palavras utilizadas pelos dispositivos constitucionais, registra a doutrina que tal fato não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação.

Na verdade, o direito à defesa e o direito à tempestividade da tutela jurisdicional são protegidos constitucionalmente (MARINONI, *apud* CARVALHO, F., 2006). Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.<sup>9</sup>

Em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, pode ocorrer que uma norma constitucional, como no caso em tese, refira-se a um instituto de conceito jurídico indeterminado, o que não a tornaria inaplicável. (FERRARI, R., M., N., 2001, p. 197). Essa norma dependeria, apenas, de interpretação capaz de precisar e concretizar o sentido de conceitos jurídicos indeterminados, interpretação que daria à norma ‘sentido atuante’.

Merece registro a opinião doutrinária de que o Poder Judiciário encontra-se investido de poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direito e garantias fundamentais. A falta de concretização não poderá constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas imbuído do poder de remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se da autorização fornecida pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, “(...) quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (SARLET I. W., 2004, p. 262). À função judiciária cumpre o restabelecimento da ordem jurídica perturbada, mesmo quando as expressões jurídicas desta sejam defeituosas e lacunares.

Se a doutrina já admite a aplicabilidade imediata da norma em tese, outro argumento que justifica a sua incidência instantânea é o de que todo discurso normativo tem que colocar em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. O pensamento de F. de Castro é de que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. Afirma que os princípios têm a finalidade de regular um comportamento não regulado; eles espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de normas (F. de CASTRO *apud* BONAVIDES, 2000, p. 228-232). Ensina a doutrina que as regras obrigam, proíbem ou permitem alguma coisa, enquanto que os princípios são mandamento nuclear de um sistema, mas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são mandatos de otimização (ALEXY, Robert, 1993, *apud* ALBERTON, 2005). Também são os princípios normas que dizem que algo deve ser realizado na medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.<sup>10</sup>

120

9 Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, pág. 18. O Tribunal Constitucional de Portugal asseverou que “para além do direito de acção, que se materializa através do processo, compreendem-se no direito de acesso aos tribunais, nomeadamente: a) o direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso; b) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas; c) o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas; d) o direito a um processo de execução, ou seja, o direito a que, através do órgão jurisdicional se desenvolva e efective toda a actividade dirigida à execução da sentença proferida pelo tribunal. O Tribunal Constitucional tem caracterizado o direito de acesso aos tribunais como sendo, entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância de garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de umas e outras” (Tribunal Constitucional de Portugal, Rel. Monteiro Diniz, j. 20.11.1996).

10 ALEXY. Teoria... “ los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” ( p.86 ) .



Assim, pode-se dizer que, por mais vagas e fluidas que sejam as expressões utilizadas, não é possível pensar em uma imprecisão absoluta, e isto, principalmente, quando vistas dentro de um sistema normativo. O conceito jurídico indeterminado, em todas as situações, deve sempre levar a uma solução justa que deve estar embasada em valores de justiça. Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada (BONAVIDES, 2000, p. 228-54). Somente o recurso aos princípios poderá levar a bom termo a atividade interpretativa, tornando-a mais precisa e transparente aos seus destinatários. O princípio vem ajustar-se à norma para permitir seu preenchimento de acordo com os valores que o próprio princípio encampa e que conferem ao sistema sem se tirar desta o seu mínimo imutável (BASTOS, 1999, p. 127-134). Isto não significa que a formação da lei deva obedecer a um princípio mecânico, mas, como exigência ideal, deve ter-se por firme o princípio de que a lei reproduz o espírito da generalidade dos cidadãos.

## 5.1 A Razoável Duração do Processo e sua Vinculação aos Princípios Constitucionais

É necessário analisar, ainda que breve, a expressa vinculação de alguns princípios ao direito fundamental contido no art. 5º, inc. LXXVIII da CF e considerar a eficácia e efetiva aplicabilidade ao caso concreto. Dentre os que compõem o ordenamento jurídico positivo, o princípio “razoável duração do processo” vincula-se aos princípios adotados pela Constituição Federal: “dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, legalidade, celeridade, instrumentalidade” e outros. No caso de inobservância dessa norma<sup>11</sup>, estão, também, em jogo dois grandes e fundamentais princípios – “o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica”. Evidentemente em face da plenitude do disposto no art. 5º, incisos: XXXIV – “são a todos assegurados (...) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; e XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” - sabido ser a jurisdição uma expressão da soberania e o processo instrumento dessa jurisdição, qual seja objeto político de efetivação das garantias asseguradas constitucionalmente e até mesmo político-cultural, (TEIXEIRA S. F., *apud* SÍNTESE, 1994, p. 6), na hipótese de “*lesão ou ameaça a direito*” do cidadão, pelo princípio da unicidade do ordenamento jurídico, o juiz natural, competente e imparcial relevará a garantia e aplicação da tutela efetiva (BOBBIO N., *apud* FACCHIN, 2001, p. 61).

121

<sup>11</sup> Princípios Constitucionais e o Supremo Tribunal Federal (...) princípios constitucionais são normas jurídicas, e como tais, pretendem produzir efeitos positivos sobre a realidade. (...) De qualquer sorte, hodiernamente, se reconhece que as normas jurídicas, são compostas de regras e princípios, e não como outrora, apenas de regras.

Ora, se os princípios são uma das espécies normativas, e se as normas jurídicas estão aí para serem concretizadas no mundo dos fatos, não há razão nenhuma que justifique, com honestidade intelectual, que os princípios constitucionais não podem embasar uma pretensão em juízo. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade o conceito de normas jurídicas. Tornou-se comum mencionar na boa doutrina que as normas jurídicas são compostas de normas-regras e normas-princípios, assim, sem embargos de já não subsistir a divergência no que tange a noção de que princípios e regras são tipos de normas, ambos dotados de imperatividade. Logo, afirmar que princípio constitucional é norma jurídica imperativa significa que o efeito por ele pretendido deverá ser imposto coativamente pela ordem jurídica caso não se realize espontaneamente, como se passa com as demais normas jurídicas. Ademais, muitos ainda não se aperceberam que já saímos do positivismo, e agora, estamos no pós-positivismo, graças a Crisafulli, Dworkin e Alexy, dentre outros, logo, a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra.

E o que significa ser uma norma jurídica, uma vez que, com a entrada do pós-positivismo, o princípio passou a ser uma das espécies de normas, melhor dizendo, o que significa para o princípio ser norma jurídica? Significa a imperatividade de seus efeitos propostos, em outro dizer, pretendem produzir algum efeito no mundo dos fatos.

(...) porque os princípios constitucionais são normas jurídicas e, por isso, sempre que a decisão contrariar o princípio estará contrariando a norma constitucional diretamente e na sua pior forma de violação, que é a contrariedade a princípio. Por derradeiro, quero convidar o operador do Direito a começar a gerir a sua função social com base no princípio constitucional, pois aí está a razão, as luzes que serão lançadas para bem interpretar as regras. Luiz Carlos Forghieri Guimarães, Escola Superior de Advocacia – ESA/OABSP

[http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/c.2.3.1.asp?id\\_noticias=87](http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/c.2.3.1.asp?id_noticias=87). Acesso em 28/09/2007.



Somente há sentido em inscrever na Constituição princípios dotados de eficácia jurídica e aptos a se tornarem efetivos, isto é, a operarem concretamente no mundo dos fatos (BARROSO, *apud* SÍNTESE, 1996, p. 38). Dentre os critérios norteadores de uma prestação jurisdicional adequada destaca-se a razoabilidade, necessária a sua utilização, pois, o racional puro da lógica da inferência é meramente explicativo. Ao invés, o *logos* do razoável, atinente aos problemas humanos – e portanto aos políticos e jurídicos – intenta compreender sentidos e nexos entre significações, assim como realiza operações de valoração e estabelece finalidades e propósitos (SILVEIRA A., p. 162 *apud* XAVIER L. R., SÍNTESE, p. 22).

Destaque-se que a demora na prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito, quer ela seja por indolência do juiz, quer seja por o Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da justiça. Tanto o é que a jurisprudência tem sido rigorosa no que diz respeito ao excesso de prazo, com a firmação de que ao Estado cabe velar pela regularidade dos serviços públicos respondendo pelos resultados de mau funcionamento (DELGADO, J. A., *apud* SÍNTESE, 1996, p. 19). Vigora no sistema legal vigente por força de compromisso internacional a que o Brasil está obrigado a cumprir, o mandamento segundo o qual todo acusado tem o direito de obter, num “prazo razoável”, pronunciamento judicial que defina sua situação perante a lei (VIDIGAL E., STJ – HC n. 5.284). É de registrar que o art. 5º inc. LXXVIII do atual ordenamento jurídico brasileiro, vinculado nos princípios, caracteriza um direito subjetivo do cidadão à jurisdição tempestiva. Segundo José Augusto Delgado, várias correntes doutrinárias aduzem que a finalidade da tutela jurisdicional é garantir que o direito objetivo material seja obedecido. Para tanto, estabelece a obrigatoriedade de o juiz cumprir determinados prazos fixados pelo direito formal. Dentre outros fundamentos, agasalha entendimento de que constitui garantia individual implícita (art. 5º, § 2º, CF) a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados pela legislação ordinária, não só com o princípio da legalidade quando o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez como também por ser inconciliável com o sistema democrático o fato de não gerar responsabilidade e descumprimento do direito.

122

Não resta dúvida de que há discordância doutrinária sobre o assunto, porém existem no atual sistema positivo brasileiro condições de imperar, sem nenhum ataque ao ordenamento jurídico, o princípio de que a proteção da dignidade da pessoa humana autoriza uma ação contra tratamentos intromissivos, impedindo atitudes que diminuam o *status* da pessoa humana enquanto indivíduo, cidadão e membro da comunidade. A dignidade da pessoa humana traz como conseqüência o respeito à individualidade, possibilitando todo o desenvolvimento do potencial humano. Do mesmo modo é a lição de Herrera Flores, para quem a maior agressão aos direitos humanos consiste em obstar que pessoas, grupos ou povos exerçam e lutem em defesa de sua dignidade (FLORES J. H., 2000. p. 264-265, *apud* BOLDRINI, R. P. C., 2003). Portanto, quanto à duração do processo, não há uma solução matemática capaz de atender a quota desejável para o prazo razoável, a Lei Máxima vinculada aos princípios objurga pelos seus próprios fundamentos ser razoável o prazo da prestação jurisdicional os prazos fixados pela legislação ordinária.

## 5.2 Direito à Prestação Jurisdicional Tempestiva e Dignidade da Pessoa Humana

A natureza deste estudo conduz a uma compreensão prévia em torno do princípio da dignidade da pessoa humana. A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente. Apesar das desastrosas experiências pelas quais tem passado a humanidade, de modo especial, neste século, remanesce da concepção jusnaturalista, sem dúvida, a constatação de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição biológica humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos e deveres que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado (SARLET I. W., 2004, p. 105-12). A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, da CF/88 não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética, um valor jurídico fundamental da comunidade. É justamente



neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite dos poderes estatais.

Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que guie as suas ações no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade. Neste contexto, a toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos são impostos um dever de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto ao dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for a sua procedência (SARLET I. W., 2004, p. 105-21). Neste sentido, costuma-se afirmar que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimos caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade humana. Assim, esta constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor.

Pode-se entender, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, um estreito entrelaçamento entre os direitos fundamentais. Saliente-se que para além da tríade vida, liberdade e igualdade, também há outros direitos fundamentais que podem ser reconduzidos e considerados como exigências ao princípio da dignidade humana (SARLET I. W., 2004, p. 124). Assim ocorre a toda evidência com o art. 5º, inc. LXXVIII da CF/88. Sustenta-se, nessa linha de pensamento, que todos os sujeitos do processo têm o direito de exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais. Portanto, é no princípio da dignidade da pessoa humana Art. 1º, III, CF/88 que está a matriz de todos os direitos fundamentais ou o seu núcleo essencial intangível, como aceita parte da doutrina (GUERRA, 2003, p. 49).

A equação processo-tempo, na atualidade não se circunscreve, contudo, a um posicionamento dogmático. Bem por isso se considera que a administração da justiça não poderá prorrogar-se, de forma indefinida, transferindo, para um tempo futuro e de determinação imprecisa, o remate do processo (FRANCO A. S., *apud* XAVIER L. R., SÍNTESE, 1996, p.21). Este é um problema que remonta décadas em nossa história, tanto que Rui Barbosa, nos idos de 1920, (Oração aos Moços) já dizia: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada” (DEMO J. A., *apud* CONSULEX, 2004, p. 31). Cuida-se, no caso, de uma exigência que diz respeito à própria dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF) e que inclui na garantia da ampla defesa consagrada na CF, inc. LV, do art. 5º (XAVIER *apud* SÍNTESE, 1996, p. 23). Vê-se, ainda, no direito constitucional norte-americano, que todo cidadão tem direito de que seja posto termo, da forma mais rápida possível, à situação de incerteza em que se encontra.

Há uma tendência natural observada entre os cientistas do Direito pátrio que é dar pouca ou nenhuma importância aos princípios jurídicos que regem todo o sistema. Os princípios não constituem letra morta no ordenamento A “dignidade da pessoa humana” e os valores sociais da livre iniciativa não estão previstas no artigo inaugural da Constituição por acaso (NICOLAU G. R., *apud* IOB, 2006 p. 8). Pontifica Celso Antonio Bandeira de Mello que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. Afirma ser a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (LUIZ, G. A. *apud* SÍNTESE, p. 37-8). Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nele reforçadas.

Para uma melhor compreensão, aduz Gomes Canotilho e Vital Moreira com relação aos princípios fundamentais, que estes: “(...) constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas” (CANOTILHO, 1991, p. 66, *apud* AFONSO, J.A., p. 98). Ou como ensina Hédio Silvia Jr. “(...) dignidade da pessoa designa um atributo inato, inerente e inalienável dos seres humanos, uma essência ético-espiritual de que todos são portadores e que os qualifica, per se, como sujeitos de direitos” (SILVA JR, 2001, p. 62, *apud* VENTURINI, 2001). Neste sentido, importa salientar que também Celso Pacheco Fiorillo (1997, p. 24) tem considerado o fundamento de que a dignidade da pessoa humana é a base para o acesso ao chamado piso vital mínimo



representado pelo acesso ao rol de direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados. É nesta guia que registra a doutrina (SOUZA, 1999, p.173), que a dignidade da pessoa humana só não é mais importante que o próprio existir, mas comparece em seguida na medida em que o existir humano só se concebe com dignidade.

Convém destacar, ainda, o fato de que o exercício da função jurisdicional do Estado é desenvolvido sob os mesmos efeitos das demais funções, gerando direitos e obrigações de igual categoria (DELGADO, J. A., 1983, *apud* REVISTA DE PROCESSO, p. 148). De conformidade com o visto, ao permanecer o Estado silente, omissivo, na entrega da prestação jurisdicional tempestiva ou por qualquer ato comissivo ou omissivo dos agentes do Poder Público ou dos seus serviços, retém o jurisdicionado no seu interior a frustração, a revolta e a insegurança pela ausência de proteção judicial a seus direitos, o que pode desencadear males psicossomáticos indesejáveis ao cidadão. Em tese, havendo ofensa à dignidade da pessoa humana basta invocar o princípio da culpa administrativa, porque procede do mau funcionamento de um serviço e, decretar a responsabilidade do Estado.

## 6 CONCLUSÃO

Tomando por premissa a norma fundamental, torna-se fácil perceber que todo e qualquer processo deve ser julgado sem dilações temporais indevidas, respeitando o contraditório, o amplo direito de defesa e a realização de provas úteis, sem afastar, contudo, os eventuais imprevistos, fato comum a toda atividade. No cenário jurídico atual verifica-se um paradoxo em face do elevado número de ações, o caos jurídico está instalado no país e a morosidade da justiça ainda está longe de sucumbir. A verdade é que a questão do excesso de processos somente se resolverá mudando os paradigmas e a forma de exercer o trabalho. Na ocorrência de lesão ao bem jurídico decorrente da demora na prestação jurisdicional do Estado ou omissões prejudiciais de seus agentes, posto que amalgamados em verdadeira unidade, manda o direito ou a equidade que se não deixe o lesado ao desamparo de sua própria sorte.

124

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *apud* ALBERTON Genacéia da Silva, *Impenhorabilidade de Bem Imóvel do Fiador*, Publicado em 11/9/2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=481](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=481)>. Acesso em: 11 out. 2006.

ÂNGELO, Milton. *Direitos Humanos*. São Paulo: Editora de Direito Ltda.1998.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4. ed. ampl. e atual., São Paulo: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos Editor,1999.

BEMFICA, Francisco Vani. *O juiz, o promotor, o advogado: seus poderes e deveres*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direito*., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4171>>. Acesso em: 12 out. 2006.



- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL, *Emenda Constitucional 45 Reforma do Judiciário* (Coord.) André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesus Lóira Alarcón, anal. e coment. São Paulo: Método, 2005.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – *Habeas Corpus. Excesso de Prazo*, nº. 5.284-PE – 5ª T. – v. u. – 4.3.97 – rel. Min. Edson Vidigal DJU, de 5.5.97, p. 17.062. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/ementario.htm>>. Acesso em: 12 out. 2006.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional*, Conferência pronunciada na Ordem dos Advogados do Brasil. Subseção de Mossoró, Estado do Rio Grande do Norte, em comemoração ao “Dia da Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil”, 11 de agosto de 1983.
- FACHIN, Zulmar Antonio. *Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual, *Revista Scientia*, Vila Velha, ES, v. 5, n. 1/2, p. 149 e 150, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2 ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed., rev. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6. ed. rev., ampl.e atual., São Paulo: Max Limonad, 2004.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humano: análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.



SOUZA, Luiz Antônio. *Tutela Criminal Difusa*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo de. A Efetividade do Processo e a Reforma Processual. *Revista Síntese*, Ano XLII, nº. 196, p. 6, fev. de 1996.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

XAVIER, Luiz Roberto. A Razoabilidade como Parâmetro para Atuação Contemporânea do Judiciário. *Revista Síntese*, Ano XLIV, nº. 222, p. 21-26, abril de 1996.

## LICENÇA-MATERNIDADE: O AUMENTO DO PERÍODO DE AFASTAMENTO PARA A MÃE TRABALHADORA

Líria dos Santos Paula<sup>1</sup>  
Déborah Lídia Lobo Muniz<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho visa abordar um tema complexo e muito discutido hoje pelos profissionais da área do Direito do Trabalho, pois foi sancionado pelo Presidente da República a Lei que aumenta o período da Licença-maternidade para as trabalhadoras que pretendem ser mães. Verificar-se-á no transcorrer da discussão a importância desse instituto na vida de todas as trabalhadoras mães, como a lei modificará a rotina dessas mulheres em seus trabalhos e em suas vidas, e como esta modificação deve ser encarada pelo empregador.

**Palavras-chave:** Licença-maternidade. Afastamento. Empregador.

### LICENSE MATERNITY: THE INCREASE OF THE PERIOD OF REMOVAL OF THE DILIGENT MOTHER.

### ABSTRACT

The present work aims at to today approach a complex subject and very argued for the professionals of the area of the Right of the Work, therefore the Law was sanctioned by the President of the Republic that increases the period of the License-maternity for the workers whom they intend to be mothers. The importance of this institute in the life of all will be verified in transporter of the quarrel the diligent mothers, as the law will modify the routine of these women in its works and its lives, and as it is modification must be faced by the employer.

127

**Keywords:** License-maternity. Removal. Employer.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo esclarecer e informar a todos a importância da licença-maternidade a mãe e seu filho. As vantagens do aumento deste afastamento, não somente é importante à mãe e ao empregador, mas principalmente à criança, que terá mais tempo ao lado de sua genitora.

A licença-maternidade é um instituto através do qual a Previdência Social e o Direito do Trabalho buscam proteger a mulher trabalhadora, o seu emprego e a criança. Correto afirmar também, que, acolher, a trabalhadora mãe após o término da licença, garantindo, constitucionalmente, a permanência do seu emprego após o retorno do afastamento, bem como o direito à creche e à escola para o filho. Todavia, ressalta-se que a licença-maternidade nada mais é que uma proteção, já que busca conservar, em toda a integridade, as forças vitais da mulher de modo que ela possa cumprir sua função de mãe e, ao retornar da licença, o de trabalhadora.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, Advogada.

<sup>2</sup> Orientadora do presente artigo. Mestra em Direito Estado e Cidadania pela UGF Rio de Janeiro, Especialista em Direito Empresarial, Bacharel em Direito pela UNOESTE e em Psicologia pela UEL, Coordenadora do Curso de Pós Graduação em Direito e Processo do Trabalho da UniFil, Professora da disciplina Psicologia Aplicada ao Direito e Mediação e Arbitragem na graduação em Direito da UniFil.





O benefício configura em um afastamento remunerado da mulher gestante trabalhadora (período de 120 – cento e vinte dias); quando, conjuntamente, ela adquire estabilidade provisória. É sobre esse período, considerado por mães e médico curto, que, em 2005, a senadora Patrícia Saboya propôs um projeto de lei de nº 281, que tramitou na Comissão de Direitos Humanos do Senado, prevendo a ampliação da licença-maternidade para 6 (seis) meses. A propósito em 2002, finalmente o benefício alcançou as mães guardiãs. Elas são famílias que recebem a responsabilidade judicial sobre crianças, até que estas sejam inseridas em famílias substitutas, as quais podem ser as próprias famílias guardiãs. Através da extensão do benefício previdenciário às mães guardiãs e adotantes, a lei veio protegê-las, garantindo-lhes a estabilidade em seu emprego e suas forças vitais, principalmente psicológicas.

O referente projeto foi aprovado pelo Presidente Luis Inácio Lula da Silva em setembro de 2008, o qual entrara em vigor para as servidoras públicas já a partir da publicação da lei no “Diário Oficial” da União, e para as demais trabalhadoras a partir de 2010. E é sobre a importância desse aumento do período da licença, para mulheres e crianças, que versa o presente artigo.

## **2 A LEGALIZAÇÃO DO INSTITUTO DA LICENÇA-MATERNIDADE NO BRASIL E SEU RESPECTIVO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO**

A licença-maternidade é definida como um benefício de caráter previdenciário, garantido pelo art. 7º, inciso XVIII da Constituição Brasileira, que consiste em conceder à mulher que deu à luz licença remunerada de 120 dias.

A proteção à maternidade tem sua origem na Organização Internacional do Trabalho (OIT). Desde 1919 esta organização vem promovendo várias Convenções para debater sobre o amparo às mulheres trabalhadoras grávidas. A Convenção que instituiu o direito à licença-maternidade foi a terceira (Convenção nº 3) proferida por esse organismo. Nela ficou determinada, que a empregada tem o direito de ficar afastada de suas funções durante seis semanas antes e seis semanas após o parto. O seu descanso conta também com os benefícios médicos pagos, a proibição de demissão de gestantes e da lactante e pausas para amamentar.

128

O Brasil ratificou essa Convenção em 1934, quando assegurou a mulher trabalhadora o direito à licença-maternidade. Desde então todas as Convenções, proferidas pela OIT, têm sido formalizadas para garantir os direitos das empregadas. No caso da proteção à maternidade, a Convenção garantiu o salário integral durante o período de afastamento, o qual fica a cargo da Previdência Social, mas, a princípio, é pago pelo empregador (MARTINS, 2007, p. 591). E, finalmente, em 1988, o direito da mulher trabalhadora de permanecer durante os primeiros meses ao lado de seu filho recém-nascido veio a ser garantido pela Constituição Federal promulgada em 1988.

No artigo 7º, o legislador garantiu aos trabalhadores, sejam eles urbanos ou rurais, a melhoria de sua condição social na sociedade em que vive. Ao enfatizar a maternidade, no inciso XVIII do referido artigo, ele vem proteger não somente a trabalhadora, que necessita resguardar-se para continuar exercitando suas atividades, tanto em casa quanto no emprego, mas também ao nascituro que necessita de cuidados maternos antes e principalmente após o seu nascimento. A garantia do pagamento de seu salário de forma integral e a sua volta ao emprego, após o prazo estipulado pela lei, é uma tranquilidade para a gestante em relação à continuidade de sua vida profissional e a certeza de que seu filho recém-nascido não venha passar necessidades pela falta de recursos financeiros.

Aristeu de Oliveira (2002, p. 336) ressalta que a proteção de forma integral à trabalhadora gestante consolidou-se apenas na Constituição de 1988. Até então o artigo 392/CLT proibia que a mulher grávida laborasse durante o período de quatro semanas antes e oito semanas após o parto, o que lhe proporcionava apenas 84 (oitenta e quatro) dias de descanso, o que veio a ser aumentado, com a Constituição de 1988, para 120 (cento e vinte) dias de descanso e mais a proteção ao emprego e recebimento de seu salário integral.



Para afirmar o já exposto, vale a pena destacar o que

lembra Délcio Maranhão que a proteção à maternidade visa conservar em toda a integridade as forças vitais da operária, de modo a que ela possa cumprir normalmente sua função de mãe com reflexos em futuras gerações. Tem-se, pois, que a proteção determinada pela lei, além de proteção da futura mãe, também tem por objetivo a proteção da criança que vai nascer. (OLIVEIRA, 2000, p. 335).

Sérgio Pinto Martins (2007, p. 591) analisa a abrangência da proteção Constitucional aos casos em que há parto antecipado e o caso de complicações na saúde da criança e/ou da parturiente, casos estes também previstos em lei. Esta protege o salário e o emprego da trabalhadora parturiente desde que devidamente comprovado por atestado médico, e, no segundo caso, excepcionalmente, abrange o seu descanso em duas semanas, uma antes e outra após o parto.

O benefício que se origina do direito à mãe de afastar-se do emprego a fim de zelar e proteger o seu filho é o salário-maternidade, o qual é protegido constitucionalmente como um direito social. Segundo Cleusa Ribeiro Soares (2004, p. 40), o contexto da proteção à maternidade é bastante amplo, pois sua essência está na consciência humana sobre a dignidade da mulher. Não somente dentro do território nacional, mas também na esfera internacional de proteção aos direitos humanos, como ficou claramente evidenciado com a proteção despendida pela ONU (Organização das Nações Unidas) na proteção à mulher, o que mais tarde refletiu na OIT, que, através da Convenção n°3, de 1919, legalizou a proteção não somente ao trabalho da mulher como também da maternidade. O Brasil ratificou essa convenção em 1934, e posteriormente, constitucionalizou tal proteção na Constituição Federal de 1988.

O benefício, em questão, trata-se de um salário devido à segurada empregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, contribuinte individual, facultativa ou segurada especial (IBRAHIM, 2005, p. 555). Esse benefício é classificado como salário-maternidade, e possui, segundo Sergio Pinto Martins (2004, p. 396), a natureza jurídica de benefício previdenciário individual, “pois é a previdência social que faz o seu pagamento (art. 71 da lei n° 8.213)”. Ressalva ainda que o benefício não pode ser tratado como prestação de assistência social por não estar prevista no art. 203 da Constituição Federal de 1988, mas sim em seu art. 201, II/CF-88, bem como um direito social como preceitua o inciso XVIII, do art. 7°/CF-88.

A garantia do salário-maternidade veio inicialmente no ordenamento brasileiro, como uma forma de proteger o trabalho feminino (HORVATH Jr., 2004, p. 200). Na época em que foi adotada, essa proteção era considerada como de ordem pública, pois não se admitia, por motivo de gravidez, a dispensa arbitrária da mulher de seu trabalho, bem como a redução de salário (art. 377/CLT). A proteção à maternidade é um direito irrenunciável, não podendo haver em qualquer contrato disposição contrária (SAAD, 2006, p. 331).

Miguel Horvath Junior (2004, p. 200) define o surgimento do salário-maternidade como sendo um benefício previdenciário, conceito este asseverado por Sergio Pinto Martins, em sua obra *Direito Previdenciário*, que define ainda o benefício como princípio para proteger o trabalho feminino e, mais tarde, como forma de busca da igualdade de tratamento entre o trabalho do homem e da mulher.

Segundo o mesmo autor, o benefício tem natureza previdenciária individual, garantindo a todas as asseguradas, tanto obrigatórias quanto às facultativas. E é concedido tanto em vista à proteção da mulher, bem como ao seu filho. Esse benefício produz forte impacto na manutenção do pacto de gerações. Em 2002 houve a edição da Lei 10.421, que vem estender o privilégio do benefício previdenciário também às mães adotantes e às guardiãs judiciais.

Consolida Sérgio Pinto Martins (2004, p. 290) que o salário-maternidade consiste em renda mensal, que deve ser paga no valor igual à remuneração integral da segurada gestante, devendo ser paga pelo empregador que desconta o valor junto à Previdência Social.



O salário do período destinado à licença-maternidade antes era encargo do empregador. Nesse sentido dispunha o parágrafo único do art. 393, modificado pelo Dec. 229/67. Hoje, o benefício passou a ser ônus da Previdência, custeado pelas contribuições patronais com base sobre a folha de pagamento (OLIVEIRA, 2000, p. 341).

Süsseking esclarece que houve mudanças com a reforma da Previdência evidenciada em 1998, no governo de Fernando Henrique Cardoso, mas ainda assim asseverou que o único compelido a cumprir com a obrigação de pagar integralmente o benefício assegurado à mãe gestante é da Previdência Social (2005, p. 997).

### 3 O DIREITO DA MÃE ADOTANTE À LICENÇA-MATERNIDADE

A adoção é um instituto jurídico de Direito Civil que visa à proteção integral e ao bem estar do menor, bem como à conservação da entidade familiar. Segundo o doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 315), por não resultar de relação biológica, a adoção é entendida como filiação artificial, ou filiação civil, e configura-se com a manifestação da vontade do adotante, segundo Código Civil de 1916. Atualmente, segundo o novo sistema do Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a adoção concretiza-se por sentença judicial.

A adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a preposição não biológica, mas afetiva. A adoção moderna é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato de adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho, independente do vínculo biológico (VENOSA, 2003, p. 315).

130

Importante ressaltar que a adoção é a criação de um vínculo entre os participantes do processo, e, portanto, não pode ser banalizado por eles, pois,

com a chegada da criança há alterações na dinâmica familiar. A expectativa da vinda e a convivência com o filho geram dúvidas e inseguranças. Frequentemente os pais se questionam sobre seu desempenho, a educação e a formação que estão dando a seus filhos. Quando os pais adotantes se sentem integralmente pais, intensificam-se estas questões, que podem fragilizar o relacionamento entre eles e o filho (MIRANDA, 2007, p. 86).

Toda a convivência entre pai e filho está coberta por sentimentos, inclusive confusos em relação a eles próprios e aos filhos que estão gerando ou recebendo em adoção. Nesse caso existe uma intensificação das emoções.

Em nenhum momento a adoção é considerada como um processo fácil para o adotando e o adotante. Em todas as idades existem fases difíceis a serem transpostas por todos, mas essas dificuldades agravam-se com o aumento da idade do adotado, que já tem uma bagagem, uma vivência maior e por vezes traumática, seja com seus pais genéticos, seja em instituição de acolhimento de menores. Por esse motivo a lei de adoção estabelece a necessidade do estágio de convivência, que ocorre durante o processo antes deste ser sentenciado. Durante essa coexistência, as partes terão a oportunidade de se conhecerem melhor e se adaptarem uns aos outros (MIRANDA, 2007, p. 87).

Quando se compreende a importância do convívio entre “pais” e “filhos”, deve-se ressaltar a necessidade da presença da mãe, e, neste ponto, a importância da mãe trabalhadora que adota um filho, pois sua presença é fundamental e insubstituível para a formação do vínculo de confiança e convivência da criança com a família.



O estágio de convivência é um período de conhecimento e adaptação do adotado inserido em novo lar com sua nova família. A duração pode variar conforme fixação da autoridade judiciária, observadas as peculiaridades de cada caso, podendo inclusive ser dispensado se menor de um ano de idade ou, independente de idade se o mesmo já se encontrar na companhia do adotante em tempo suficientemente hábil para avaliação da constituição do vínculo (ASSUNÇÃO, 2007, p. 3).

É importante analisar que na atual sociedade a mulher incorporou-se ao mercado de trabalho e, com o tempo, passou a cuidar dos direitos inerentes à mulher, acompanhando, assim, as evoluções sociais. À essa evolução é necessária a análise do tratamento dispensado pelo direito do trabalho em relação à licença para as mães adotivas (MANDALOZZO, 2004, p. 87).

É importante ressaltar a disponibilidade de tempo da mãe para, junto ao filho cuidar dele, e isto não apenas no caso dos recém-nascidos, mas, inclusive, e principalmente, no caso de crianças adotadas um pouco maiores com até oito anos de idade, já que estas, diferentemente daquelas recém-nascidas, precisam da presença da mãe para conhecê-la e aprender a confiar nela, a fim de conseguir uma boa integração no seio da família e dar início ao longo processo de adoção recíproca entre a criança e a família (MANDALOZZO *apud* MALDONADO, 1995, p. 42,43).

A norma que trouxe alteração no modo de ver e entender a adoção, também avança no “sentido de possibilitar a licença, criando condições de convivência entre a mãe e filho adotado, quando o momento é mais propício a tanto” (MANDALOZZO, 2004, p. 87).

O entrave da legitimação da extensão da norma da licença-maternidade encontra-se na própria Constituição que, ao invés de abranger significativamente com a expressão maternidade, limitou-se em seu art. 7º, XVIII, o direito da licença à gestante, restando assim ao legislador ordinário, conceder, perante a lei, a licença às mães adotantes. “Art. 7º... XVIII. licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (PEREIRA, CF, 2006, p. 12).

Mas Mandalozzo (1996 *apud* MANDALOZZO, 2004, p. 88) interpreta tal dúvida de forma mais abrangente e extensiva, “no sentido de que as normas existentes no ordenamento jurídico pátrios permitiram a extensão da licença às mães adotantes”. Essa afirmação embasa-se na norma constitucional também, especificamente na interpretação do art. 227, §6º, que diz: “Art. 227... § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (PEREIRA, CF, 2006, p. 53).

É significativo salientar que a proteção à maternidade é um direito social e reflete a consciência sobre a dignidade da mulher, bem como o respeito ao princípio da igualdade, pois é o princípio basilar e norteador de todo o ordenamento dela emanada. Dessa forma, quando o legislador ordinário estipula diferentes prazos para que a trabalhadora goze de sua licença-maternidade, segundo a idade do adotado, é uma objetiva e real afronta a norma constitucional e ao princípio da igualdade (ASSUNÇÃO, 2007, p. 6).

Da análise da norma que estabelece a diferenciação do gozo da licença-maternidade conforme a idade do adotado, observa-se um critério temporal, utilizado pelo legislador para a concessão do benefício. Assim

no caso de adoção, o período de gozo será de 120 dias para crianças adotadas com até um (01) ano de idade; 60 dias para crianças, maiores de um (01) ano e até quatro (04) anos de idade; 30 dias para crianças, maiores de quatro (04) anos e até oito (08) anos de idade (Jr. HORVATH, 2005, p. 236).



Existe aqui uma anomalia na legislação, ou seja, desprezo para com o mandamento constitucional da igualdade, pois ao adotar, a mulher trabalhadora também cumpre com seu papel social e passa a ter todos os deveres, obrigações e responsabilidades inerentes à filiação. Tal como ocorre com a gestante, deveria a adotante gozar dos mesmos direitos quanto ao seu afastamento laboral, utilizando-se do gozo integral da licença-maternidade.

“É desigual que empregadas gestantes e adotantes tenham deveres iguais (no que tange à filiação) e direitos diferentes – quanto à idade do adotado que delimita o período para efetivo gozo do instituto” (ASSUNÇÃO, 2007, p. 6). Não há, portanto, razões plausíveis para justificar a diferenciação da concessão da licença para trabalhadoras gestantes e adotantes, devendo o legislador tomar providências para que a essa obrigação idêntica entre as mulheres sejam também igualados os seus direitos maternais.

#### **4 LEGISLAÇÃO QUE AMPARA A LICENÇA MATERNIDADE PARA A MÃE TRABALHADORA**

O Brasil é Subscritor da Convenção Internacional 103 da OIT, de 1952, mas, apesar disso, até 1970, ele não conferia efetiva eficácia social ao critério jurídico, acobertado pelo diploma internacional. Entretanto, pelo artigo 372/CLT, o empregador deveria suportar, diretamente, o pagamento de todas as parcelas devidas contratualmente durante o afastamento de sua empregada (DELGADO, 2007, p. 1074).

A Lei nº 6136, de 1974, trouxe importante ajuste na ordem jurídica interna nesse aspecto. Não apenas assegurou prazo de afastamento maternidade de 12 semanas (ou seja, 84 dias, conforme prazo da Convenção 103/OIT), como estipulou que os salários do período do afastamento ficariam sob encargo da Previdência Social (as verbas do *salário-maternidade* passaram a ter, obviamente, desde então, natureza previdenciária) (DELGADO, 2007, p. 1075).

132

Posteriormente, essa proteção passou a ser assegurada pela Constituição de 1988, em seu art. 7º, XVIII, que prescreve direito à licença gestante pelo período de 120 dias, podendo ser concedida, segundo a CLT, 28 dias antes e 92 dias após o parto. O pagamento devido durante o seu afastamento é o salário-maternidade, o qual é pago de forma integral pela Previdência Social. No caso da empregada doméstica é pago de forma direta pela Previdência Social, correspondente ao seu último salário de contribuição (BARROS, 2007, p. 1066).

Esses períodos de afastamento, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de mais duas semanas cada um, mediante atestado médico fornecido pelo Sistema Único de Saúde e em circunstâncias excepcionais (art. 392, § 2º, art. 93, § 3º, e art. 96 do Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999) (BARROS, 2007, p. 1068).

A mesma autora ainda relata outras hipóteses contempladas pela Constituição, a qual ampliou o pagamento do salário-maternidade à trabalhadora avulsa e a segurada especial, devendo esta comprovar o exercício efetivo de sua atividade rural no prazo de 12 meses. Ambas as proteções estão dispostas no art. 7º, XXXIV da Carta Magna. Mais tarde, no final de 1999, a trabalhadora autônoma passou a ter o mesmo direito ao salário-maternidade, mas recebendo apenas 1/12 da soma dos 12 últimos salários de contribuição.

O legislador ordinário determinou que além da proteção à infância quando permite o afastamento da gestante por 120 dias, também protegeu o trabalho da mulher, concedendo-a estabilidade durante a gravidez e 5 (cinco) meses após o parto, ou seja, ela ainda tem o direito ao seu emprego durante 1 (um) mês após a volta de sua licença. Amador Paes de Almeida (2005, p.160) explica que:



Considerando a natureza previdenciária da licença-maternidade e, obviamente, procurando zelar pela manutenção do emprego à gestante, o art. 10, II, *b*, das Disposições Transitórias, instituiu a chamada *estabilidade gestante*:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa;

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A jurisprudência do TST vem para reafirmar essa posição Constitucional:

Recurso de Revista. Gestante. Auxílio-maternidade. A garantia à empregada gestante consagrada no art. 10, inciso II, letra *b*, do ADCT, não cuida da estabilidade e sim da garantia de emprego, por ser direito consagrado por teoria objetiva, qual seja, a existência do estado de gestação. A garantia prevista constitucionalmente veio para proteger a maternidade e o nascituro. O art. 131 da CLT prevê que durante o licenciamento compulsório da empregada por motivo de maternidade o salário maternidade será custeado pela Previdência /social, cujo benefícios somente é devo à mulher empregada, seno o auxílio-maternidade uma norma de direito público, uma vez que é o Estado que arca com o benefício, esta não pode ser negociada. Recurso de Revista conhecido e desprovido. TST. RR 459.432, de 1998, j. 23-5-2001, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ. 24-8-2001) (ALMEIDA, 2005, p. 162).

133

A importância fundamental da proteção dispensada pelo legislador à gestante e para à criança é explicada por psicólogos e médicos, os quais asseveram a importância da amamentação da criança e a companhia da mãe durante os primeiros meses mais frágeis da vida de um bebê. Prova disso é o que Spitz (1996, p. 92) relata em sua obra *O Primeiro Ano de Vida*. Ele explica que a inter-relação entre mãe e filho durante esta grande fase da vida é fundamental à criança. Essas experiências e as ações intencionais constituem grande e sensível desenvolvimento da personalidade do bebê, já que o contato físico e sentimental de mãe para como filho é essencial, e a própria existência da mãe forma as reações da criança, bem como sua percepção de “mundo”, o que vai se aperfeiçoando gradualmente no decorrer de seu primeiro ano de vida (SPITZ, 1996, p. 93 e 99). Na mesma seqüência, ele consagra que, no decorrer dos primeiros seis meses de vida do bebê, o sistema perceptivo, o sensorial do bebê, está em estado de transição o que se traduz imperativo a presença constante da mãe.

Durante muito tempo, o legislador pecou ao regularizar a licença-maternidade, bem como o salário maternidade, somente à trabalhadora gestante, idealizando uma concepção meramente biológica da maternidade. Alice Monteiro de Barros (2007, p. 1067) afirma que o legislador deveria estender a licença de 92 dias, o que corresponde à licença pós-parto, à mãe adotiva, contando esse prazo a partir do momento que a criança ingressa no “lar adotivo e desde que ela se encontrasse em idade que requeresse cuidados especiais, inclusive alusivos à adaptação”.



Então, em 2002, o legislador promulgou a Lei nº 10.421, que inseriu na CLT o art. 392-A, estendendo o privilégio da licença-maternidade à empregada que adotar ou obtiver a guarda judicial de criança, mas ele impôs algumas restrições que serão elencadas abaixo:

I – criança até um ano, licença de *cento e vinte dias*;

II – a partir de um ano até quatro anos, licença de *sessenta dias*;

III – de quatro a oito anos, licença de *trinta dias*.

A licença em apreço está condicionada à apresentação de *termo judicial* da adoção ou guarda da criança (ALMEIDA, 2005, p. 160).

Essa concessão à trabalhadora adotante não vale apenas às empregadas, mas também às seguradas avulsas, rurais, autônomas, domésticas e especiais.

Entendeu por bem o legislador que a mãe trabalhadora permaneça afastada de suas atividades laborais pelo prazo de 28 dias antes do parto e 92 dias após o parto, entendendo que é o bastante para que a mulher cuide e amamente o recém nascido e se restabeleça para voltar a exercer suas atividades pertinentes a sua profissão, bem como de sua residência e sua família como um todo (BARROS, 2007, p. 1066).

Sabendo que a criança não necessita apenas de alimento material, mas também psicológico, médicos e mães trabalhadoras ao lado da senadora Patrícia Saboya, em 2005 (SBP, 2005, p. 01), ingressaram no Congresso Nacional com um projeto de lei, visando aumentar o período de afastamento da licença-maternidade para um período de 6 (seis) meses, o qual tramitou na comissão de Direitos Humanos do Senado, até dia 09 de setembro de 2007, quando finalmente o então presidente da República Luis Inácio Lula da Silva aprovou a Lei, com algumas restrições, do aumento da licença maternidade. A nova lei traz basicamente o que estava no projeto, com alguns pequenos vetos.

134

Segundo noticiários de todo o país, a nova licença-maternidade entra em vigor à servidoras públicas ainda este ano, assim que a lei for publicada no “Diário Oficial”, e para as trabalhadoras da iniciativa privada, a partir de 2010, quando ajustarem-se à nova situação.

Como já previsto, o aumento de 60 dias na licença-maternidade é opcional para a empresa que deve ser acordada com a trabalhadora, e como meio de amenizar tal dispêndio de funcionário, pois deve-se substituir esta empregada por outra. A Lei traz que, com a opção de concessão dos 60 dias a mais para a trabalhadora, a empresa poderá abater os valores pagos a sua funcionária no Imposto de Renda, permanecendo os quatro meses legais e obrigatórios como é hoje, ou seja, a contribuição previdenciária continuará sendo paga (MENEZES, 2008, p. 01).

## 7 O IMPACTO DA LICENÇA-MATERNIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO

Com a aprovação do projeto de lei que estende a licença-maternidade, surgiram divergências sobre como ficaria o mercado de trabalho em relação às mulheres. Alguns especialistas entendem que tal medida, por ser facultativa, não colocará em risco o trabalho da mulher; outros já prevêem uma diminuição da oferta de trabalho às mulheres em idade fértil, o que configuraria uma atitude discriminatória, o que vem a ferir frontalmente a um princípio constitucional.

Hoje várias trabalhadoras brasileiras já vivenciam a realidade do benefício dos 6 (seis) meses de licença-maternidade, como o caso daquelas que trabalham para a Microsoft e Nestlé do Brasil, as quais são pioneiras deste assunto. Isso acontece da realidade da maioria das empresas brasileiras, tanto que, para o ministro do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra Martins, o impacto, oriundo do aumento do benefício da licença-maternidade para seis meses, pode ter efeito negativo e pode colocar, na prática, certa restrição na contratação das mulheres no mercado de trabalho.



Ele tem vários adeptos, entre eles duas advogadas trabalhistas, uma é Patrícia Esteves Jordão, do Rayes, Fagundes e Oliveira Ramos Advogados, que entende que o prazo de seis meses pode dificultar a inclusão da mulher no mercado de trabalho (MILÍCIO, 2007, p. 01).

Favoravelmente à extensão da licença-maternidade, há-se as empresas que apóiam e até já favorecem suas funcionárias com o benefício de seis meses, é o caso, já citado acima, da Nestlé do Brasil. O diretor Michael Haradon afirma que este aumento é um passo importante para as funcionárias e toda a sociedade, por isso já concede a licença de seis meses desde 2004; e Carlos Faccina, da Conferência nacional da Indústria, entende que esse passo é um avanço para o país (SBP, 2007, p.01), e Ampla Energia e Serviços S. A. que já concede a licença de 150 dias para que as funcionárias amamentem seus filhos recém-nascidos. O interessante nessa empresa é que o usufruto dessa licença é opcional e depende de acordo entre a empresa e a funcionária de forma individual.

Essas empresas e o governo entende que a concessão da licença-maternidade de seis meses é um benefício não somente à mãe e à criança, mas também ao empregador, pois muitas mulheres complementam a licença-maternidade com as férias. Se a licença for estendida, o período de afastamento do ambiente de trabalho chega há sete meses.

A importância do aumento do período do afastamento para mães, gestantes ou adotantes, e para as crianças está no fato de a mãe passar mais tempo ao lado desses filhos, seja para amamentar ou ajudar a concretização dos laços afetivos entre adotado e adotantes. Esta importância não é somente física, mas também psicológica, como bem enfatiza Weber (2007, p. 49):

O encontro de laços afetivos é uma situação suficientemente poderosa para que se possa tomar consciência de si e do mundo, proporcionando condições para reinventar os modelos de funcionamento da realidade. Acreditamos, com base tanto em nossas pesquisas como de outros autores, que a adoção seja, sem dúvida, uma das melhores maneiras de modificar a vida dessas crianças e adolescentes esquecidos nas instituições, pois é o apego seguro, a nutrição afetiva que uma relação familiar contínua e amorosa (adotiva ou não) que possibilita ao homem fazer-se humano, através da sua consciência, criatividade, da sua habilidade de planejar o futuro e da sua capacidade de amar a si mesmo e ao outro.

135

Assim, fica clara a intenção do legislador ao garantir proteção integral à maternidade e à infância, e ao atribuir igualdade a qualquer criança que esteja unida a um núcleo familiar, seja essa união através da gestação ou da adoção.

Portanto não há que se falar em diferenciação na concessão da licença-maternidade para gestantes e adotantes. Ela deve ser concedida igualmente, independente da idade da criança adotada, ou devido a antecipação do parto. Segundo a própria Constituição Federal, todos são iguais, não devendo, portanto, crianças serem discriminadas, por serem adotadas. E é em busca de manter está igualdade que a licença-maternidade deve ser igualada a todas as mães, independente se ela é a genitora ou a adotante, e independente da idade de seus filhos.

## 8 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 trouxe à mulher trabalhadora brasileira a garantia de poder estar ao lado de seu filho recém-nascido nos seus primeiros quatro meses de vida, e em 2000 essa garantia foi estendida à trabalhadora adotante, mas com algumas restrições.





Para ter seu direito ao salário integral durante o afastamento, denominado licença-maternidade, e para que isso não se configure motivo de discriminação e exclusão das mulheres do mercado de trabalho, o legislador ordinário atribuiu à Previdência Social a responsabilidade e a obrigação do pagamento deste salário. Durante o afastamento, a mulher goza do benefício especificado como salário-maternidade, de forma integral. Essa peculiaridade configura para o empregador a suspensão do contrato de trabalho da empregada.

É necessário que este direito à licença-maternidade, de forma integral, seja assegurado para a trabalhadora adotante, independentemente da idade do menor a ser adotado. E a aprovação do aumento da licença-maternidade, também, com extensão à mãe adotante em sua forma integral.

Essa aprovação é um avanço para o país, pois demonstra a conscientização da importância da presença da mãe junto ao recém-nascido. Sem contar que há o aspecto psicológico e da saúde em volta do novo ser humano que chega ao mundo. O recém-nascido necessita da alimentação exclusiva do leite materno pelo menos durante os seis primeiros meses de vida, pois, segundo pediatras e psicólogos, é a época em que a criança desenvolve o cérebro e fortalece suas proteções contra doenças. Mesmo que ele não seja amamentado com o leite materno, a presença da mãe é indispensável para o bom desenvolvimento e evolução organizacional pelo qual a criança está passando.

Outro aspecto relevante é o modo como os demais períodos da licença-maternidade serão pagos. Segundo a lei sancionada pelo Presidente, o afastamento por quatro meses é obrigatório, e continuará sendo pago pela previdência social, enquanto que os demais dois meses de afastamento, que serão opcionais, para a empresa e a trabalhadora, serão pagos pelo empregador, o qual poderá abater do Imposto de Renda (IR) o total da remuneração integral pago a funcionária que se ausentou por mais dois meses.

Uma importante mudança, realizada para a aprovação da nova lei, foi o fato de que o empregador que optar por conceder a licença-maternidade aumentada de dois meses deverá participar do programa Empresa Cidadã, a fim de diferenciar as empresas que são optantes pelo aumento, daquelas que não o fizeram.

136

Na época da pré aprovação da referida lei de aumento da licença-maternidade, houve insurgências a favor e contra a concessão do benefício aumentado de dois meses. As opiniões favoráveis entendem que este benefício proporcionará ao bebê e à trabalhadora maior aproximação e tranquilidade, principalmente à trabalhadora que voltará mais disposta, sem falar no fato de que não necessitará ausentar-se com grande frequência do emprego para socorrer o filho, que já estará adaptado ao mundo e, devido a amamentação exclusiva e a presença da mãe em seus primeiros meses cruciais de vida, terá um corpo sadio. Essa afirmação vem dos dirigentes de empresas que já concederam a licença-maternidade de seis meses às suas funcionárias. Contrariamente à aprovação, os argumentos circundam sob a ceara da discriminação do emprego da mulher, a qual poderá ter dificuldade de inclusão no mercado de trabalho.

A extensão vem para privilegiar também à trabalhadora adotante, mas, infelizmente, com a permanência da distinção segundo a idade que a criança tem no momento da adoção. Tal distinção configura frontal inconstitucionalidade aos princípios da não discriminação, à proteção integral do menor e à igualdade entre os filhos, sejam eles consangüíneos ou adotados.

Os fundamentos para a defesa da igualdade entre mães gestantes e adotantes encontram-se na própria Constituição Federal, que veda a discriminação ente os filhos gerados ou adotados, bem como defende e garante a igualdade de direitos entre todo e qualquer cidadão, independentemente de cor, raça, religião ou idade. Outra razão está embasada nos aspectos psicológicos da criança e da mãe que participam do processo de adoção.

Especialista e estudiosos defendem que a trabalhadora adotante também necessita do período integral da licença-maternidade, pois tanto ela como a criança que está recebendo, seja esta de um ou oito anos, depende da mãe que está recebendo-a. A trabalhadora precisa da cobertura do benefício da licença de seis meses integral, para poder usufruir da presença de seus filhos e de doar-se a eles de forma integral, independentemente da idade com que estes filhos cheguem a seus braços. Com isso, o legislador ordinário estaria fazendo justiça a estas mulheres e crianças.



O legislador iniciou o processo de equiparação e igualdade entre mães trabalhadoras, em 2002, com a extensão da licença-maternidade a mães adotivas. E o senado fez justiça a mães e filhos ao aprovar o projeto de ampliação da licença para seis meses. Afere-se de todo o exposto que o legislador trouxe grandes benefícios e satisfações, não somente à criança e à mãe, mas também a toda sociedade e às famílias. Se ele concede esta ampliação de forma integral à adoção, respeitando a dignidade das famílias e obedecendo ao preconizado na Constituição, com o princípio da igualdade, deixa de diferenciar e seccionar a licença para a mãe adotante, conforme a idade da criança adotada, pois esta necessita de proteção, afeto e respeito independentemente de sua idade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Adriana. **De mãe para filho. Proposta quer ampliar tempo de licença-maternidade.** Disponível em: <<http://www.trvisioli.com.br/materias2006-janeiro.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2007.

ALBUQUERQUE, Kadydja. **Grávidas tem Proteção Legal.** Disponível em: <<http://www.waleitamentomaterno.com>>. Acesso em: 07 abril 2006.

ALMEIDA, Marta Cristina Nunes. **Licença maternidade de adoção.** 1998-2001. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2002/novembro/0811/ARTIGOS/A06.htm>>. Acesso em: 12 out. 2007.

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT: comentada.** 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALPHAVILLE. **Projeto que amplia licença-maternidade pode ser entrave à vida profissional da mulher.** Publicado em 04 de jan. de 2006. Disponível em: <<http://www.trvisioli.com.br/materiais2006-janeiro.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2007.

ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas. A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n. 1424, 26 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9928>>. Acesso em: 12 out. 2007.

BAPTISTA, Sylvia Mello Silva. **Maternidade e Profissão: oportunidades de desenvolvimento.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho,** 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: 2007.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho:** legislação complementar, jurisprudência, 31. ed., atual., Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006.

CIEGLINSKI, Amanda. **Por dois meses a mais.** Publicado em: jul. de 2007. Disponível em: <[http://www.sbp.com.br/show\\_item2.cfm?id\\_categoria=17&id\\_detalhe=2412&tipo\\_detalhe=s](http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=17&id_detalhe=2412&tipo_detalhe=s)>. Acesso em: 31 out. 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr – 2007.

FRANÇA, Valéria. **Elas são o objeto do desejo.** Publicado em ago. de 2006. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revistas/Epoca/0,,EDR75142-6012,00.html>>. Acesso em: 22 mar. 2007.



FREIRE, Tatiane. **Licença maternidade de seis meses avança no Brasil**. Disponível em: <[http://www.iesb.br/grad/jornalismo/na\\_pratica](http://www.iesb.br/grad/jornalismo/na_pratica)>. Acesso em: 22 mar. 2007.

GERBI, Tânia. **A mulher brasileira e o trabalho**. Disponível em: <<http://www.pime.org.br/mundoemissao/mulhermaos.htm>>. Acesso em: 21 out. 2007.

HORVATHA Jr., Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed., atual. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **O princípio da igualdade e a discriminação do trabalhador. Jus Navegandi**. Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jsu2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3097>>. Acesso em: 17 set. 2007.

LUQUES, Ione. **Empresas se antecipam a projeto de lei e ampliam licença-maternidade**. Publicado em: ago. de 2007. Disponível em: <[http://www.sbp.com.br/show\\_item2.cfm?id\\_categoria=17&id\\_detalhe=2444&tipo\\_detalhe=s](http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=17&id_detalhe=2444&tipo_detalhe=s)>. Acesso em: 21 out. 2007.

MADER, Paula Marafeli. **Conhecendo a licença maternidade**. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/mulher/seusdireitos>>. Acesso em: 02 ago. 2006.

Mãe adotante deve ter Licença-maternidade. **Jornal do Senado**, edição de quinta-feira, 2 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 02 ago. 2006.

138 MANDALOZZO, Silvana Souza Netto e Lúcia Cortês da Costa. **Adoção e trabalho no Brasil: a luta pelos direitos de mães adotivas ou que obtém guarda judicial para adoção**, publicado em 05 agosto de 2004. Disponível em: <[http://www.uepg.br/prosp/publicatiohum/2004\\_2/07.pdf](http://www.uepg.br/prosp/publicatiohum/2004_2/07.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito da Seguridade Social**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENEZES, Fabício. **Aprovada a Nova Lei de Licença Maternidade**. Publicado em 10 de set. de 2008. Disponível em: <<http://psicologiaetrabalho.blogspot.com/2008/09/aprovada-nova-lei-de-licena-maternidade.html>>. Acesso em: 25 set. 2008.

MILICIO, Gláucia. **Preço do benefício: Licença-maternidade maior ajuda mas pode atrapalhar**. Publicado em 18 de out. de 2007. Disponível em: <<http://www.conjus.estadao.com.br/static/text/60529,1>>. Acesso em: 20 out. 2007.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Direitos da criança e adoção internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Ézio Luiz (Org.). **VADE MECUM**. 2. ed. Lemes, SP: CL EDJUR, 2006.

PERES, Ana Paula Ariston. **A Adoção por Homossexuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROCHA, Ruth. **Minidicionário**, 7. ed. São Paulo: Scipione, 1996.

SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT comentada**. 39. ed. São Paulo: LTr, 2006.



SBP. **Licença-maternidade de seis meses ganha apoio e sugestões de empresários**, publicado em mar. de 2007. Disponível em: <[http://www.sbp.com.br/show\\_item2.cfm?id\\_categoria=17&id\\_detalhe=2328&tipo\\_de](http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=17&id_detalhe=2328&tipo_de)>. Acesso em: 21 out. 2007.

SBP. **Veja a relação dos municípios e estados onde já é lei e conheça o PL 281**. Disponível em: <[http://www.sbp.com.br/show\\_item2.cfm?id\\_categoria=17&id\\_detalhe=2175&tipo\\_detalhe=s](http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=17&id_detalhe=2175&tipo_detalhe=s)>. Acesso em: 12 out. 2007.

SBP. **Licença para a vida**. Publicado em 05 de abr. de 2007. Disponível em: <[http://www.sbp.com.br/show\\_item2.?id\\_categoria=17&id\\_detalhe=2336&tipo\\_detalhe=s.html](http://www.sbp.com.br/show_item2.?id_categoria=17&id_detalhe=2336&tipo_detalhe=s.html)>. Acesso em: 20 out. 2007.

SOARES, Cleusa Ribeiro. Os direitos sociais. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, 2º semestre, Franca: 2004, p. 40-42.

SOMARIVA, Maria Salute e Roberto Luis Luchi Demo. **Benefícios previdenciários e seu regime jurídico. Salário-família, salário-maternidade, auxílio-reclusão e seguro-desemprego**, 5 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8599>>. Acesso em: 28 maio 2007.

SOUZA, Renata Pauliv de; Vera Regina Miranda. **ADOÇÃO: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICO-SOCIAIS, PSICOLÓGICAS E JURÍDICAS**, p. 19 à 92. Psicologia Jurídica: temas de aplicação. Maria Cristina Neiva de Carvalho; Vera Regina Miranda (Org.). Curitiba: Juruá, 2007.

SPITZ, René A. **O Primeiro Ano de Vida**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VICENTE, José Carlos. **Adoção – o que é a adoção, seus efeitos e formas para se adotar**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/fatiss.asp?rvTextoId=1183371062>>. Acesso em: 11 out. 2007.

139

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. 2. ed. (ano 2003), rev. e ampl., 4ª impressão. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. **Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção**. 3. ed. (ano 2004), 4ª tiragem, rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007.



## MEDIAÇÃO: UMA ALTERNATIVA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

*Bianca da Rosa Bittencurt<sup>1</sup>*

### RESUMO

O tema surgiu a partir de uma realidade negativa e crescente no Brasil, sendo esta a quantidade de separações e divórcios que assolam as Varas de Família. A busca pelo materialismo ocasiona um esquecimento da área emocional, dando abertura para as doenças da alma. Quando estas são detectadas é bem verdade que os relacionamentos já estão destruídos, e as partes não possuem vontade de lutar, o que é mais fácil desistir e seguir em frente, desestruturando uma família inteira. Nessa etapa é possível acrescentar a mediação como suporte, para que ela possa promover um diálogo entre o casal, e assim aquela terceira pessoa neutra assume as rédeas desta relação, auxiliando as partes a chegarem a um consenso. O procedimento utilizado na mediação busca trabalhar a área emocional do ser humano em se tratando do casamento. A finalidade maior é que se normalize tal situação e que esta seja trabalhada de forma positiva na vida do casal. Quando não for possível uma reconciliação, que seja direcionadas então, à separação consensual a fim de minimizar os danos causados pelas circunstâncias, tanto do casal quanto aos filhos. Interessante se faz mencionar que a família é a base da sociedade, pois cada ser humano faz parte de uma família, que, por sua vez, é sustentada por um elo de afeto que une as pessoas em comum. Observa-se que esta relação foi composta desde as mais remotas eras, quando da criação do mundo, por isso a mediação vem como auxílio ao Judiciário para promover uma sociedade pacífica.

**Palavras-Chave:** Família. Conflito. Mediação. Pacificação.

140

## MEDIATION: AN ALTERNATIVE FOR THE CONFLICT RESOLUTION IN THE FAMILY RIGHT

### ABSTRACT

The issue arose from something negative and growing in Brazil, which is the amount of separations and divorces that desolate beams of the Family. The search for materialism causes an emotional neglect of the area by opening for diseases of the soul, where these diseases are detected is quite true that the relationships are already destroyed, and the parties have no will to fight, being easier to quit and move on destroyed an entire family. At this stage you can add to support the mediation so that it can promote a dialogue between the couple and so that neutral third person took the reins of this relationship helping the parties to reach a consensus. The procedure used in the search mediation emotional work the area of human beings in the context of marriage. The larger purpose is to normalize the situation and if that is worked in a positive way the lives of the couple, when they can not be a reconciliation, which is then directed to a separation agreement in order to minimize the damage caused by circumstances, both in spouses and in children. Is interesting to mention that the family is the foundation of society, because every human being is part of a family, this family that is supported by a bond of affection that unites people together. It is observed that this relationship was formed from the most remote eras, when the creation of the world, so the mediation comes as aid to the Judiciary in order to promote a peaceful society.

**Keywords:** Family. Conflict. Mediation. Pacification.

---

<sup>1</sup> Bacharelado em Direito pela UniFil.



## 1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, a busca por melhor posição na área profissional e melhor condição financeira, que culmina em intensa busca pelo materialismo, ocasiona o esquecimento do “próprio eu”. Muitas vezes, as pessoas acabam perdendo a sua identidade, sem ao menos chegar ao cumprimento de tais metas, porque, cada vez que é atingido um degrau almejado, a intenção é subir mais, mesmo que isso custe a própria vida. Como se observa, o casamento, relacionamento a dois no meio de tantas metas e buscas, perde-se e, às vezes, morre. Ao que parece esta “morte” não tem mais volta.

A mediação, nesse caso, é bem vinda, pois visa ao bem comum de toda sociedade e começa a trabalhar na vida do casal por meio de uma terceira pessoa, neutra, determinada a atingir o seu objetivo que é a reconstrução daquela família, ou uma ruptura harmoniosa.

O procedimento utilizado na mediação busca envolver a área emocional do ser humano, e a finalidade maior é normalizar o conflito para que este seja trabalhado de forma positiva entre as partes, a fim de minimizar os danos causados pelas circunstâncias, tanto ao casal, quanto aos filhos.

Trilhando o caminho clássico da mediação, observa-se que o Direito de Família é à base da sociedade, pois cada ser humano faz parte de uma família, que é sustentada por um elo de afeto que une as pessoas em comum. Essa relação foi composta desde as mais remotas eras, quando da criação do mundo, quando Deus criou o homem e, vendo que este não poderia viver só, criou a mulher. Após isso veio o pecado, para que o homem não perdesse o contato com Deus. Ele, por amor à humanidade, deu o seu único filho a morrer pelo ser humano, e, desde então nasce à mediação, pois esta tem como baluarte Jesus Cristo.

O objetivo da Mediação, em se tratando de termos políticos e sociológicos, é construir uma sociedade mais estruturada emocionalmente, uma família completa que educa os seus filhos a fim de beneficiar a sociedade, pois mediante tanta violência observa-se que cada agressor carrega consigo um trauma causado pela família, e assim é usada a teoria da vitimologia, fazendo com que uma “vítima” faça outra vítima a fim de minimizar o problema vivido em seu interior.

O estudo analisa a evolução do número de separações e divórcio no Brasil e busca na mediação uma solução para diminuição desta estatística, bem como analisa o ser humano no sentido razão/emoção, pesquisando os fatores que levam o homem a desistir de sua família, enfim identifica as causas possíveis de serem dirimidas por meio da mediação.

## 2 CONCEITO

Conceitua-se mediação como meio alternativo de resolução de conflitos, sendo esta uma forma que contribui para uma reorganização da vida pessoal e familiar, por meio do estabelecimento de nova alternativa de comunicação e de acordo final entre as partes. Cachapuz (2003, p. 29) esclarece que: “O conceito mais usual de mediação estabelece que ela é um meio extrajudicial de resolução de conflitos, onde um terceiro é chamado para encaminhar as partes para chegarem a uma solução ou acordo”.

A mediação no Brasil baseia-se no princípio da soberania da vontade, pois ela tem como objetivo reformular a situação controversa que levou as partes ao conflito. O fato das pessoas buscarem a mediação como alternativa leva a crer que há uma disposição de mudança de comportamento, de arrependimento, ou seja, vontade de recomeçar, sendo este um dos principais requisitos para o sucesso no processo de mediação.

A mediação é uma forma de administração do conflito pelo qual as partes, auxiliadas por um terceiro, neutro, imparcial, reconhecem as diferenças existentes entre eles e visualizam, juntos, de forma pacífica, o problema, para que assim se dê continuidade ao relacionamento, resgatando sentimentos que haviam sido apagados com o passar do tempo. Na mediação não existem vencedores, ou perdedores, ambos vencem, pois optam por um acordo amigável, por uma solução inteligente que visa apenas o bem estar da sociedade.



O projeto de lei 4.827/1998, com substitutivo 94/2002, traz a mediação como “atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.” “As mediações podem ser definidas como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível” (SCHNITMAN, 1999, p. 19).

O papel da mediação familiar é auxiliar o casal em crise a definir um conjunto de decisões, através da negociação dos pontos em desacordo, visando à facilitação da resolução de forma não conflituosa.

Em virtude dessas considerações, vale ressaltar a importância da mediação, sendo esta um marco para um novo tempo, em que os conflitos são apaziguados por diálogos e acordos em que todos serão beneficiados.

## 2.1 Mediador

O mediador é um profissional que faz a “ponte” entre as partes, até que se chegue a um acordo amigável, pois a mediação é a arte de amenizar os conflitos, ela parte do princípio em que se opõe a disputa e procura encontrar soluções conjuntas.

O mediador é um terceiro, imparcial, competente e eleito pelas partes. Em se tratando de competência é válido salientar que diz respeito à capacitação do mediador, vez que, diante da inexistência de regulamentação desta atividade, qualquer pessoa pode exercê-la, porém deve ter conhecimentos básicos de psicologia, sociologia, técnicas de escuta, comunicação e estratégias de lidar com conflitos.

Muniz (2004, p. 66) instrui que:

O terceiro não diz de forma autoritária o certo e o errado, mas mostra caminhos através da persuasão que estão em acordo com a vontade das partes e que serão benéficos para essas partes e para comunidade. Influencia, mesmo que não fale, pois, sua simples presença fará com que as pessoas modorem mais o que falam e controlem mais o seu comportamento.

142

No Brasil o Projeto de Lei que trata da mediação não faz restrições sobre a figura do mediador. Em outros países a mediação só pode ser exercida por advogados, porém, para cada caso, é escolhido um mediador.

O mediador, em regra, necessita contemplar características para o sucesso de um processo. Farinha e Lavadinho (1997, p. 26) elencam três aspectos que clarificam a idéia da atitude favorável à cooperação, ou seja, o mediador deve possuir uma postura conciliadora, a experiência profissional e, enfim, a formação em mediação, adquirindo um perfil imparcial para que favoreça o sucesso da mediação.

Por muitas vezes é difícil entender o papel do mediador, e até mesmo colocar a mediação em prática. A sociedade lida de forma egoísta com os conflitos, e o orgulho impede a busca de uma visão mais ampla do problema. É bem verdade que o histórico do povo brasileiro é brigar até o fim e enfrentar a disputa, impedindo, assim, uma solução pacífica, proposta da mediação. A mediação permite, portanto, despertar nas pessoas que desfazem um vínculo conjugal o desejo real de assumirem suas próprias vidas, fortalecendo a capacidade de diálogo a fim de chegar a uma solução mais amena dos conflitos (ARSÊNIO, 2008, p. 1).

Convém ponderar que o casal, em fase de separação, não consegue visualizar pontos em comum, e o diálogo é extinto, porém existem inúmeros assuntos a serem discutidos, que o mediador intervém como uma pessoa imparcial com o propósito de restabelecer o diálogo.



Verônica Motta e Cezar Ferreira (2007, p. 161) sustentam que: “O mediador não é um juiz que decide, não é um advogado, que orienta, e não é um terapeuta, que trata. Ele promove a aproximação das partes, trabalha a favor da flexibilidade e da criatividade dos mediados e procura favorecer a realização do acordo”.

O fato de haver um terceiro no núcleo do conflito potencializa os pontos positivos, pois, por meio deste, as partes procuram se tratar com mais respeito, sendo possível acionar hipóteses de soluções para a discussão ali iniciada.

### 3 FAMÍLIA E SEUS CONFLITOS

A família Romana surgiu em 753 a.C, com a fundação de Roma e o surgimento do Império Romano, sendo representada por um conjunto de pessoas colocadas sob o domínio de um chefe, do qual emanava todo o poder sobre os membros da família e sobre os bens que lhe pertenciam (WOLKMER, 2004, p.126)

A verdade é que, ao longo dos anos, a família sofreu uma evolução considerável, em consonância com o desenvolvimento social e econômico de cada época. Nessa linha de raciocínio, Lourival Serejo (2002, p.32) sintetiza as “características marcantes dessa evolução como sendo a privatização do conceito de família, com a valorização de cada um dos seus membros, que passaram a ter mais autonomia e mais liberdade de ação”.

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda organização social. Na visão de Carlos Roberto Gonçalves (2005, p.1):

Família é uma instituição sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura sem, no entanto, defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia.

143

Por derradeiro cumpre dizer que, com o passar do tempo e a evolução da sociedade, nasceu uma nova idéia de família, em que as mulheres se igualam aos homens e assumem inúmeros papéis, porém é imprescindível destacar que a família jamais deixará de ser o núcleo da sociedade, tendo em vista a sua máxima importância na vida do ser humano.

#### 3.1 A Família Atual

O conceito de família sofreu profunda transformação como já demonstrado anteriormente. Nessa linha de análise é possível verificar as alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988 como pondera Clóvis Beviláqua (1998, p. 01):

A palavra família, como já notara Upiano, tem várias acepções jurídicas, que se desprendem do vocábulo em gradações cromáticas, segundo a situação em que se acha o observador. Compreende num sentido, como o complexo das pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, tanto quanto esta ascendência se conserva na memória dos descendentes.

A família é o centro da sociedade, local em que se alicerça a organização social, tendo as normas constitucionais o fito de fortalecê-la e ampará-la. Oportuno se torna dizer que não é somente pelo casamento que se constitui uma família, pois a Constituição Federal de 1988 positivou uma nova face de direito de família, em que o direito constitucional vem abrangendo vários direitos para a família até então não cogitados pela sociedade.





O ponto chave da transformação social e legal foi o princípio da igualdade dos cônjuges, no exercício do matrimônio e a nova visão de família e filhos, desencadeando o rompimento com vários dogmas já consagrados pela estrutura de vida da época.

Podem-se verificar tais mudanças no Artigo 1565, que determina:

[...] homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos de família. Também o artigo 1567 expressa [...] Compete a ambos a direção da sociedade conjugal, em mútua colaboração, sempre no interesse do casal e dos filhos [...].

Como pondera Rozane da Rosa Cachapuz (2001, p.99) “tempos passaram, valores mudaram, no entanto, a família permanece como base estrutural do ser humano, pois é na interação familiar que se produzem os traços de uma personalidade sadia”. É na família, mediadora entre o indivíduo e a sociedade, que se aprende a perceber o mundo e a se situarmos nele. É a formadora da primeira identidade social. (REIS, 1998, p.99).

Sendo assim, é importante que a família seja preservada porque, por meio dela é possível buscar um alicerce para construir uma personalidade sólida. É bem verdade que a sociedade antiga vivia uma família conservadora, os limites e conquistas eram presentes, porque, atualmente, nota-se uma perda neste âmbito devido à facilidade da vida moderna.

### 3.2 Os Conflitos Existentes na Família

Como resultado de uma sociedade moderna, os conflitos na família se tornam cada vez mais complexos, a paciência e o respeito são substituídos pelo “imediatismo”, a correria é enorme, o tempo parece diminuir, o lazer se torna cada vez mais escasso e as pessoas percebem isso em um momento de explosão, cuja a emoção toma conta da razão.

144

O conflito pode ser positivo quando leva as partes a refletirem sobre o assunto e a chegada de um denominador comum, ou pode ser considerado negativo quando as partes não cedem e tornam a situação ainda mais complexa.

Para Wagner & Hollenbeck (2002, p. 63), os conflitos podem ser benéficos quando:

São resolvidos de forma a permitir discussão, ajudando a estabilizar e integrar as relações interpessoais; permitem a expressão de reivindicações, ajudando a reajustar recursos valorizados; ajudam a manter o nível de motivação necessário para a busca de inovações e mudanças; ajudam a identificar a estrutura de poder e as interdependências da organização; auxiliam na delimitação das fronteiras entre indivíduos e grupos, fornecendo senso de identidade.

Os conflitos existentes na família são inúmeros, porém é possível enumerar os mais comuns como a impaciência, a depressão, a dificuldade de adaptação, a ansiedade, o medo, a violência e a ausência de comunicação. Cada qual traz consigo a gravidade e o poder de acabar com qualquer relação, porém cada um, trabalhado de forma individual e positiva, pode se tornar um aliado na reconstrução de uma vida a dois.



### 3.3 A Forma Mais Fácil de Resolver Conflitos

Na vida social, existem inúmeras relações jurídicas e normalmente elas começam e terminam de forma pacífica, porém, em algumas situações, os particulares, por alguma razão, não cumprem o que lhe compete, entrando em litígio, assim o Estado é chamado para intervir e compor o litígio. Agindo da forma que lhe é cabível.

O Estado intervém e julga sempre, procurando a resolução de forma positiva, porém é bem verdade que, quando uma decisão é dada pelo Estado por meio do Poder Judiciário, esse conflito não acaba ali, ou melhor, o litígio teoricamente termina, mas sempre há um perdedor, pois se trata de uma decisão imposta.

Cumprindo observar preliminarmente que a primeira idéia, quando se trata de solução de conflitos, é a violência, sendo esta uma forma primitiva, porém não completamente extinta, ou seja, há o predomínio da força. A forma mais razoável de resolução é aquela em que as pessoas chegam a um consenso, primeiramente tentando uma negociação; quando esta não é possível, entretanto, é válido que haja uma intervenção a fim de apaziguar a relação e estabelecer possibilidades de um melhor desfecho para aquele problema.

Em virtude dessas considerações, cumpre observar que a sociedade enfrenta processos de mudanças sociais e culturais que levam a uma crescente dificuldade, que se externa por meio das controvérsias existentes nos dias atuais. A mediação pode facilitar o diálogo e prover novas soluções para a tentativa de minimizar tais conflitos.

## 4 MEDIAÇÃO COMO RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

### 4.1 O Processo de Mediação

Na mediação, a batalha não ocorre entre as partes, mas entre os conflitos, que são identificados e resolvidos pelas próprias pessoas. Com a ajuda do mediador, as controvérsias são expostas, discutidas, entendidas, para após serem resolvidas. Nesse processo não há a presença da burocracia imposta pelo Estado, por isso há uma resolução de forma mais rápida e fácil.

É possível saber o início de um processo de Mediação, todavia é impossível prever o seu fim e o desenrolar, tendo em vista as diferentes personalidades das partes, sendo que, em alguns casos, é cabível ultrapassar algumas etapas, já em outros é necessário o enfoque em um determinado ponto.

Como define Ademir Buitoni, “[...] uma sociedade, para ser justa, precisa, sem dúvida, de um mínimo de leis, porém precisa da indispensável internalização subjetiva dos valores éticos e morais” (2005, p. 114). No momento em que o ser humano, lidando com a realidade do conflito, entende as razões e busca “criar” a sua solução, as partes mudam-se mutuamente, abrindo a pacificação tão almejada pelos idealizadores da justiça.

É importante dizer que nem sempre é cabível o processo de mediação, tendo em vista que as pessoas são diferentes, os temperamentos e personalidades se diferenciam, portanto, ao entrar em um processo em que o mediador, após inúmeras tentativas e técnicas de mediação, não atingir nenhum avanço é recomendado o encaminhamento deste casal ao Poder Judiciário, sendo que o mais indicado, nesse caso, é uma decisão imposta pelo juiz.

O Processo de Mediação encerra-se com a assinatura do termo de acordo pelas partes; por uma declaração escrita do Mediador, no sentido de que não se justifica aplicar mais esforços para buscar a composição; por uma declaração conjunta das partes, dirigida ao Mediador, com o objetivo de encerrar a Mediação ou por uma declaração escrita de uma das partes para a outra, e para o Mediador, declarando não ter mais interesse no prosseguimento da Mediação (REGULAMENTO, 2008). Flexibilidade, informalidade, celeridade, maior capacidade de domínio e de decisão do conflito pelos interessados diferenciam a mediação do judiciário.



Como remate é importante frisar que o processo de mediação é dotado de etapas com intuito de estabelecer regras a fim de um resultado benéfico. Primeiramente há a aceitação do processo pelos interessados, pois se torna essencial para o prosseguimento do feito. Ato contínuo dá-se a identificação dos conflitos existentes, juntamente com a identificação de opções e alternativas viáveis para o fim do processo que se dá com a negociação. Este momento é quando as partes chegam a um consenso para elaborarem o acordo e sua aceitação, finalizando com a homologação judicial deste, momento oportuno de levar ao conhecimento do Judiciário o acordo e obter a decisão do processo, visualizando, portanto, o papel auxiliador da mediação com o Judiciário.

## 4.2 Os Objetivos da Mediação

A Mediação familiar tem por objetivo atender a família em crise, a partir do momento que os membros se tornam vulneráveis para buscar um apoio profissional, a fim de que lhe sejam abertas às possibilidades de desenvolverem a consciência de seus direitos e deveres, criando condições para que o conflito seja resolvido com o mínimo de comprometimento da estrutura emocional das partes envolvidas.

Analisando a mediação como auxiliadora de comunicação entre as partes e ainda como responsável pela solução do conflito, percebe-se que a mediação faz também o papel da prevenção de conflitos.

A solução de conflitos é o objetivo mais claro na mediação. A solução se dá por meio do diálogo, que colabora para que as partes cheguem a um acordo, possibilitando uma boa administração da situação. Acrescenta-se a isto a idéia de Alice Costa Porto (2001, p. 128), salientando que “A comunicação é a base da negociação e da mediação.”

Em se tratando de prevenção de conflitos, tendo em vista que a mediação é um meio para facilitar a solução de controvérsias, está entendida como prevenção, já que trata do conflito evitando uma má administração deste. Nessa linha de análise, Lilia Maia de Moraes Sales (2004, p. 30) cita Mônica Haydee Galano que acrescenta; “uma mediação bem sucedida leva a semente da resolução de conflitos que as divergências podem criar no futuro, ela retoma o canal da comunicação”.

A mediação não é um substituto à via judicial, mas uma via complementar, tornando a separação litigiosa em separação consensual - vantagem para o casal, os filhos e até mesmo ao próprio Judiciário, pois a separação, na forma consensual, é mais rápida e fácil de ser resolvida, o que resulta, assim, o fim de um processo em um tempo menor.

Praticamente todos os métodos de mediação são utilizados nos casos existentes nas Varas de Família, pois a família é o pilar da sociedade, e a mediação vem em sua defesa e em seu fortalecimento podendo estimular o seu devido valor para o exercício da cidadania.

## 4.3 Reconciliação do Casal

A mediação, ao atuar nos aspectos emocionais dos conflitos, reconhece que os sentimentos fazem parte do problema e da solução e, uma vez esclarecidos, possibilita a transformação da situação, facilitando a negociação das opções mais satisfatórias, reorganizando os papéis e obrigações da família. A mediação capacita as pessoas a reverem o passado com o intuito de superar, auxiliando a avaliar todas as questões para construir o futuro de forma positiva.

Em virtude dessas considerações, vale ratificar a importância da Mediação como forma de resolução de conflitos na família, tendo em vista uma possível reconciliação do casal, vez que os problemas são analisados e as partes amadurecem e buscam a solução de forma amigável. É sempre bom pensar na possibilidade de casar novamente com a mesma pessoa, ou, então, ao optar pela separação, que seja ela consensual, beneficiando as partes, os filhos, os familiares e conseqüentemente toda uma sociedade.



#### 4.4 Separação Amigável

A utilização da Mediação nos conflitos, envolvendo separação e divórcio, permitirá que os interessados busquem as melhores soluções que satisfarão a ambos, proporcionando-lhes, assim, uma ruptura conjugal harmoniosa e sem traumas para os ex-cônjuges, bem como para os filhos. A mediação na separação é uma tentativa de evitar o litígio. Não se podendo evitar o ingresso no Judiciário, pode-se, portanto, tentar evitar uma guerra desnecessária.

Cumprir dizer que, ao se falar em separação e divórcio, surgem várias novas situações que, muitas vezes, agravam ainda mais o conflito, como, por exemplo, a guarda dos filhos, a pensão alimentícia, a partilha, entre outros. Para que isso seja resolvido é necessário que as partes entrem em negociação, porém, quando esta não está sendo positiva, é imprescindível a intervenção de um terceiro, para que este estimule as partes a ver o problema de forma diferenciada e buscar soluções possíveis para ambos a fim de que se chegue a um denominador comum.

Na mediação, tendo em vista a sua informalidade, os casais podem trabalhar de forma mais confortável seus problemas, tendo em vista que eles são responsáveis pelo andamento do processo, bem como pelos resultados a serem atingidos.

Como pondera Maria Nazareth Serpa (1998, p. 27): “A mediação aplicada ao divórcio tem como objetivo melhorar a comunicação entre o casal, proporcionando a exploração de alternativas de solução para as questões conflitantes, bem como criando um acordo considerado justo pelos cônjuges”.

Utilizando-se da mediação, as partes resolvem seus conflitos de forma branda, de modo que não precisam levar aos autos do processo os problemas do casamento e sim as soluções já acordadas.

#### 4.5 As Vantagens da Mediação

Há uma considerável diferença entre o processo de mediação e o processo no Judiciário. Na mediação o acesso é mais fácil devido à ausência de burocracias, a solução se torna mais rápida pelo trabalho realizado com mais agilidade. Trabalhando o ser humano e não o “papel”, a solução se torna eficaz, pois há uma resolução do problema. As pessoas são trabalhadas emocionalmente para a solução de seu conflito, sendo esta ou uma separação amigável ou até uma reconciliação, como já dito anteriormente.

É importante verificar que a decisão judicial, muitas vezes, não satisfaz a nenhuma das partes, é algo imposto, descompassado da realidade. Na mediação não há como chegar a uma solução sem o amadurecimento das partes, da origem e consequência de seus atos, da solução interior para o sofrimento causado pelo conflito e a melhor maneira de amenizá-lo.

Saliente-se ainda que as partes mantêm-se no controle dos trabalhos durante todo o procedimento, desde a escolha do mediador, até o encerramento a qualquer tempo. As partes negociam as suas próprias soluções através do mediador, tornando-se responsável e tendo maior controle sobre os resultados que vierem obtendo com o passar do processo.

Cumprir dizer que, buscando nas câmaras de mediação e arbitragem, têm-se as seguintes estatísticas (COUTO):

Em recente pesquisa, a diretoria de desenvolvimento e Pesquisa do CONIMA (Conselho Nacional de Mediação e Arbitragem) fez um levantamento estatístico [...] Chegou a conclusão de que o crescimento dos procedimentos arbitrais em 2005 foi de 62,07% em relação aos anos anteriores, enquanto os procedimentos de mediação aumentaram 60% em relação ao período de 2000-2004. O período analisado foi de 2000 à 2005.



Ainda analisando os dados:

É possível verificar que no Estado de São Paulo local onde se concentra grande quantidade de Câmaras de Mediação e Arbitragem apresentou um crescimento de 44,85% de procedimentos arbitrais e 111,77% de procedimentos de mediação.

Os dados apresentados acima tornam possível à visualização do crescimento real do uso dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Em última análise vale dizer que quando as próprias partes se vêem como capazes de melhor decidir sobre suas vidas, encontram soluções que uma demanda judicial não os satisfaria, tendo em vista que esta não propicia uma oportunidade de diálogo como é possível encontrar no procedimento de mediação.

#### 4.6 As Tendências Legislativas

A regulamentação da mediação está sendo encaminhada pelo projeto de Lei nº 4.827/98 e deve ser feita de forma apropriada e completa, para manter a qualidade da atividade, que vem somente a contribuir para a pacificação social, bem como possibilita o entendimento e a compreensão entre os seres humanos. Após aprovação no Senado, o projeto recebeu o número 94/2002 e conta atualmente com 47 artigos divididos em 6 capítulos. O responsável pelo texto atual é o Senador Federal Pedro Simon, e atualmente, o referido projeto encontra-se na Câmara dos Deputados, em razão das alterações sofridas.

148

A mediação será feita por técnicos treinados e cadastrados nos tribunais de justiça e terá um prazo de noventa dias para conclusão. Caso não haja solução pacífica, o processo será imediatamente encaminhado ao juiz da causa. A tentativa obrigatória de mediação já é aplicada em outros países, como a Argentina, onde estudos relatam que mais da metade dos casos são resolvidos dessa maneira. A ação diminui o número de processos na Justiça e, conseqüentemente, o tempo de trâmite.

O intuito do projeto é a obrigatoriedade da tentativa de mediação para solucionar um conflito antes de encaminhá-lo ao Judiciário, ou seja, entra-se com o processo e este fica suspenso, até passar pelo processo de mediação para a tentativa de um acordo. O principal objetivo é ampliar as possibilidades de solução consensual entre as partes, auxiliando assim na diminuição do volumes de processos no Poder Judiciário.

É sobretudo importante assinalar que o homem vive em um país onde o litígio faz parte da cultura, portanto será de grande importância a promulgação da lei que institucionaliza a mediação, tendo em vista que essa lei poderá representar um grande passo para a mudança de cultura da sociedade brasileira, dando ao povo a oportunidade de ser capaz de reconhecer que eles próprios são os mais qualificados para resolverem os seus conflitos.

No presente trabalho, por várias vezes foram demonstrados às inúmeras benesses que acompanham a mediação, porém, por um outro enfoque, nota-se que, apesar da crescente procura, o instituto necessita de divulgação para ser inserido na sociedade de forma a alcançar todas as classes sociais.

#### 5 CONCLUSÃO

Não há dúvida quanto aos benefícios que a mediação pode propiciar aplicada aos conflitos familiares, sobretudo tendo em vista que uma solução imposta não será capaz de resolver, definitivamente, a disputa. Isso se dá pelo fato de que os conflitos familiares vêm revestidos, normalmente, de uma grande carga emocional.



O intuito do processo de Mediação é dar um novo recomeço, porém, um recomeço verdadeiro, lembrando sempre que se deve manter as prioridades que Deus ensinou nas Sagradas Escrituras: em primeiro lugar a Deus, em segundo à família, e após às outras atividades. A partir desse equilíbrio é possível recomeçar para sempre.

Independente da cultura de litígios arraigada no ser humano é importante frisar que a busca pela mediação tem crescido cada vez mais, optando pela resolução dos conflitos de forma mais amena, visando a um melhor equilíbrio emocional entre os envolvidos.

É válido ressaltar a importância da mediação em vários ramos do Direito, porém no caso estudado o enfoque foi o Direito de Família, tendo em vista o assustador e crescente número de separações e divórcios que assolam a sociedade.

Como resultado foi possível verificar que, ao lado do Poder Judiciário, e nunca o confrontando, existe a mediação, um mecanismo capaz de proporcionar as partes uma melhor visão de seus problemas e assim chegar a um consenso.

Conclui-se que a família é o núcleo da sociedade e que é importante preservá-la, sendo que, juntamente com os benefícios que acompanham o mundo moderno, nascem inúmeras idéias equivocadas em relação a família, visando inclusive a possível extinção deste instituto.

Em última análise cumpre dizer a importância do Projeto de Lei que institucionaliza a mediação sendo que este regulariza as devidas regras padronizando tal instituto, a partir do momento em que se tornará obrigatório, as pessoas irão sentir a diferença entre o litígio, e a forma branda de resolução de seus conflitos.

Não há como negar a grande importância da mediação na resolução de conflitos familiares.

## REFERÊNCIAS

ARSÊNIO, Julieta. Disponível em: <<http://www.pailegal>. Acesso em: 18/06/2008 às 18:07.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Recife: Saraiva, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n.º 4827**, de 10 de novembro de 1998, com substitutivo do Projeto de Lei da Câmara n.º 94/2002. Disponível em: <[http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop\\_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1998&Numero=4827&sigla=PL](http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1998&Numero=4827&sigla=PL)>. Acesso em: 04/01/2008 às 10:53hs.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação Familiar: Uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

BUTONI, Ademir. **A ilusão do normativismo e a mediação**. São Paulo: Revista do Advogado, 2005.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CONIMA. Disponível em: <<http://www.conima.org.br>> Acesso em: 18/06/2008 às 18:07.

COUTO, Jeanlise Velloso. **O Mito da estatística da Arbitragem e da Mediação**.

Disponível em: <<https://www.camaraimobiliaria.com.br/artigo131006b.htm>>. Acesso em: 18/06/2008 às 18:01.



- FERREIRA, Cezar; MOTTA, Verônica A. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. São Paulo: Método, 2007.
- FIUZZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MUNIZ, Deborah Lúcia Lobo. A mediação como facilitadora do acesso à justiça e ao exercício da cidadania. Londrina: **Revista Jurídica da Unifil**, Ano I, n. 1, 2004.
- REGULAMENTO. Disponível em: <<https://www.mediar.com.br>> Acesso em: 22/05/2008 às 17:32.
- REIS, J.R.T. **Família, emoção, e ideologia: Psicologia Social - O homem em movimento**. São Paulo: Brasiliense, 1998
- SCHNITMAN, Dora Fried, Littlejohn, Stephen (Org.). **Novos Paradigmas em Mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999.
- SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- WAGNER, John A.; HOLLENBECK, John R. **Comportamento organizacional – criando vantagem competitiva**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

## GARANTIA DE EMPREGO

*Christian Max Picelli Corrêa\**

### RESUMO

O presente trabalho estudar a aplicabilidade do instituto da garantia de emprego, previsto no artigo 7º, inciso I da Constituição Federal de 1988. A proposta de análise do tema se dá em face da ausência de regulamentação infraconstitucional do referido inciso, tendo em vista o entendimento de que as normas constitucionais de eficácia contida necessitam de um regramento posterior, para se possibilitar sua efetiva aplicabilidade. Partindo da premissa de que ao Direito do Trabalho cumpre uma função defensiva dos direitos sociais, torna-se necessária uma releitura das normas constitucionais a fim de se possibilitar uma aplicabilidade em concreto dessas garantias, sob pena de violação dos direitos constitucionais fundamentais.

**Palavras-chave:** Garantia de Emprego. Regulamentação. Artigo 7º da CF/1988.

### JOB GUARANTEE

### ABSTRACT

In this paper study the applicability of the execution of the guarantee of employment, laid down in Article 7, item I of the Constitution of 1988. The draft addresses the issue occurs in the face of the absence of law regulation under constitution of that item, with a view to understanding that the constitutional rules of effectiveness contained need a regulation later, to enable its effective application. Starting from the premise that the Labor Law fulfills a defensive function of social rights, it is necessary a rereading of constitutional rules in order to enable a practical applicability in such guarantees, under penalty of violation of fundamental constitutional rights.

151

**Keywords:** Guarantee of Employment. Regulations. Article 7 of CF/1988.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho nasceu para que se tutelassem os obreiros contra as ingerências danosas do empregador, contra os abusos, tendo em vista que, historicamente, há desigualdades jurídicas e econômicas entre os sujeitos da relação de emprego. Com sua evolução, o caráter civilista das relações contratuais de prestação de serviço subordinado evoluiu para o conceito trabalhista de relação de emprego, ganhando *status* de interesse socialmente relevante, qual seja, a proteção ao trabalhador. Por conseguinte, o contrato de trabalho veio a se tornar uma “questão social” a ser devidamente regulada e tutelada pelo Estado.

\* Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil. O presente artigo baseia-se em Monografia, sob mesmo título, do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Filadélfia – UniFil, apresentado no XVI Simpósio de Iniciação Científica da UniFil. E-mail do autor: christian.max@hotmail.com





Dessa forma, faz-se necessária a tutela específica da “garantia de emprego”, bem como sua regulamentação, de forma que se possa garantir uma estabilidade emocional e econômica à classe obreira, consoante mandamento constitucional. Não menos importante é a aplicação do “princípio da continuidade da relação de emprego”, a fim de que se possa impedir a dispensa arbitrária ou sem justa causa do trabalhador de forma efetiva. No âmbito supranacional, existem organizações que foram criadas especialmente para defender a implementação de normas internacionais, em especial no tocante à proteção, segurança e higiene do trabalho. É o caso da Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada para a defesa da homogeneização das normas em Direito Internacional do Trabalho, com a proposta de se oferecer, por meio de Convenções e Tratados Internacionais, um mínimo de garantias aos obreiros.

No tocante à Convenção da OIT de nº 158, o Brasil chegou a aderir-la como signatário, juntamente com os demais países convenientes, mas acabou por denunciá-la em um momento posterior. Essa Convenção prevê como direito fundamental a aplicação da garantia de emprego contra a dispensa de forma arbitrária ou sem um motivo relevante, por exemplo, baseado na situação organizacional da empresa, ou diante de justa causa por parte do trabalhador. A partir de uma visão moderna e socializante, é possível realizar uma nova leitura das garantias sociais, à luz dos direitos fundamentais, especialmente acerca da sua interação com o “princípio da dignidade da pessoa humana”, entendido como a vigia mestra pela qual o Estado deve se pautar em relação aos seus cidadãos.

## 2 O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO E O NEOLIBERALISMO

152 Importante e fundamental princípio social do direito do trabalho é o da “continuidade da relação empregatícia”. Esse princípio informa que se faz primordial reconhecer ao obreiro a necessidade de estabelecer-se em uma dada relação de emprego, para que se evitem surpresas com o rompimento do vínculo, ainda que possa haver eventual indenização posterior, e tem como objetivo conceder uma “sensação de tranquilidade financeira” para o trabalhador no seio social. Segundo alguns doutrinadores, o princípio da continuidade da relação de emprego é corolário do princípio maior, o “princípio protetivo”. No entanto, pouca efetividade tem sido dada a tais princípios nos países que adotam o sistema neoliberal de economia, haja vista o entendimento de que a garantia de emprego seria grave óbice ao desenvolvimento econômico. Não obstante, constata-se ser notória a pressão dos grandes grupos econômicos para a “desregulamentação legal das normas trabalhistas”.

Maria Carmen Macías Vázquez (2003, p. 479), em artigo sobre o tema, publicado pela Universidade Nacional do México, afirma que:

As regras do neoliberalismo questionam que as relações de trabalho estejam regulamentadas juridicamente, já que as leis de mercado também englobam o trabalho assalariado, e por isso deveriam reger-se pelas leis da oferta e da procura, e qualquer disposição que venha a entorpecer tal mecanismo se qualifica como culpada por obstar o progresso econômico. Para alguns, ainda, dadas as condições econômicas que vive o país, e o mundo em geral, põem a responsabilidade nos Ordenamentos Jurídicos, que amparam os trabalhadores, argumentando que é necessário entrar em um processo de desregulamentação. (tradução livre do espanhol).

O sistema econômico atual pugna por menos intervenção do Estado nas relações laborais, deixando a cargo da lei prever o mínimo de garantias aos obreiros, sem levar em conta a necessidade urgente de se regulamentar as normas constitucionais, que têm sido deixadas no esquecimento. Portanto verifica-se essa omissão legislativa, no caso da inexistência de regulamentação do artigo 7º, inciso I, da Constituição da República do Brasil de 1988, apesar de determi-



nar a “proteção do trabalho contra despedida arbitrária ou sem justa causa”. As esperanças obreiras tem sido vencidas pela pressão maior exercida pelo sistema neoliberal, e não se tem outra solução, senão pleitear em juízo a sua efetiva concessão, para que o Direito do Trabalho não seja desacreditado em seus princípios e fundamentos.

No Brasil, a classe obreira, formada por empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), infelizmente, não possui proteção normativa infraconstitucional que conceda a garantia de emprego contra a dispensa imotivada ou de forma arbitrária. É bem de ver que o instituto da garantia de emprego não se identifica mais com a rígida “estabilidade decenária”. O objetivo maior das correntes modernas, sobre a garantia de emprego, é proteger o obreiro contra eventual arbítrio infundado do empregador, contra os abusos que possam romper inesperadamente com a sua principal fonte de subsistência. É exatamente para coibir tais atitudes que a previsão constitucional não pode ficar à mercê apenas da vontade política do legislador infraconstitucional, sob pena de perpetuar tal omissão, porque o obreiro não possui forças contra o sistema econômico atualmente em vigor.

### **3 A DIGNIDADE HUMANA E A GARANTIA CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA**

Um dos pilares da Carta Magna são seus fundamentos, ou seja, a sua base que servirá de norte ao intérprete e aplicador do Direito. No artigo 1º, da Constituição Federal Brasileira, no inciso IV, são assegurados como colunas da exegese constitucional “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

O Estado Social que se diz Democrático deve ser um Estado que assuma o dever de agir em prol da garantia dos valores sociais, sob pena de quedar-se como violador desses valores, especialmente pelo caráter amplo que se empreende ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O ilustre constitucionalista latino-americano César Landa, que vem sendo apontado como especialista no assunto sobre direitos fundamentais, leciona que:

A dignidade humana é um princípio vetor da política constitucional *indirizzo politico [endereço político]*, na medida em que dirige e orienta positiva e negativamente a ação legislativa, jurisprudencial e governamental do Estado. Positivamente, na medida em que todos os poderes e organismos públicos devem assegurar o desenvolvimento da dignidade humana nos âmbitos do processo legislativo, judicial, e administrativo. Negativamente, enquanto devem evitar afetar a dignidade da pessoa humana através das leis, resoluções e atos administrativos que emitam; já que todos os poderes públicos estão vinculados à Constituição em um sentido formal e material. (...) A dignidade humana é vinculante, e portanto, é concebida de acordo com a teoria institucional: como categoria jurídico-positiva e como categoria valorativa. Nesse sentido, a dignidade humana alcança as cláusulas sociais e econômicas do Estado Constitucional (Häberle). Sem embargo, a Constituição não pode, pois, resolver por si só a questão social, sendo que deve aparecer como um marco de uma realidade e de um programa social sempre aberto à mudanças: *res publica semper reformanda* (Jörg Paul Miller) (LANDA, 2002a, p. 7) (tradução livre do espanhol).



César Landa (2002b, p. 6), em outra de suas obras, expõe que:

Os esforços da doutrina e jurisprudência para desenvolver os direitos fundamentais ainda são muito frágeis na América Latina. Isto se explica na medida em que a vigência e eficácia dos direitos fundamentais se torna nula sem um Estado de Direito que lhes outorgue um significado constitutivo na totalidade do sistema constitucional. Some-se a isso a contribuição de um forte caudilhismo presidencial, uma obscurecida maioria parlamentarista, o militarismo e os meios de comunicação, e ainda a extrema riqueza e pobreza, constituem-se em sérios limites ao desenvolvimento democrático de um Estado Constitucional (tradução livre do espanhol).

Desse modo, depreende-se dos princípios e garantias sociais do trabalho que há um dever do Estado em fomentar a garantia de emprego contra dispensa arbitrária. Por sua vez, arbitrária será toda decisão unilateral de rompimento da relação empregatícia que esteja afeta exclusivamente ao alvedrio do empregador, sem fundamentar-se em reconhecida, proporcional e razoável necessidade econômica, técnica ou organizacional da empresa, ressalvados os casos de justa causa obreira.

A norma constitucional em questão preceitua o seguinte:

Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

154

Diante desse comando normativo, uma vez que o Legislativo mantenha-se inerte, independente de suas razões políticas, não pode ser omissa a ponto de simplesmente negar-se a elaborar um diploma infraconstitucional que regule a garantia de emprego. É que a continuidade da relação de emprego deve ser buscada por todas as formas possíveis que possibilitem sua concessão. Assim, o Judiciário poderia fazer as vezes da vontade Soberana da Constituição, sob pena de manter a classe obreira sempre à margem da evolução proposta pela seara constitucional trabalhista, arrostando os princípios basilares do Direito do Trabalho e deixando de dar o devido equilíbrio na Divisão dos Poderes, pois a fiscalização e a teoria dos sistemas de freios e contrapesos autorizam o agir do Judiciário quando presentes a omissão danosa de outro Poder.

#### **4 A AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DA GARANTIA DE EMPREGO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Aos Poderes Constitucionais é vedada a omissão prejudicial que impeça a concessão e a viabilização dos Direitos insculpidos na Carta Magna. O sistema constitucional brasileiro é, sem sombra de dúvidas, de um Estado Constitucional Democrático Social de Direito. De par com isso, o Estado Social Democrático deve obrigar-se à conceder a tutela efetiva dos direitos sociais, a fim de possibilitar que todas as garantias derivadas da Constituição sejam, de fato, aplicáveis em concreto.

A resposta do Judiciário, diante da ausência de regulamentação do art. 7º, inciso I, pelo Poder Legislativo, deveria ser no sentido de se conceder uma sentença favorável à garantia de emprego, que possa obstar a dispensa imotivada, ou de reintegração ao emprego, mesmo que não haja a regulação normativa infraconstitucional. O que não se pode permitir é que, num Estado de raízes ditatoriais, o abuso de poder econômico ainda sobreponha-se à Constituição Social, com a anuência dos Poderes. Carlos de Buen Unna (1997, p. 503) aponta a realidade do Direito do



Trabalho que se encontra em crise existencial, pois sofre a pressão pela desregulamentação das normas trabalhistas, imposta pelos sistemas econômicos:

O direito do trabalho deve ser entendido sempre em um duplo aspecto, tanto para viabilizar o acesso a um trabalho remunerado que permita viver com dignidade, como para *conservar o emprego* e, assim, garantir os meios econômicos para uma subsistência razoável. (...) *Parecia que o direito do trabalho lhe corresponderia ao se encarregar da estabilidade no emprego*, enquanto que a economia seria responsável pelo pleno emprego. Sem embargo, esta divisão de tarefas não é tão partilhada como poderia parecer. Ao menos hoje, sob o domínio do neoliberalismo, somente estão apresentando o direito do trabalho como um estorvo ao emprego, que entorpece as relações laborais, que impõe injustificadas cargas aos empregadores, e obstaculiza a produtividade. Em outras palavras, se lhe imputa o maior dos fracassos, acusando-o de acabar com o motivo mesmo de sua existência (grifou-se).

Portanto, assiste-se à decadência das normas protetivas do trabalho, quando revelada a fraqueza do sistema jurídico, atualmente incapaz de se sobrepor aos conceitos dogmáticos prejudiciais à garantia de emprego, alheios à realidade constitucional. Apesar de ser um mandamento extremamente simples de se interpretar, desde a sua promulgação, não obteve êxito junto aos representantes dos Poderes, sem que fosse ventilada a possibilidade de uma crise econômica, que se encontra apenas na realidade da condição social do trabalhador comum.

Não obstante, constata-se que as empresas geralmente vão de bem a melhor, ao contrário do trabalhador, que suporta, sem voz e nem vez, a ausência de uma visão garantista dos objetivos intrínsecos do Direito do Trabalho, que deveria evoluir de forma proporcional ao constante crescimento econômico das empresas, mas incapaz de solucionar o problema da dispensa livre, prejudicial e contrária aos princípios vetores da Constituição da República.

A classe obreira, além de ser hipossuficiente em relação ao Capital que movimenta a Economia de forma pujante, sempre necessitará da proteção maior daqueles que são os únicos capazes de coibir a violação de um direito constitucional. No tema em questão, a garantia de emprego beneficiaria a todos, já que a grande maioria dos desempregados, por razões que não comportaria discussão neste espaço, é formada de pessoas que se especializaram em determinada área e, por vezes, não conseguiram recolocação no Mercado. Ou mesmo uma perspectiva de melhoria, devido à subserviência que se submeteram aos seus ex-empregadores porque, em regra, quando inseridos na relação de emprego, não dispõem de uma segurança que os tornem mais independentes para se aprimorarem em seu ofício, que os possibilitem negociar a oferta de sua força de trabalho, sem que isso se torne um fator negativo para a relação de emprego a qual eventualmente estejam vinculados.

## **5 A CONVENÇÃO N. 158 DA OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO) E A JURISPRUDÊNCIA DO STF**

O Brasil esteve diante da oportunidade de proteger a relação de emprego em definitivo, quando aderiu à Convenção de nº 158 da OIT, através do Decreto Legislativo nº 68, de 17 de setembro de 1992. (D.O.U de 11.04.1996). Ao aderir à Convenção, o Brasil estaria dando um passo à frente nos Direitos Sociais e, assim, alcançaria o patamar das mais modernas nações, não fosse a denúncia da Convenção realizada poucos meses após a sua adesão. A Convenção de nº 158 da OIT determina que os países signatários concedam a garantia de emprego contra dispensa arbitrária ou imotivada e trata do assunto de forma específica.



Segundo o ilustre Amauri Mascaro do Nascimento (2001, p. 571): “pouco tempo depois da publicação o Governo brasileiro resolveu denunciá-la (20.11.1996), conforme Decreto nº 2100, de 10 de dezembro de 1996, com o que a referida Convenção deixou de vigorar em nosso território”. Este ato de denúncia da Convenção nº 158 da OIT foi a demonstração expressa da coligação de interesses econômicos entre os grupos dominantes, podendo-se afirmar que, no Brasil, prevalece uma “plutocracia” disfarçada, ao invés de uma verdadeira Democracia. Dessa maneira, entende-se que o Decreto que revogou a referida Convenção foi um “ato inconstitucional”, já que os obreiros brasileiros assistem aos seus representantes fazerem o que bem entendem com os direitos constitucionais, sem haver quem os impeça de violarem tais garantias. O artigo 4º da Convenção nº 158 da OIT prevê o seguinte:

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Como bem aponta Maurício Godinho Delgado (2007, p. 1118), acerca do assunto em tela:

Mesmo a leitura que defende a absoluta esterilidade da garantia de emprego mencionada no inciso I do art. 7º constitucional é, tecnicamente, passível de questionamento. Afinal, a teoria tradicional sobre eficácia/ineficácia jurídicas de regras constitucionais já é, hoje, ineludivelmente anacrônica, por supor que o pacto juspolítico básico de uma nação (a Carta Constitucional) possa quedar-se inerte de modo abrangente. A teoria constitucional moderna, mais bem ajustada à interpretação de novas constituições, tende a apreender, necessariamente, certa eficácia às normas constitucionais – ainda que diferenciada, em intensidade, a eficácia de uma ou outra regra constitucional.

156

O autor ainda menciona, baseando-se na doutrina de José Afonso da Silva, que a referida norma é de “eficácia contida” (DELGADO, 2008, p. 1118). Pelo exposto, parece que o renomado jurista, hoje Ministro do Colendo TST, em consonância com a melhor interpretação constitucional sob a ótica moderna, pretende ver no inciso I, do art. 7º, da Constituição, certa eficácia capaz de pôr em questão se há total ausência de sua aplicabilidade.

Segundo o autor, há a possibilidade de se construir um entendimento em que possa ser efetivada a aplicabilidade da garantia de emprego, enquanto não se formaliza o instituto através da via legislativa. Seria o mais adequado, dando ao dispositivo a eficácia social pretendida pela Constituição. Essa eficácia, dada através de uma ordem mandamental, não dependeria “exclusivamente” de regulamentação para ser aplicada, sob pena de perpetuar a inexistência regulamentadora do dispositivo constitucional, por uma ausência de vontade ilegítima do legislador infraconstitucional. Com a superveniência da lei reguladora, seria restringida a sua aplicação à matéria contida no diploma legislativo. Tudo para que os direitos, então considerados fundamentais, a partir de uma releitura atual da hermenêutica jurídica, sejam efetivamente materializados no seio social, assumindo o papel de verdadeiras garantias constitucionais trabalhistas.

Da forma como atualmente tem sido interpretada, torna-se impossível aplicá-la como norma cogente, parte fundamental do contrato de emprego. Contudo não foi esse o entendimento da mais Alta Corte Brasileira. O Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI-MC 1480/DF – Distrito Federal, entendeu que a necessidade de regulamentação do referido, disposto no inciso I, do art. 7º, por Lei Complementar, deve ser condição de validade à sua aplicação. Por outras palavras, a idéia de proteção ficou arrostada em sua ideologia, por conta de uma interpretação dada pelo STF, que favoreceu o Mercado de Capitais



(o Sistema Econômico Neoliberal). Porém, acabou por suprimir da classe obreira um Direito Fundamental do qual o Brasil havia se tornado signatário, através da Convenção nº 158 da OIT.

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. *Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.* LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. (Julgamento: 04/09/1997, Pleno STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 18-05-2001). (grifou-se)

Diante do exposto, vale lembrar que, após esse julgado, houve uma alteração constitucional que inseriu o § 3º do art. 5º, da CF, pela Emenda Constitucional de nº 45, determinando que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, se aprovados pelo Congresso Nacional, serão equivalentes às “emendas constitucionais”. De todo modo, pode-se afirmar, ainda, que desde aquela época, os Direitos Sociais do Trabalho já possuíam regramento diverso de outras garantias, pelas redações e princípios distintos que lhes conferiu a Constituição.

Especialmente acerca da redação do artigo 7º, *caput*, da CF, que diz: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, basta uma leitura atenta da redação final para se concluir que o legislador constituinte erigiu à direito fundamental “outros direitos” que porventura fossem concedidos ou agregados ao contrato de trabalho, “não especificando a sua fonte”. A par disso, se no contrato de trabalho for concedida garantia além das mínimas previstas na Constituição, terá imediata aplicabilidade com força de lei. Não se vê coerência para impedir a aplicabilidade de normas inseridas validamente via legislativa, como as que ratificaram a Convenção n. 158 da OIT.

## 6 CONCLUSÃO

Consoante dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 5º: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Logo, é condição essencial à aplicação das leis do país que o juiz atenda aos fins sociais pretendidos pela norma. Os direitos fundamentais não deixam margens a dúvidas: devem ser aplicados ainda que os Poderes constituídos, responsáveis pela sua regulamentação, quedem inertes, sob pena de manter os jurisdicionados em uma omissão danosa da aplicabilidade dessas garantias. Ao se coibir a dispensa imotivada, o aplicador do direito estará em perfeita simetria com a norma constitucional, que não lhe retira a autonomia, mas que poderá limitá-la com a superveniência de uma lei posterior que a regule.



Com a devida aplicação do dispositivo, poderá haver uma diminuição das demandas de forma natural, haja vista ser uma restrição à resilição do contrato de trabalho, quando ainda vigente a relação de emprego. Poderiam ser obstadas as proposituras de reclamações que tendessem apenas a extrair uma indenização maior do que a concedida na ruptura do contrato, e não para que houvesse uma reparação efetiva dos direitos trabalhistas. Talvez fosse diminuída a sobrecarga de trabalho dos juízes, advogados e também das partes, pois o acúmulo de serviços também acaba por lhes retirar a autonomia na busca pela verdade real, e isso é um prejuízo à prestação jurisdicional. De outro lado, as partes do processo seriam mais favorecidas com a menor demora do tempo no processo, que acaba por corroborar com a ineficácia dos direitos laborais como um todo. A par disso, há o “ideal de justiça”, que se encontra na possibilidade de realização material das garantias trabalhistas, a fim de se alcançar a todos aqueles que realmente estão carentes de uma tutela efetiva das garantias sociais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>, última atualização em 19.07.2008.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>

BRASIL. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI-MC 1480/DF**. Julgamento em 04.09.1997. Rel. Min. Celso de Mello, D.J. 18-05-2001.

158

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el Estado constitucional**. Maestría en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, al, Fondo Editorial, 1997.

LANDA, César. Dignidad de la Persona Humana. Cuestiones Constitucionales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 7 Jul./Dic. 2002. Disponível em; <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/7/ard/ard4.htm>>, última atualização em 15.06.2008.

LANDA, César. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Cuestiones Constitucionales. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n.6 Ene./Jun. 2002. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>>, última atualização em 19.07.2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n. 158**. Disponível em: <<http://www.institutoamp.com.br/oit158.htm>>, última atualização em 19.07.2008.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Massachussetts, Harvard University Press, 1973.

UNNA, Carlos de Buen. Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La extinción de la relación de trabajo. ISBN 968-36-6126-2. UNAM – Universidad Nacional Autónoma del México. **Série G: Estudios Doctrinales**, n. 188: 1997. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=139>>, última atualização em 12.07.2008.



VÁZQUES, María del Carmen Macías; et al. **Estudios Jurídicos en Homenaje Al Doctor Néstor del Buen Lozano. Noliberalismo y relaciones de trabajo.** ISBN 970-32-0733-2; UNAM – Universidad Nacional Autónoma del México, **Série Doctrinas Jurídicas**, n. 148: 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1090>>, última atualização em 16.07.2008.







## **RESENHA**



## Resenha

**CARVALHO, Olavo de.** *Aristóteles em nova perspectiva: Introdução à teoria dos Quatro Discursos.* Nova Edição Revista. São Paulo, É Realizações Editora, Livraria e Distribuidora Ltda, 2006

*Kleber Eduardo Barbosa Dias<sup>1</sup>*

A respectiva obra é constituída de duas partes, sob a responsabilidade de um autor, que levanta uma nova perspectiva sobre a teoria dos discursos dentro das obras do filósofo grego Aristóteles. Na primeira parte, demonstra em sete capítulos a teoria dos quatro discursos, dando uma interpretação aristotélica da cultura e descrevendo a tipologia dos discursos na perspectiva do filósofo de Estagira. Na segunda parte da obra, o autor discorre sobre um problema que teve com a SBPC (Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência) que o impressionou, ou melhor dizendo, decepcionou-o profundamente, uma vez que para ele ficou clara a inépcia das classes letradas que analisam trabalhos científicos no Brasil. Aqui será focada apenas a primeira parte da obra, que contém, substancialmente, a análise feita de forma brilhante sobre a teoria dos discursos em Aristóteles.

A partir da análise do conjunto das obras de Aristóteles, há uma idéia que escapou à percepção de quase todos os seus leitores e comentaristas da Antigüidade até hoje. A essa idéia, o autor denomina Teoria dos Quatro Discursos. Esta possui como postulada a concepção de que “o discurso humano é uma potência única, que se atualiza de quatro maneiras diversas: a poética, a retórica, a dialética e a analítica (lógica)”.

O autor enfatiza que há uma relação dessas modalidades de discurso com quatro ciências contempladas pelo próprio Aristóteles, quais sejam, a Poética, a Retórica, a Dialética e a Lógica. Tanto os discursos como as quatro ciências se assentam na razão da unidade do objeto que enfocam. A divisão aristotélica das ciências e dos discursos tem como pressuposto a existência de princípios comuns que as subordinam.

Na história do Ocidente, consolidou-se a divisão do poético e do científico, como se estes habitassem a universos distintos, o que, analisado pormenorizadamente, constata-se uma má compreensão do mestre de Estagira. A obra de Aristóteles, como a Poética, a Retórica, o livro *Os Tópicos* (que trata da dialética) e os dois tratados de lógica (Analíticas I e II), ficou desaparecida até o século I, vindo a ser organizada e divididas por Andrônico de Rodes. Essa divisão tinha por mérito ser do próprio Aristóteles. Entretanto, como todo editor póstumo, Andrônico teve de colocar alguma ordem nos manuscritos, não havendo certeza se esta divisão corresponde à própria divisão que o Aristóteles teria feito.

Aristóteles teve sua imagem constituída a partir de um esquema “lógica formal + sensualismo cognitivo + teologia do Primeiro Motor Imóvel”. Esta perspectiva de se ler e interpretar a obra aristotélica consolidou-se como verdade histórica jamais contestada. O autor traz um novo horizonte hermenêutico para se ler e compreender a obra de Aristóteles. Na medida em que se acompanha o autor, percebe-se clareza na exposição desta nova perspectiva, como se a teoria dos discursos sempre esteve aí e nunca fora visto até então no Ocidente. Resta indubitável que a hermenêutica sobre uma obra clássica pode se consolidar, sem que se questionem os próprios vieses hermenêuticos do estudo que se está debruçado, tornando mais dificultoso quando se tem uma obra de dois milênios diante de si.

As quatro ciências do discurso são quatro maneiras pelas quais, por meio da palavra, Aristóteles vê como o homem pode influenciar a mente de outro homem ou a sua própria. Estes discursos seguem, para o estagirita, uma progressão de credibilidade. São graus do processo do conhecimento que se manifestam em níveis de consciência da realidade.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea e pós-graduando em direito previdenciário.



O primeiro discurso, o poético, versa sobre o possível, *dínatos*, dirigindo-se, sobretudo, à imaginação, que capta aquilo que ela mesma presume, através da imagem da representação, formar uma impressão no expectador.

O segundo discurso é o retórico que tem por objeto o verossímil (*pithános*), e que tem como finalidade a produção de uma crença firme (*pístis*) para gerar uma decisão. Neste discurso, o homem influencia a vontade de um outro homem por meio da persuasão (*peitho*), que parte da ação psicológica fundada em crenças comuns.

O terceiro, o discurso dialético, não se limita a sugerir ou impor uma crença, mas submete as crenças à prova, mediante ensaios e tentativas de traspassá-las por objeções. É o pensamento que ocorre por vias transversas, buscando a verdade entre os erros e o erro entre as verdades (diá = “através de”). Este termo indica duplicidade, divisão. É por isto que a dialética é também chamada de peirástica, que tem sua raiz semântica na palavra *peirá* que significa “prova”, “experiência”. O discurso dialético, através do confronto de crenças, pondo-as a prova, procura medir, por ensaios e erros, a probabilidade maior ou menor de cada uma das crenças, observando o critério, segundo as exigências superiores da racionalidade.

E, por último, o discurso lógico ou analítico, após a mensuração e a prova dialética, parte de premissas admitidas como indiscutivelmente certas, através do encadeamento silogístico para chegar à demonstração certa da veracidade das conclusões, o que em grego denomina-se *apodêixis*, que significa “prova indestrutível”.

O que se apreende da teoria dos discursos, é que Aristóteles estabelece visivelmente uma escala de credibilidade crescente, onde se parte do possível (poético) ao verossímil (retórico), deste em direção ao provável (dialético), finalmente encontrando o certo ou o verdadeiro (lógico-analítico). Percebe-se, claramente, que tanto as ciências quanto os discursos em Aristóteles não são discurso de naturezas diferentes, mas sim obedecem a graus de credibilidade do conhecimento da realidade.

Essa compreensão da teoria dos discursos relaciona-se à própria epistemologia de Aristóteles. Para o filósofo, o conhecimento começa pelos dados percebidos pelos sentidos, de onde surgirá a imaginação que agrupa estes dados em imagens, de onde a inteligência organizará e reorganizará a si mesma, criando os esquemas eidéticos, ou conceitos abstratos das espécies, com os quais poderá enfim, construir os juízos e raciocínios.

Olavo de Carvalho vê, então, possibilidade, verossimilhança, probabilidade razoável e certeza apodíctica como conceitos-chave sobre os quais se erguem as quatro ciências respectivas de Aristóteles, o que se contrapõe a idéia moderna que estabelecerá a si mesma a delimitação dos campos de linguagem em “poética em si” ou “lógica em si”.

Das novas perspectivas apresentadas pelo autor, conclui-se que, para Aristóteles, não existe um salto ao conhecimento lógico-analítico, que é o último grau do conhecimento, em que se conquistou a verdade do ser sem passar pelos discursos anteriores, não podendo haver um salto para aquele. Dentro dessa perspectiva, percebe-se, em Aristóteles, uma idéia de educação da própria consciência e do percurso intelectual que não pode o sujeito deixar de trilhar. O indivíduo humano não chegará ao conhecimento racional lógico-analítico ou se tornará um cientista sem passar pelas possibilidades da fantasia poética, sem organizar suas idéias na verossimilhança do discurso retórica e sem confrontar suas crenças sem encontrar a mais provável na ciência dialética.

## Resenha

**CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2006.**

Daniele da Rosa Bittencourt<sup>1</sup>

Rozane da Rosa Cachapuz, em seu livro *Mediação nos Conflitos & Direito de Família* faz uma busca no Direito e na Psicologia, razão que leva a mediação, como meio extrajudicial, minimizar os conflitos intermitentes que desencadeiam a separação e o divórcio, desestruturando, dessa feita, a sociedade. Já no seu oitavo ano de publicação, a obra encontra-se atualizada, tendo em vista que os problemas familiares só têm se multiplicado, e a desestrutura familiar é uma constante.

A obra destaca a mediação como o meio que leva às partes à conscientização do problema e a nova maneira de visualizá-lo, possibilitando “a construção de resultados desejados e o afastamento das antigas concepções errôneas, o que irá oferecer uma escolha mais adequada de comportamento que possibilite um futuro promissor, com novas esperanças, novas expectativas de vida”.

A autora faz um relato sobre a parte histórica da mediação, desde as eras mais remotas. menciona a atuação nos Estados Unidos, no início da década de 70, quando os serviços foram criados, a partir da Califórnia, pelo interesse dos magistrados, sendo oferecida gratuitamente. Na Europa e na América do Norte a mediação é empregada há mais de cinquenta anos, sendo o meio mais utilizado para resolução de conflitos. No Brasil ela dá seus primeiros passos, apesar de milenar!

A obra relata que o “estabelecimento dos programas básicos de treinamento em mediação e arbitragem tem demonstrado que todas as instituições sérias do Brasil, que trabalham com essas técnicas, estão voltadas para a cooperação e exigência de transformar a sociedade brasileira, tornando-a mais pacificada.”

Assevera, a autora, que a mediação é o mecanismo que leva os mediandos a transformar o litúgio em algo positivo, redimensionando-o em parâmetros, adequados ao desenvolvimento e bom relacionamento entre os membros da família, devendo ser usada como prevenção do conflito, para que possa impedir que se alastre, causando prejuízos emocionais irreparáveis. Assim é demonstrado que o grande sucesso da mediação “não resulta apenas do acordo, mas também da forma com que age no emocional das pessoas, desenvolvendo a maturidade para buscar algo que é justo, sem pensar em vinganças, ódios e ressentimentos.”

Pelas mudanças de paradigmas do Direito de Família, a obra enfatiza a importância da interdisciplinaridade, a fim de olhar o ser humano numa visão holística, o que tem proporcionado novas buscas aos operadores do Direito. A autora demonstra a importância da família e as dificuldades que ela atravessa, pelas mudanças de valores sociais e morais. Ressalta a mediação como forma de resolução de conflitos que busca, no interior do ser humano, a verdadeira raiz dos desacordos, fazendo com que os próprios envolvidos busquem sua solução. “A aplicação da mediação nos conflitos relativos à separação ou divórcio tem conseguido atingir sua finalidade através de acordos ou de direcionamento para uma separação consensual. Com isso ganha a sociedade e principalmente o ser humano que permanece com sua estrutura familiar”.

À guisa de conclusão, o livro *Mediação nos Conflitos de Direito de Família* vem demonstrar que a autora apresentou a mediação como instrumento capaz de minimizar os conflitos sociais, relativos à manutenção da família, tendo em vista a sua desestrutura, que causa, conseqüentemente, a desestrutura da sociedade.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, pelo Instituto Filadélfia - UniFil - cursando Especialização em Direito Processual Civil.

