

ISSN – 1987-8427

REVISTA Jurídica da UniFil

 **UniFil**
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

ANO - VI
nº 6

CENTRO UNIVERSITÁRIO FILADÉLFIA



**ENTIDADE MANTENEDORA:
INSTITUTO FILADÉLFIA DE LONDRINA**

Diretoria:

Sra. Ana Maria Moraes GomesPresidente
Sra. Edna Virgínia C. Monteiro de MeloVice-Presidente
Sr. Edson Aparecido MoretiSecretário
Sr. José SeverinoTesoureiro
Dr. Osni Ferreira (Rev.)Chanceler
Dr. Eleazar FerreiraReitor

REVISTA JURÍDICA da UniFil

Ano VI – nº 6 – 2009

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

COORDENADOR DO COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO:

Prof. Ms. Henrique Afonso Pipolo

COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICAS JURÍDICAS:

Prof. Ms. José Valdemar Jaschke

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL:

Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva

SUPERVISORA EDITORIAL:

Prof^a. Ms. Érika Juliana Dmitruk

REVISORA:

Prof^a. Dra. Maria Cristina Viecili

BIBLIOTECÁRIA

Thais Fauro Scalco

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares

Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva

Prof. Dr. César Bueno de Lima

Prof. Ms. Ademir Simões

Prof^a. Ms. Renata Cristina O. A. Silva

Prof. Ms. Henrique Afonso Pipolo

Prof^a. Ms. Maria de Fátima G. Rossetto

Prof. Ms. Mario Sergio Lepre

Prof. Ms. Douglas Bonaldi Maranhão

Prof^a. Ms. Maria Eduvirge Marandola

Prof^a. Ms. Érika Juliana Dmitruk

Prof. Ms. José Valdemar Jaschke

Prof^a. Ms. Deborah Lídia Lobo Muniz

Prof^a. Dra. Maria Cristina Viecili

Prof^a. Dra. Rozane da Rosa Cachapuz

Prof. Ms. Antonio Carlos Lovato

Prof^a. Ms. Sandra Cristina M. N. G. de Paula

Prof^a. Ms. Luciana Mendes P. Roberto

Prof. Ms. Demetrius Coelho Souza

CONSELHO CONSULTIVO

Min. José Augusto Delgado (UFRN)

Prof. Dr. Luiz F. Bellinetti (UEL)

Prof^a. Dr^a. Giselda Hironaka (USP)

Prof. Dr. Arnaldo de M. Godoy (UEL)

Prof. Dr. Gilberto Giacóia (FANORPI)

Prof^a. Dr^a. Maria de Fátima Ribeiro (UEL)

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)

Prof^a. Dr^a. 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^a. Dra. Damares Tomasin Biazin

COORDENADOR DE PROJETOS ESPECIAIS E ASSESSOR DO REITOR:

Prof^a. Ilvili Andrea Werner

COORDENADOR DE PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS:

Prof. Dr. Leandro Henrique Magalhães

COORDENADORES DE CURSOS DE GRADUAÇÃO:

Administração	Prof. Luís Marcelo Martins
Agronomia	Prof. Fábio Suano de Souza
Arquitetura e Urbanismo	Prof. Ivan Prado Junior
Biomedicina	Prof ^a . Karina de Almeida Gualtieri
Ciências Biológicas	Prof. João Antônio Cyrino Zequi
Ciências Contábeis	Prof. Eduardo Nascimento da Costa
Ciência da Computação	Prof. Sérgio Akio Tanaka
Direito	Prof. Henrique Pipolo
Educação Física	Prof. Marco Antônio C. Ferreira
Enfermagem	Prof ^a . Rosângela Galindo de Campos
Engenharia Civil	Prof. Paulo Adeildo Lopes
Estética e Cosmética	Prof ^a . Mylena C. Dornellas da Costa
Farmácia	Prof ^a . Lenita Brunetto Bruniera
Fisioterapia	Prof ^a . Suhaila Mahmoud Smaili Santos
Gastronomia	Prof ^a . Mariana Ferreira Martelli
Gestão Ambiental	Prof. Tiago Pellini
Medicina Veterinária	Prof ^a . Máira Salomão Fortes
Nutrição	Prof ^a . Ivoneti Barros Nunes de Oliveira
Pedagogia	Prof ^a . Marta Regina Furlan de Oliveira
Psicologia	Prof ^a . Denise Hernandes Tinoco
Sistema de Informação	Prof. Sérgio Akio Tanaka
Teologia	Prof. José Martins Trigueiro Neto

SUMÁRIO

JUSTIÇA EM TEMPO OPORTUNO: A REFORMA DO JUDICIÁRIO E O DIREITO DO CIDADÃO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	13
Ana Paula Sefrin Saladini	
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	29
Demétrius Coelho Souza	
JUSTIÇA E ARETÉ COMO HORIZONTE ÉTICO NO PENSAMENTO DE ARISTÓTELES.....	44
Kleber Eduardo Barbosa Dias	
POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS NO NÃO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE	59
Ludmilla de Mello Bomfim Motta Domingues	
ADOÇÃO DAS MEDIDAS ANTIDUMPING E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA....	70
Dário Zani da Silva	
ÉTICA AMBIENTAL CONSTRUÍDA A PARTIR DA EDUCAÇÃO	84
Ivan Martins Tristão	
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)	93
Jalile Varago Farth	
OS DESAFIOS PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DIANTE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	108
Erika Maeoka Patricia Ayub da Costa Ligmanovski	
COMPETÊNCIA PELA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO RATIONE PERSONAE	122
Edmir Viecili	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	139
Ana Paula Sefrin Saladini Carolina Augusta Bahls Maranhão	
A ABRANGÊNCIA JURÍDICA DO MERCADO DE CRÉDITOS DE CARBONO	155
Danieli Aparecida Cristina Leite	
RESENHA	
RELATÓRIO SOBRE O FILME “AMISTAD”.....	167
Leila Cristina Pinheiro Franco	



EDITORIAL

Realizar ciência significa trabalhar incessantemente para gerar conhecimentos úteis, fecundos e eficazes. O 6º 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.

Nos congratulamos 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.

9

Conselho Editorial



MENSAGEM DA REITORIA

Louvor do Aprender

*Aprende o mais simples! Para aqueles
Cujos tempo chegou
Nunca é tarde demais!
Aprende o abc. Não chega, mas
Aprende-o! E não te enfades!
Começa! Tens de saber tudo!
Tens de assumir a chefia!*

*Aprende, homem do asilo!
Aprende, homem na prisão!
Aprende, mulher na cozinha!
Tens de assumir a chefia!*

*Frequenta a escola, homem sem casa!
Arranja saber, homem com frio!
Faminto, pega no livro: é uma arma.
Tens de assumir a chefia.*

Bertold Brecht

11

E a UniFil tem plena consciência da necessidade que a nossa sociedade tem, de se preparar para a guerra da vida. E a mais legítima das armas é o livro, instrumento que descortina as fronteiras e que permite o acesso às oportunidades para todos os cidadãos, indistintamente.

Nesse contexto, recentemente consolidamos a Editora UniFil para produzirmos “armas de libertação” em grande escala e, por sua vez, 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 novamente nesta sexta edição, através da apresentação de artigos de egressos que já se encontram cursando programas de pós-graduação. 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.

Primavera de 2009

Dr. Eleazar Ferreira
Reitor



JUSTIÇA EM TEMPO OPORTUNO: A REFORMA DO JUDICIÁRIO E O DIREITO DO CIDADÃO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Ana Paula Sefrin Saladini ¹

“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”

Rui Barbosa

RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo analisar a questão da reforma do Judiciário, no aspecto que reconhece o direito do cidadão de obter uma resposta judicial em tempo razoável de duração. O primeiro item destina-se a uma análise inicial dos contornos do princípio da efetividade ou eficiência, fazendo um confronto com os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Na sequência, busca-se analisar os parâmetros possíveis para a definição de celeridade processual, e elabora-se uma análise panorâmica do sistema judiciário brasileiro, visitando a questão da demora constatada, em confronto com as estatísticas judiciais, e concluindo pela necessidade de compartilhar a responsabilidade da demora entre os três poderes da República. A fim de apontar soluções, a parte final é destinada a identificar as causas mais comuns da morosidade e a fazer indicações de possíveis alterações legislativas que vêm contribuindo e que ainda podem contribuir para o desafogamento da máquina, bem como das soluções que a práxis tem encontrado para acelerar o resultado da solução judicial.

13

PALAVRAS-CHAVE: Duração Razoável do Processo. Princípios. Celeridade Processual. Morosidade. Soluções Possíveis.

ABSTRACT:

The present article has as objective to analyze the question of the reform of the Judiciary one, in the aspect that recognizes the right of the citizen to get a judicial reply in reasonable time of duration. The first chapter destines it an initial analysis of the contours of the beginning of the effectiveness or efficiency, making a confrontation with the principles of due process of law, the contradictory, legal defense and the double degree of jurisdiction. In the sequence, one searches to analyze the possible parameters for the definition of procedural celerity, and elaborates a panoramic analysis of the Brazilian judiciary system, visiting the question of the evidenced delay, in confrontation with the statisticians judicial, and concluding for the necessity to share the responsibility of the delay it enters the three to be able of the Republic. In order to point solutions, the final chapter is destined to identify the causes most common of the moroseness and to make indications of possible legislative alterations that come contributing and that still they can contribute for the clear of the machine, as well as of the solutions that the custom have found to speed up the result of the judicial solution.

¹ Juíza Titular da Vara do Trabalho de Jacarezinho. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Especialista em Direito do Trabalho. Docente de Graduação e Pós-graduação.



KEY WORDS: Reasonable Duration of the Process. Principles. Procedural Celeridade. Morosidade. Possible solutions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A QUESTÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL. 2.1 O Princípio da Efetividade ou Princípio da Eficiência. 2.2 Contraponto: Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa. O Duplo Grau de Jurisdição. 2.3 Parâmetros Possíveis para a Celeridade. 3 PANORAMA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO. 3.1 Demora Constatada. 3.2 Estatísticas Judiciais. 3.3 Compartilhando a Responsabilidade. 4 IDENTIFICANDO AS CAUSAS E SOLUCIONANDO O PROBLEMA. 4.1 Causas mais Comuns da Morosidade. 4.2 Alterações Legislativas que Visam Auxiliar na Solução da Taxa de Congestionamento Judiciária. 4.3 Contribuições da Praxis à Efetividade e Celeridade Processuais. 4.4 Medidas Úteis à Solução na Diminuição do Estoque Processual e da Taxa de Congestionamento. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes dilemas que o Poder Judiciário enfrenta na prática cotidiana consiste na demora da entrega da prestação jurisdicional. Essa demora implica angústia e sofrimento daquele que necessita da tutela e que não pode resolver a pendência por conta própria, em razão do monopólio da jurisdição pelo Estado. Ao mesmo tempo, a demora na resposta é fator de desprestígio do Judiciário.

Buscando atender aos anseios da população, a ordem jurídica constitucional assegura que o processo deve ser solucionado em tempo razoável. A solução da demanda, entretanto, não pode ser analisada apenas sob o ângulo objetivo da celeridade, sendo necessário contrapor a esse anseio os demais princípios que regulamentam a entrega da prestação jurisdicional, de forma especial os referentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Assim, para que se possa alcançar um resultado célere que seja, ao mesmo tempo, justo, é preciso sopesar, em cada caso concreto, a exigência da necessária dilação temporal.

O presente trabalho tem como escopo, primeiramente, delimitar a questão do princípio da efetividade processual, fazendo um contraponto com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, passando ainda por breve referência à questão do duplo grau de jurisdição. Na sequência, traça-se um breve panorama do Poder Judiciário brasileiro, visitando estatísticas para identificação de quanto tempo dura a tramitação de um processo no sistema brasileiro. Por fim, visando identificar as causas da morosidade, analisam-se contribuições já efetuadas em prol da aceleração do resultado da demanda judicial, e busca-se contribuir com algumas sugestões para incremento na questão da celeridade processual.

2 A QUESTÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL

2.1 O Princípio da Efetividade ou Princípio da Eficiência

Através da Emenda Constitucional 45/2004, também chamada de Reforma do Poder Judiciário, o legislador introduziu no art. 5º o inciso LXXVIII, acrescentando ao rol de direitos e garantias fundamentais “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo. Esse dispositivo busca atender

um anseio antigo daquele que bate às portas do Judiciário brasileiro: uma resposta ágil e eficiente na solução de sua demanda.

Não se pode dizer que a idéia do reformador constitucional seja nova; em verdade, esse direito já estava oficialmente integrado ao nosso ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, que estabelece, em seu art. 8º, que:

toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Além disso, a celeridade já estava arrolada como princípio do processo civil em geral e como princípio especial do processo do trabalho. Nesse panorama, o CPC inclui no rol de deveres do juiz o de “velar pela rápida solução do litígio” (art. 125, II), enquanto a CLT estabelece que o juiz deve velar “pelo andamento rápido das causas” (art. 765); a Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/79, art. 35, II), por sua vez, veda que o juiz exceda de forma injustificada os prazos para sentenciar ou despachar.

Sua inserção, como garantia constitucional fundamental, entretanto, deu um novo status à questão, até porque a característica essencial dos direitos fundamentais é a sua aplicabilidade imediata, que vincula a atuação dos órgãos do Estado. Em razão disso, a aplicação da determinação de celeridade e efetividade processuais não depende da edição de novos diplomas legislativos. Embora seja inegável que uma maior medida de celeridade acaba por depender de reformas processuais, é certo que alterações específicas de rotinas de trabalho já podem iniciar a implementação dessa garantia constitucional.

É justificável a necessidade de uma maior celeridade no andamento processual. O Estado tem o monopólio do poder-dever de dizer o direito, sendo vedado às partes o exercício arbitrário das próprias razões. Logo, o jurisdicionado, quando vê violado direito seu, tem necessidade de se socorrer da jurisdição. Aquele que bate às portas e não encontra resposta em tempo razoável se vê vítima de uma espera que é angustiante, na medida em que acaba refém da demora na decisão, situação que sempre virá em prejuízo do demandante que tem razão, beneficiando indiretamente aquele que será o perdedor final da demanda. Logo, o que esse princípio busca evitar – e daí a razão de ser um direito fundamental – é a transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. Conforme Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 500), a submissão de um homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva e fere o princípio da dignidade humana. E, conforme José Afonso da Silva (2007, p. 432), o acesso à Justiça por si só já inclui o direito a uma prestação jurisdicional em tempo hábil a garantir o gozo do direito pleiteado; tendo isso em vista, e diante da crônica morosidade que frustrava esse direito, foi criada mais essa garantia constitucional.

2.2 Contraponto: Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa. O Duplo Grau de Jurisdição

A efetividade decorre da soma de dois fatores: a) decisões justas: para que um sistema judicial possa ser considerado eficiente, deve prolatar decisões juridicamente apropriadas e justas,



embora, objetivamente, seja impossível a aferição do grau de justiça de uma decisão (FURTADO, 2007, p. 161); b) celeridade: é necessário que a decisão seja proferida em razoável espaço de tempo, ou seja, rapidamente, diante do conceito popular que “justiça tardia não é justiça”.

Ocorre que o princípio da efetividade não é a única garantia constitucional inserida no rol de direitos fundamentais que tem estrita relação com a tramitação dos processos judiciais. Também fazem parte do rol de direitos fundamentais os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Em rápida análise, pode-se estabelecer o princípio do devido processo legal como a base sobre a qual todos os demais processos se sustentam; dele decorrem todas as consequências processuais que podem garantir aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença idealmente justa. Quanto ao princípio do contraditório, ele é que vai garantir a dialeticidade do processo, sendo que a ampla defesa funciona como espécie de complemento ao contraditório – tanto que ambos estão previstos no mesmo dispositivo da Constituição (art. 5º, LV), e um, sem o outro, não garante resultado justo ao processo.

No mais, não se pode olvidar que quando o legislador constituinte assegurou às partes a ampla defesa, conferiu como garantia também os meios e recursos a ela inerentes, estabelecendo inclusive a possibilidade de revisão das decisões, através da regra do duplo grau de jurisdição.

Os princípios têm a mesma importância; um deles, sozinho, não deve sobrepor-se ao outro, sendo necessária uma harmonização dentro do sistema jurídico. Nesse diapasão, a busca pela efetividade não pode sacrificar o ideal de defesa adequada, da possibilidade de produção da prova necessária, com a utilização dos meios necessários, e, ainda, eventuais insurgências às decisões proferidas, através dos recursos estabelecidos em Lei. Se justiça tardia não é justiça, decisão rápida mas injusta tampouco atinge a finalidade da reforma constitucional.

16

2.3 Parâmetros Possíveis para a Celeridade

Em razão da própria limitação temporal da vida humana, existe um paradigma social estabelecido: cuidar a destempo é o mesmo que não cuidar, vez que a demora na resposta acarretará inolvidável deterioração ou perecimento do que se busca em Juízo.

Quando se busca definir o que pode ser entendido como “duração razoável do processo”, logo se chega à conclusão de que se está diante de um conceito aberto e subjetivo, mesmo porque o que é tido como razoável para um pode ser totalmente desarrazoado para o outro. Bezerra Leite (2007) esclarece que esta é uma expressão que guarda um conceito indeterminado, e que somente no caso concreto se poderá afirmar se determinado processo teve ou está tendo tramitação com duração razoável.

A questão também sofrerá, sempre, uma análise subjetiva. Isso porque, embora a solução justa do processo seja interesse de ambos os litigantes, a solução rápida, normalmente, é de interesse maior daquele que sabe que tem razão e que acredita poder provar essa condição. A parte que tem razão (e que não será, necessariamente, o autor) é quem mais espera uma resposta rápida. Mas, para provar sua razão, será preciso dispensar o tempo necessário para a correta apresentação de seus argumentos e para a produção da prova que lhe seja pertinente.

Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 87), três critérios devem ser levados em conta para a determinação da duração razoável do processo, ou seja, para se verificar se no caso concreto o feito foi (ou está sendo) solucionado dentro de um prazo razoável: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) a atuação do órgão jurisdicional. Quando observados os critérios arrolados pela famosa tríade de processualistas, pode-se concluir que não



há como se estabelecer, previamente e de forma genérica, qual é o tempo geral e razoável para a duração de um processo judicial. Assim, também José Afonso da Silva (2007, p. 432) esclarece que a textura aberta da questão da razoabilidade deixa amplas margens de apreciação, sempre em função de situações concretas.

Portanto a celeridade da tramitação não pode ser entendida em termos absolutos, quando a própria norma a relativiza, ao referir um critério: a razoabilidade. Logo, o operador do direito, mormente o magistrado, a quem se costuma atribuir a responsabilidade pela demora na prestação jurisdicional, não deve buscar sempre e apenas a solução rápida a qualquer custo e em qualquer caso, porque muitas vezes isso implicaria abuso de direito. Ou seja: o conceito de celeridade deve ser temperado com o critério de razoabilidade, permitindo às partes a dilação temporal necessária à produção de provas, observado o rito do devido processo legal, e, eventualmente, o acesso a um segundo grau de jurisdição, para demonstrar eventuais erros *in judicando* ou erros *in procedendo*.

A doutrina clássica processual, anterior mesmo à positivação da duração razoável do processo como princípio constitucional, já defendia essa mesma ponderação. Moacir Amaral Santos (1990, p. 294), referindo-se ao que denominava “princípio da brevidade”, argumenta que o processo deve desenvolver-se e encerrar-se no menor prazo possível, sem prejuízo do princípio da veracidade, existindo interesse público de que as demandas terminem o mais rapidamente possível, mas que também sejam suficientemente instruídas para que sejam decididas com acerto.

Não se pode olvidar, também, que para que a decisão seja a melhor possível o juiz da causa deve despender o tempo necessário para elaboração – tanto no sentido de redação quanto no sentido de consolidação de idéias - de uma decisão madura e razoável, o que, muitas vezes, pressupõe pesquisas e reflexões mais profundas. Nesse sentido a advertência de Furtado (2007, p. 177):

Não basta que o processo seja justamente conduzido, com a observância da igualdade das partes e de todos os demais direitos que norteiam a processualística, mas sim que a duração do processo se dê em tempo mínimo e maximamente tolerável; vale dizer, em tempo que permita a observância da garantia dos direitos processuais das partes e um sólido convencimento do julgador, mas que, por outro lado, transcorra em espaço de tempo que não extrapole o necessário, nem comporte atos indispensáveis ou que, mesmo imprescindíveis, venham a ser realizados em tempo maior que o preciso.

Também Teixeira Filho (2005, p. 22) faz a necessária ponderação quanto à necessidade de maturação da causa antes do julgamento: argumenta que, se é certo que a justiça tardia traduz injustiça, não menos verdadeiro é que a justiça apressada, em determinadas situações, também é causa de injustiça. Vê-se, assim, que o problema da justiça ou da injustiça dos pronunciamentos judiciais não está ligado, com exclusividade, ao fator tempo, senão que, também, à particularidade de cada caso concreto, existindo situações que, por sua complexidade ou por serem incomuns, exigem uma investigação mais aprofundada dos fatos e, também, mais tempo para o juiz poder formular a necessária convicção jurídica acerca desses mesmos fatos.

Em conclusão, pode-se dizer que tempo razoável de duração do processo é o tempo necessário para que o direito perseguido seja alcançado de forma efetiva, sem que a pretensão tenha já perdido a sua finalidade, mas, ao mesmo tempo, com observância às normas do devido processo legal, garantindo a ampla defesa e o contraditório, com todas as suas necessárias dilações, sem



cerceamento do direito de defesa nem atropelamento das fases processuais. Mas, ressalta-se, para que a decisão seja proferida em tempo razoável, só podem ser permitidas as dilações que sejam efetivamente necessárias, competindo ao magistrado conduzir o processo de maneira firme, de modo a evitar inúteis dispêndios de atividade e de tempo processual (FURTADO, 2007, p. 159)². Em complemento, antes de se proferir a decisão deve-se permitir ao magistrado a necessária reflexão para a maturação da causa. Uma decisão proferida de forma açodada, sem a necessária reflexão acerca dos fatos, tem maior risco de não alcançar o ideal de justiça.

3 PANORAMA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

3.1 Demora Constatada

A tramitação das ações judiciais no Brasil costuma registrar demora de tempo que vai além de uma espera razoável pelo cidadão, mormente quando as questões são submetidas a mais de um grau de jurisdição. Essa é uma verdade de difícil digestão pela população, e que acarreta a crítica mais severa ao Poder Judiciário.

É certo que nem todo processo implica demora desarrazoada, mas o senso comum classifica o Judiciário como lento, justamente em razão daquelas decisões que demandam tempo excessivo para serem proferidas. Assim, pode-se citar, como exemplo, uma notícia que circulou na rede mundial de computadores no final de 2007, relatando um processo judicial que demorou 93 anos para ser resolvido. O feito em questão envolvia uma partilha amigável de bens, decorrente de um inventário, e, tendo sido iniciado em 1914, alcançou solução definitiva apenas em 2007 (PINHEIRO, 2007)³. Embora esse seja um caso evidentemente atípico, porque grande parte das demandas submetidas a exame judicial é resolvida de modo célere, mormente quando há utilização do mecanismo da mediação na via judicial, a divulgação e a repercussão dessa notícia demonstram a indignação que a demora na resposta judicial causa no jurisdicionado.

Também a doutrina não aceita com passividade essa demora constatada na resposta judicial, Bedaque (2003, p. 18) classifica como inaceitável que alguém tenha que aguardar três, quatro, cinco, às vezes, dez anos para obter, pela via jurisdicional, a satisfação de seu direito, argumentando que quem procura a proteção estatal ante a lesão ou a ameaça a um interesse juridicamente assegurado no plano material precisa de uma resposta tempestiva, apta a devolver-lhe, de forma mais ampla possível, a situação de vantagem a que faz jus.

A questão da demora, entretanto, não é problema exclusivo no Brasil. O processualista italiano Mário Capelletti (2007, p. 939) aponta que, em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exigível, ressaltando que os efeitos dessa delonga podem ser devastadores, porque aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores.

² Nesse sentido, adverte Furtado (2007, p. 159) que o processo não deve demorar mais que o necessário, mas, concomitantemente, não devem ser castradas fases imprescindíveis à correta condução do processo, pela idéia fixa e esquizoparanóica de que “vale-tudo” para fazer o processo correr em velocidade que quebra a barreira do som.

³ O feito teve início em novembro de 1914 (antes, ainda, da vigência do Código de 1916). O acordo de partilha foi homologado em 1977, mas sem expedição do formal de matrícula, porque o imóvel não era matriculado no CRI – mesmo porque a Lei de Registros Públicos data apenas de 1973. O feito foi encerrado apenas em setembro de 2007, com determinação para que se expedisse o formal de matrícula, de qualquer modo, ainda que não servisse para nada. No despacho decisório que encerra a questão o juiz faz uma retrospectiva histórica dos fatos ocorridos com os autos na prateleira do cartório: da declaração e encerramento das duas guerras mundiais, passando pela Grande Recessão Americana, Semana de Arte Moderna, chegada de Fidel Castro ao poder, acidentes nucleares, conquista do espaço, surgimento dos microcomputadores, da internet, dos telefones celulares e da União Européia, dentre outros (PINHEIRO, 2007).

3.2 Estatísticas Judiciais

Quando analisados os processos submetidos ao Poder Judiciário Trabalhista, constata-se que atualmente a grande maioria dos casos que são submetidos apenas ao primeiro grau de jurisdição não demandam grande tempo para solução, ao menos na fase de conhecimento. Nessa fase, o ordinário é que haja agravamento no tempo de solução quando alguma das partes interpõe recursos. Já na fase de cumprimento da sentença, um dos maiores motivadores da demora é quando não são encontrados bens para garantia da execução, nas situações em que o devedor da obrigação não tem patrimônio sólido⁴ ou quando, tratando-se de execução contra a Fazenda Pública, há necessidade de expedição de ofício precatório para inclusão prévia da requisição de pagamento em orçamento anual.

As estatísticas demonstram que não há morosidade injustificada na solução dos processos, em geral, quando analisada a questão da quantidade de feitos ajuizada anualmente em confronto com a estrutura física e humana fornecida às cortes jurisdicionais.

Conforme os dados e indicadores de litigiosidade do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, no ano de 2007 a Justiça do Trabalho do Paraná recebeu, em primeiro grau de jurisdição, 173.731 novos casos de conhecimento e execução, que vieram somar-se aos 199.195 já pendentes de julgamento. No período, por 137 magistrados de primeiro grau, foram proferidas 185.726 sentenças (entre execução e conhecimento), o que implica 1.355,66 sentenças/ano por Juiz. Em segundo grau, os dados indicam 40.362 novos casos em 2007. O Paraná conta com 28 desembargadores de segundo grau, na Justiça do Trabalho, que em 2007 publicaram 28.697 acórdãos (BRASIL, 2007)⁵.

Na análise dos dados estatísticos unificados pelo Tribunal Superior do Trabalho, para toda a Justiça do Trabalho brasileira, constata-se que as Varas do Trabalho contavam com um resíduo, em dezembro de 2006, de 939.843 feitos; receberam mais 1.824.661 novos processos, e julgaram 1.813.355, restando um saldo, em 2007, de 945.646 feitos para julgamento. Em segundo grau, os TRTs brasileiros somados contavam com um resíduo de 207.595 feitos, tendo recebido mais 658.835 novos processos; foram julgados no ano 613.449, restando um saldo, em 2007, de 252.981 ações para julgamento. No TST, o resíduo de 2006 era de 244.331 processos, aos quais se somaram mais 122.758 autos, em 2007. Deduzidos os 153.592 julgados, restaram 213.497 feitos.

Aqueles que militam na Justiça do Trabalho costumam queixar-se da morosidade do seu Tribunal Superior, que mais se acentua quando a comparação é feita com o primeiro e segundo graus de jurisdição da Especializada. No entanto, os dados estatísticos indicam que apenas em 2007 os 27 Ministros que integram aquela corte julgaram 25% a mais que os feitos recebidos, o que demonstra uma busca na solução da chamada taxa de congestionamento. Apesar disso, observa-se, no dia a dia das varas do trabalho, que o tempo de tramitação de um recurso no TST não costuma ser inferior a três anos, podendo chegar a oito anos.

⁴ Analisando-se por amostragem aleatória, na última semana do mês de maio de 2008, na Vara do Trabalho de Jacarezinho, onde a autora exerce sua jurisdição, se constatou os seguintes prazos para solução dos feitos: a) ação submetida ao procedimento sumaríssimo, seis semanas (ajuizamento até acordo judicial); b) ação submetida a procedimento ordinário sem apresentação de recurso, tempo na tramitação do ajuizamento até sentença de primeiro grau, onze semanas; c) ação submetida a procedimento ordinário com manejo de recurso ordinário, tempo na tramitação em processo de conhecimento, até trânsito em julgado da sentença, cinquenta e uma semanas; d) ação submetida a procedimento sumaríssimo com aviamento de recurso, tempo na tramitação em processo de conhecimento até trânsito em julgado, vinte e sete semanas; e) tramitação de recurso em sede de execução, desde o julgamento dos embargos à execução até o julgamento do agravo de petição, dezessete semanas; f) ação submetida ao procedimento ordinário, com apresentação de recurso de revista, tempo de tramitação do ajuizamento até trânsito em julgado, duzentos e oito semanas; g) ação submetida a procedimento ordinário com apresentação de recurso de revista e de embargos ao TST, tempo de tramitação do ajuizamento até trânsito em julgado, quinhentos e setenta semanas, relevando destacar que os embargos à SDI nem mesmo foram conhecidos.

⁵ Fonte: Dados e índices de litigiosidade 2007 – Estatística Anual do TRT-9ª Região.



Em resumo: foram movimentados cerca de quatro milhões de autos na Justiça do Trabalho, apenas em 2007. Mas, apesar da operosidade, cerca de 1,4 milhões ainda aguardavam julgamento, quando do encerramento do ano (BRASIL, 2007)⁶. Frise-se que os operadores jurídicos têm a Justiça do Trabalho como um dos ramos mais céleres do Poder Judiciário.

No Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em 2007 foram protocoladas 115.957 ações, publicados 20.749 acórdãos, e proferidas 150.901 decisões – devendo ser levado em consideração que apenas 11 Ministros integram aquela Alta Corte Constitucional (BRASIL, 2007)⁷.

3.3 Compartilhando a Responsabilidade

Embora a prestação jurisdicional seja atribuição constitucional do Judiciário, a responsabilidade na demora da solução não pode ser atribuído apenas a este ramo do Poder. Parte da responsabilidade deve ser atribuída ao Legislativo e ao Executivo, quando observamos que as atribuições constitucionais desses Poderes também acabam por interferir no tempo de espera da solução judicial. Assim, e apenas a título exemplificativo: o sistema legal manuseado pelo Judiciário depende do cumprimento das normas advindas do Poder Legislativo, sendo que não raras vezes o próprio Poder Executivo edita normas de caráter processual, através de medidas provisórias, que deverão ser analisadas e observadas pelo Judiciário. As normas de caráter processual são de competência exclusiva da União. E sem um bom aparelhamento normativo, é impossível ao juiz imprimir ritmo célere à solução dos feitos.

Também não se pode olvidar que o bom funcionamento de qualquer órgão depende, também, de recursos materiais e humanos. Para o necessário aparelhamento, deve haver destinação de verbas, previamente aprovadas no Orçamento da União ou dos Estados, votadas anualmente pelo Legislativo. Essas verbas previstas no orçamento anual dependerão de oportuna liberação pelo Executivo.

No mais, é de conhecimento de todo operador do direito que uma parcela significativa das ações que atravancam os tribunais decorrem direta ou indiretamente de atos do Poder Executivo, tendo a União, os Estados Membros ou os Municípios como sujeitos ativos ou passivos de tais demandas.

A doutrina reconhece essa divisão de responsabilidade pela morosidade processual: José Afonso da Silva (2007, p. 294) indica, como um dos parâmetros que devem ser levados em consideração na morosidade, a forte carga de trabalho dos magistrados (Poder Judiciário), ao mesmo tempo afirmando que, numa conjuntura de atrasos em razão de excesso de trabalho, impõe-se atitudes como a promoção de alterações na legislação federal, através do Congresso Nacional, visando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional (Poder Legislativo).

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 500) argumenta que o reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere impõe ao Poder Público em geral e ao Judiciário em particular a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Segundo ele, isso implica a abertura de um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais. Argumenta que o assunto envolve temas complexos e pretensões variadas, como a modernização e simplificação

⁶ Em termos de volume financeiro, essa movimentação acarretou pagamento de quase dez bilhões de reais aos reclamantes, arrecadação de custas processuais e emolumentos na ordem de R\$ 126,85 milhões, recolhimento previdenciário de R\$ 1,26 bilhões e IRPF de R\$ 1,14 bilhões. Fonte: Relatório – Movimentação Processual 2007. Disponível em www.tst.jus.br.

⁷ Fonte: Relatório de Atividades 2007.

do sistema processual, criação de órgãos judiciais em número adequado e a própria modernização e controle da prestação jurisdicional e de questões relacionadas à efetividade do acesso à justiça.

Emmanuel Furtado (2007, p. 163) indica que há uma relação de co-responsabilidade entre os poderes, pela morosidade, marcadamente entre Judiciário e Legislativo, quando argumenta que o princípio da eficiência acaba por ser uma espécie de “comando de reforço” que fica gravitando sobre o agente do Estado, bem assim sobre o legislador, como um plus a exigir a prestação da justiça de forma eficaz no que se refere ao tempo da entrega da tutela jurisdicional.

Logo, sem deixar de reconhecer a necessidade de mudanças no Poder Judiciário, ressalta-se que sem a colaboração dos demais Poderes não será possível a obtenção de resultados efetivos na busca do cumprimento do princípio da duração razoável do processo.

4. IDENTIFICANDO AS CAUSAS E SOLUCIONANDO O PROBLEMA

4.1 Causas mais Comuns da Morosidade

Há uma gama variada de problemas enfrentados pelo Judiciário, que vão redundar na morosidade do sistema. Em verdade, são dezenas de motivos a justificar o atraso na entrega da prestação exigida pelo cidadão. Por uma questão didática, arrola-se, de forma exemplificativa, dez causas que consideramos relevantes:

1. Aumento da complexidade e a diversificação das causas, considerando a própria evolução das relações sociais, o que importa maior tempo na análise dos autos, na produção da prova e na elaboração da decisão.

2. Aumento da litigiosidade, com evidente incremento no número de ações ajuizadas e de recursos aviados a cada ano, em todas as esferas judiciais.

3. Deficiência de aparato material e humano, nos aspectos qualitativos e quantitativos; não se tem observado, na forma devida, o que estabelece o art. 93, XIII, da Constituição Federal, que garante número de juízes proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.

4. Precariedade do aparato tecnológico do Estado, em comparação com a evolução constatada nas empresas privadas, mormente junto às Justiças Estaduais.

5. Dificuldades de efetivação da comunicação dos atos processuais; no tempo dos meios de comunicação instantânea, através de mecanismos como correspondência eletrônica, o sistema judicial ainda utiliza, em grande parte, da figura do Oficial de Justiça que bate à porta do cidadão para comunicar a respeito do andamento dos atos judiciais.

6. Visão antiquada que parte dos operadores do direito têm do sistema judicial, apegados a um formalismo processual que não mais encontra ressonância nesse século.

7. Defeitos de organização dos serviços judiciais: conforme Furtado (2007, p. 163), grande parte do atraso dos processos decorrem de tais defeitos; defende esse autor que a prestação da justiça deve ser vista como um serviço, e o jurisdicionado como um “cliente/usuário”.

8. Abuso do direito de defesa: existem litigantes que, embora sabedores de que não têm razão, têm manifesto interesse na perpetuação das lides, utilizando-se todos os meios processuais, sejam ou não éticos, para atrasar a resposta judicial. Argumenta Marinoni (apud PAROSKI, 2008, p. 38) que o sistema processual deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo no processo e inibir as defesas abusivas, e que a defesa deve ser vista como direito da parte apenas quando exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização dos direitos do autor.

9. Excesso de recursos e de instâncias judiciais. A utilização dos recursos consiste



num prolongamento do direito de ação e de defesa, e o uso abusivo dessa faculdade legal também acaba sendo motivo relevante no entrave do sistema judicial. Muitas vezes o recurso acaba sendo utilizado mais como meio de procrastinação da solução do que como meio de revisão da decisão do juiz de primeiro grau. E o sistema recursal brasileiro possibilita diversos pedidos de revisão da mesma decisão.

10. Dificuldade de se encontrar patrimônio do devedor, para cumprimento da decisão, o que pode ser atribuído, dentre outras causas, a práticas como miscigenação entre o patrimônio das pessoas físicas e das pessoas jurídicas e ao largo uso de “laranjas” por aqueles que são renitentes no cumprimento à lei.

4.2 Alterações Legislativas que Visam Auxiliar na Solução da Taxa de Congestionamento Judiciária

O Poder Público está consciente que a morosidade no andamento processual é um dos maiores - se não o maior - problemas do Judiciário. Assim, nos últimos quinze anos vêm sendo promovidas alterações legislativas na clara intenção de atender esse anseio público. No ramo cível, em sentido estrito e trabalhista, há que se citar dez⁸ relevantes medidas legislativas já tomadas que podem auxiliar na solução desse problema:

1. Previsão de penalização daquele que age retardando a entrega da prestação jurisdicional de forma intencional; aplicação de multas aos que utilizam embargos e recursos com intuito meramente protelatório e do que não cumpre os provimentos mandamentais e cria embaraços à efetivação dos provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final, caracterizando ato atentatório à dignidade da jurisdição (art. 14, CPC).

2. Regulamentação e estímulo à promoção de ações coletivas, onde, com uma única decisão, resolvem-se demandas que solucionam, de uma vez, questões atinentes a centenas de litigantes.

3. Possibilidade de proferimento de sentença de improcedência in inaudita altera parte, quando a matéria for unicamente de direito e já tiver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos (art. 285-A do CPC).

4. Adoção da Súmula Vinculante pelo STF (art. 103-A da Constituição Federal).

5. Alteração do rol de deveres do magistrado pela Reforma do Judiciário: impedimento de promoção ou remoção do magistrado que retém autos além do prazo legal, de forma injustificada, e que só poderá devolvê-los com o devido despacho ou decisão (art. 93, II, “e”, Constituição Federal); ininterruptividade da prestação jurisdicional com vedação de férias coletivas e sistema de plantão permanente (93, XII, CF).

6. Permissão aos servidores para que tenham delegada a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório (93, XIV, CF).

7. Disposições preliminares acerca do processo por meio digital (processo eletrônico) e da prática dos atos processuais nessa modalidade.

8. Regularização da possibilidade de penhora eletrônica (penhora on line), o que muito acelera o cumprimento da obrigação de pagar, quando se trata de devedor solvente.

9. Estímulo ao cumprimento voluntário da sentença transitada em julgado, sob pena de multa (475-J).

⁸ Alterações listadas sem observar estritamente a ordem cronológica ou a ordem de importância, desprezando-se alterações legislativas mais antigas, embora relevantes, como a inclusão, no processo civil, da antecipação da tutela de mérito, e a implantação, no processo do trabalho, do Rito Sumaríssimo.

10. Desburocratização da fase de expropriação de bens, permitindo a adjudicação antes da ocorrência de leilão, bem como a alienação por iniciativa do próprio credor.

Além disso, há algumas medidas legislativas que tem como finalidade retirar parte das atribuições do Judiciário, mormente quando se tratam de questões de direito privado. Dentre elas:

1. Criação de Comissões de Conciliação Prévia para solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas, valendo o acordo ali homologado como título executivo extrajudicial.

2. Estímulo à solução arbitral, especialmente, no âmbito das relações de trabalho, em relação aos dissídios coletivos (114, §2º, Constituição Federal).

3. Possibilidade de efetivação de divórcio diretamente no Cartório de Registro Civil, sem necessidade de homologação judicial.

4. Partilha amigável de bens, administrativamente, sem necessidade de inventário judicial, quando todos os herdeiros forem maiores e capazes.

4.3. Contribuições da Praxis à Efetividade e Celeridade Processuais

Além das alterações legislativas, os próprios integrantes do Poder Judiciário, que sentem mais de perto as carências do sistema, acabam por desenvolver novas metodologias de trabalho visando acelerar a efetividade da prestação jurisdicional.

É importante frisar que algumas dessas práticas jurisdicionais que se mostram eficientes acabam convertidas em lei, oportunamente. Exemplos típicos disso são a penhora on line (iniciada mediante convênio do Poder Judiciário com o Banco Central do Brasil, como alternativa aos milhares de ofícios expedidos, solicitando rastreamento e bloqueio de contas bancárias para garantir execuções) e a regulamentação do peticionamento por fac símile e, depois, por via eletrônica, quando já existente regulamentação nos tribunais, primeiro dispendo sobre sistemas de protocolo integrado e depois acerca do que se convencionou chamar E-Doc.

Outras medidas de extrema importância podem ser detectadas, quando analisadas as práticas adotadas, mormente quando, como magistrado, se tem a perspectiva de visão interna. Citam-se, seguindo a metodologia acima adotada, dez delas:

1. Maior acompanhamento das questões pertinentes à produtividade pessoal de cada magistrado, tanto pelas Corregedorias quanto pelo CNJ. As novas metodologias de comunicação levam à agilização da integração das pessoas, sendo que atualmente dispomos de sistemas de comunicação de dados, imagem e voz em tempo real. Utilizando desses mesmos meios, através de sistema de trabalho informatizado, seja mediante o acesso por rede remota, seja mediante informações prestadas por cada unidade jurisdicional, as Corregedorias dos Tribunais e o Conselho Nacional de Justiça acompanham de perto os atos judiciais praticados por cada magistrado do país⁹.

2. Desburocratização das Secretarias e Cartórios judiciais, mediante a adoção de novos meios de prática dos atos processuais e novas rotinas de trabalho, visando diminuir distâncias e prazos no andamento processual, dando maior eficiência na solução das demandas. Exemplo: na 4ª Vara Cível e da Fazenda Pública de Macapá-Amapá foi adotado um sistema de gerenciamento

⁹ Nesse panorama, o Jornal Gazeta do Povo de 25.05.08 noticia que o CNJ passou a monitorar diretamente, com base em um sistema informatizado, a produtividade dos magistrados, visando identificar quem trabalha pouco. Primeiros números: a Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal, em março de 2007, foi responsável por 3.244 despachos, 931 decisões, 4.113 sentenças com julgamento de mérito, 23 sentenças sem julgamento de mérito, 610 audiências realizadas e pelo arquivamento de 931 ações. Para essa produtividade, a equipe de trabalho somou 4 juizes (um titular e 3 auxiliares) e 70 funcionários. O órgão recebe cerca de 2 mil documentos por dia, envolvendo as vidas de 8 mil detentos e 5 mil condenados que cumprem pena em liberdade. O critério de avaliação de produtividade do sistema tem um defeito que necessita ser sanado: leva em conta apenas o número de decisões proferidas pelo juiz em um mês, mas não considera a estrutura da vara, a quantidade de processos que existem para serem julgados ou o grau de complexidade dessas decisões. Também podem ser conferidos os dados referentes às serventias judiciais e extrajudiciais do Brasil, mediante acesso ao link “justiça aberta”, no sítio do CNJ – www.cnj.gov.br.



de autos: cada servidor é responsável por determinados processos, da autuação ao arquivamento, permitindo que conheça melhor os autos, diminua a margem de erros, o tempo de tramitação e implicando distribuição equânime e racional da carga de trabalho. As associações de classe e as revistas especializadas vêm fazendo o papel de divulgação das práticas de gestão judiciária que geram efeitos concretos. A AMB – Associação dos Magistrados do Brasil – organizou, publicou e distribuiu entre os magistrados brasileiros, em 2007, o Guia das Melhores Práticas na Gestão Judiciária, divulgando as medidas e estratégias tomadas por juizes na gestão do movimento processual.

3. Implantação do sistema de gravação de audiências em vídeo, o que dinamiza o tempo de duração, permite inclusão de mais audiências em cada pauta, registra com maior fidelidade questões que não conseguem ser transmitidas de forma tão fiel na redução a termo feita pelo magistrado e diminui a tensão entre advogados e juiz no momento da transcrição da ata.

4. Início de implementação de audiências no sistema on line: embora a questão seja vista com certa reserva nos tribunais superiores, especialmente quando se trata de processo para apuração de responsabilidade criminal, não há nada que impeça sua adoção na esfera cível. Existe possibilidade concreta de implantação, com certa rapidez, de audiências on line para a oitiva de testemunhas, por exemplo, dispensando a oitiva por carta, o que costuma acarretar atraso no andamento processual.

5. Implantação do processo eletrônico: esse sistema já é realidade nos juizados especiais federais, quando se tratam de questões previdenciárias. No âmbito processual trabalhista, já foram iniciados protocolos para o processo digital. Algumas boas iniciativas são a intimação eletrônica e implantação do sistema de assinatura digital para a prática de atos processuais pelo magistrado.

6. Adoção de novas práticas possibilitadas pela informatização, como o sistema de protocolo integrado, a publicação de atas pela rede mundial de computadores, a disponibilização do sistema e-push para acompanhamento do andamento processual pelo advogado e pela parte, a comunicação entre as unidades jurisdicionais por sistema integrado de comunicação instantânea, semelhante ao “MSN”, a expedição de ofícios e solicitação de informações quanto ao andamento de cartas precatórias mediante meio eletrônico.

7. Busca de melhorias nas rotinas nos tribunais, inclusive com certificação externa a esse respeito. Recentemente, o Gabinete do Ministro Lewandowski, do STF, recebeu a certificação ISO 9001, pela adoção de práticas racionalizadas de trabalho visando celeridade na tramitação de procedimentos. Após a certificação o Ministro proferiu Seminário em Curitiba, em 30.05.08, tendo como tema “O ISO 9000 e o Poder Judiciário - Realidade no STF, Possibilidade nos Tribunais Brasileiros”. Apontou como efeitos da implantação da certificação a mudança de procedimentos básicos, o que permitiu melhoria na produtividade, como a adoção de metas de solução, dez por cento superiores ao volume de feitos recebidos por mês, visando acabar com o passivo. A palestra foi direcionada aos dirigentes de diversos tribunais, visando estimular a busca pela certificação.

8. Busca de implantação de novas rotinas para acelerar a efetividade da decisão em sua fase de cumprimento. Exemplo: o TRT da Bahia tem buscado proferir sentenças líquidas, o que é viabilizado pela alocação de servidores habilitados nas unidades jurisdicionais, bem como buscado a unificação de leilões judiciais, para atrair mais interessados na aquisição, mediante maior divulgação dos lotes.

9. Após a implantação efetiva do sistema de penhora on line, busca de outros convênios que podem acelerar a solução do feito, mormente em fase de execução, como o cruzamento de informações com o banco de dados da Receita Federal, do DETRAN e da Junta Comercial de

cada Estado.

10. Ênfase na solução conciliada dos litígios: foi iniciado o Movimento Nacional de Conciliação, que foi encampado pelo Conselho Nacional de Justiça, denominando-o de Projeto ‘Conciliar é Legal’. O movimento teve início com o Dia Nacional da Conciliação, em 08/12/2006 (Dia da Justiça), seguido, no ano seguinte, pela Semana Nacional da Conciliação, realizada entre os dias 3 e 8 de dezembro de 2007. Atualmente, todos os órgãos jurisdicionais têm promovido eventos para atender à solução conciliada dos feitos. Exemplos (BRASIL)¹⁰: a) no dia 15 de maio de 2008 foi realizado mutirão do INSS na sede do TRF de São Paulo, buscando solução para 45 mil processos que estavam em grau de recurso e envolviam direitos previdenciários relacionados a aposentadorias rurais e benefícios assistenciais (Programa de Conciliação Previdenciária, lançado em 12.05.08 naquele TRF); b) no dia 23 de maio de 2008 foi promovido pelo TRT da 15ª Região (Campinas) o ‘Novo Movimento pela Conciliação em Homenagem ao Dia do Trabalho’, quando foram realizadas 12.013 audiências, com o atendimento de 27.345 pessoas, que resultaram em 5.797 acordos homologados, no valor total de R\$ 105.791.490,58; c) no dia 14 de maio de 2008 o 24º Juizado Especial Cível da Barra da Tijuca, bairro da Zona Oeste do Rio de Janeiro, mediou acordo para 61% das ações judiciais analisadas durante a primeira etapa dos mutirões de audiências de conciliação, instrução e julgamentos de processos, promovida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A mobilização concentrou ações movidas em face de uma empresa de telefonia móvel (ressaltando-se que essa área é uma das campeãs em número de queixas apresentadas nos órgãos de defesa dos consumidores). Já ficaram agendadas outras etapas do mutirão, para os dias 30 de maio e 6 de junho de 2008, visando a participação de outras empresas de telefonia.

4.4 Medidas Úteis à Solução na Diminuição do Estoque Processual e da Taxa de Congestionamento

25

Ao lado das medidas já tomadas, outras poderiam ser tomadas, como forma de diminuir o estoque e a taxa de congestionamento processual. Cita-se dez sugestões:

1. Reforma processual diminuindo a amplitude dos recursos. Na mesma ocasião em que comentava, em Curitiba, acerca da certificação de seu gabinete de trabalho, o ministro do STF, Ricardo Lewandowski, em entrevista coletiva à imprensa, disse que espera a solidariedade do Poder Legislativo nacional para a reformulação de leis que possam agilizar o tempo de tramitação dos processos judiciais, argumentando que se não diminuírem o número de processos e recursos não se conseguirá agilizar o tempo dos processos a contento da população.

2. Criação de hipóteses processuais em que a decisão seja irrecorrível, a exemplo do que já acontece no sistema arbitral. Uma vez que o uso excessivo de recursos judiciais é um dos grandes motivadores da morosidade processual, o julgamento em instância única, conforme o valor da causa, certamente diminuiria a lentidão processual. Mas, para isso, é preciso rever o dogma do duplo grau de jurisdição. E isso é difícil, já tendo se mostrado verdadeiro tabu: quando da criação do rito sumaríssimo no processo do trabalho (ações que têm valor da causa inferior a 40 salários mínimos nacionais), o Congresso aprovou artigo que estabelecia a irrecorribilidade, em se tratando de matéria de fato. O dispositivo, entretanto, foi vetado pela Presidência da República.

3. Fortalecimento dos poderes do Juiz na condução do processo, com a alteração de sua posição de mero espectador para uma posição mais ativa, com substituição, aos poucos, do princípio dispositivo pelo princípio inquisitivo. Só quando o juiz deixar de ser mero assistente da lei,

¹⁰ Fonte: Movimento pela Conciliação do Conselho Nacional de Justiça.



para se tornar um agente da lei, é que poderá coibir de fato as posturas procrastinatórias do rito.

4. Modernização do perfil do magistrado, que deve receber uma melhor preparação e qualificação profissional para atender de forma eficiente às novas demandas propostas pelos jurisdicionados. Frise-se que com a Reforma do Judiciário se estabeleceu a necessidade de formação inicial e atualização constante do magistrado, com cursos de formação e aperfeiçoamento da categoria.

5. Incremento na qualificação dos servidores do Judiciário. Não há mais espaço para o servidor que é mero “batedor de carimbos”, havendo necessidade de ser substituído por pessoa qualificada a gerenciar de forma efetiva o andamento do processo.

6. Desmistificação do formalismo processual e publicização dos Cartórios das Varas da Justiça Estadual.

7. Maior relevância à fase de cumprimento da sentença. A política adotada por décadas, mormente na Justiça do Trabalho, foi de ênfase demasiada no processo de conhecimento em detrimento da fase de execução. O juiz do trabalho Luciano Atahyde Chaves (2007, p. 323) ressalta, em artigo científico, que a ausência de preocupação quanto à efetividade das sentenças na Justiça do Trabalho sempre despertaram sua atenção, questionando a ênfase no processo de conhecimento em detrimento da execução, caracterizando aquilo que classifica como “mito da cognição”. Isso porque a percepção da excelência dos serviços judiciários tradicionalmente é medida pela quantidade de audiências, pela pontualidade das sentenças proferidas e dos acordos homologados. Nessa mesma linha, o desembargador Roberto Pessoa (2007, p. 941) esclarece que de nada vale a rapidez imprimida no processo de conhecimento se, em seguida, o processo de execução se protraí no tempo, não havendo nele igual celeridade, impedindo a eficaz satisfação do credor.

8. Modificação da regra do ônus da prova no processo civil em geral: nesse sentido, está em tramitação na Câmara dos Deputados o PL (Projeto de Lei) 3.015/2008, com proposta de alteração do art. 333 do CPC, possibilitando ao juiz distribuir o ônus da prova a cada um dos litigantes conforme cada caso concreto.

9. Adoção de medidas que impeçam de forma efetiva a conduta maliciosa do litigante que sabe não ter razão, sugerindo-se a positivação do que a doutrina vem chamando de “assédio processual”. O exercício do direito de ação e a prática de atos processuais têm limites, e o processo deve ser utilizado como instrumento ético e democrático, não se admitindo, sem justificativa plausível, excessivas oportunidades de participação dos litigantes. Deve-se coibir o exercício abusivo de faculdades processuais visando a procrastinação, o que causa prejuízos à parte que tem razão. Além dessa conduta colaborar para a morosidade processual, aumentando a carga de trabalho dos órgãos judiciários, consome recursos públicos de forma desnecessária.

10. Racionalização do sistema de prerrogativas da Fazenda Pública. Em um Estado Democrático de Direito, não é razoável que a Fazenda Pública pague seus débitos com os cidadãos em prazo muito mais elástico que os particulares. Alguma evolução já aconteceu, com a adoção do sistema de requisição direta para pagamento, em 60 dias, das obrigações definidas em lei como de pequeno valor, e a dispensa do duplo grau de jurisdição obrigatório para as causas de valor inferior a 60 salários mínimos.

5 CONCLUSÃO

A Constituição reconhece como direito fundamental do cidadão a solução de uma demanda judicial em tempo razoável. Isso não significa que a solução da demanda deverá ser imediata ao seu ajuizamento, mas sim que não deve demorar tempo maior do que o necessário

para o conhecimento da causa de uma maneira suficientemente profunda, permitindo a ambas as partes a exposição de seus argumentos e a produção da prova pertinente.

Entretanto, consideradas as peculiaridades de cada caso concreto, perseguir a resolução do processo apenas sob o viés da rapidez e celeridade muitas vezes não permitirá a apreciação da causa de forma justa. Não se pode reduzir a visão do tempo de duração do processo somente a uma ótica objetiva, fundada unicamente em estatísticas que busquem medir a eficiência processual pelo tempo de duração da demanda. Outras garantias fundamentais devem acompanhar a da duração razoável do processo, tais como a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como do duplo grau de jurisdição.

A lentidão do processo é um mal que efetivamente contamina a justiça da decisão. Com fulcro nos dados estatísticos podemos concluir pela existência de uma grande quantidade de feitos em trâmite nos tribunais brasileiros, configurando um estoque processual aguardando julgamento, e uma alta taxa de congestionamento processual. A responsabilidade pela demora na prestação jurisdicional não pode ser debitada apenas ao Judiciário, havendo co-responsabilidade dos demais Poderes da República.

É necessário reagir, buscando providências para a solução desse que é apontado como um dos grandes problemas do Poder Judiciário. Ações específicas do Poder Judiciário e alterações legislativas pontuais vêm sendo implementadas na busca de solução das demandas de uma maneira que alie celeridade e justiça. Além disso, os próprios integrantes do Poder Judiciário, que sentem mais de perto as carências do sistema, acabam por desenvolver, na praxe diária, novas metodologias de trabalho visando acelerar a efetividade da prestação jurisdicional. Estas contribuições da praxe judiciária são de extrema importância na modernização do processo, tanto que não raro acabam sendo convertidas em lei, oportunamente, como ocorreu com a penhora on line e a regulamentação do peticionamento eletrônico.

Ao lado das medidas já tomadas, preconizam-se outras consideradas úteis e necessárias, notadamente uma reforma processual diminuindo a amplitude dos recursos, a criação de hipóteses processuais em que a decisão proferida seja irrecorrível e a adoção de medidas de repressão à conduta maliciosa do litigante que sabe não ter razão, com a penalização do litigante que procede dessa maneira, extrapolando os limites do exercício regular do direito de ação.

Não se pode olvidar que as medidas devem ser tomadas por todos aqueles que atuam na esfera judicial, ou, de algum modo, contribuam para o andamento dos processos. Apenas com a contribuição de todos os integrantes da sociedade é que se poderá alcançar o resultado eficiente do processo: solução justa em tempo razoável.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência. 3 ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros. Guia das Melhores Práticas na Gestão Judiciária. Brasília: Edição da AMB, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Movimento pela Conciliação. Disponível em: <www.cnj.gov.br>.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório de Atividades 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Dados e índices de litigiosidade 2007: Estatística Anual do TRT da 9ª Região. Disponível em: <www.trt9.jus.br>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Relatório de Movimentação Processual 2007. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

CHAVES, Luciano Atahyde. A Efetividade Processual e o Cumprimento da Sentença na Justiça do Trabalho. Revista LTr, ano 71, n. 03, mar. 2007, p. 323-326.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 ed. São Paulo: RT, 2003.

FURTADO, Emmanuel. Direito ao Processo do Trabalho em Tempo Razoável. In Direito Processual do Trabalho: Reforma e Efetividade. (Org.) CHAVES, Luciano Athayde. São Paulo: LTr, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2007.

28 MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3 ed. São Paulo: RT, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões Sobre a Morosidade e o Assédio Processual na Justiça do Trabalho. Revista LTr, ano 72, n. 01, jan. 2008, p. 33-44.

PESSOA, Roberto. A Efetividade das Decisões da Justiça do Trabalho. Revista LTr, ano 71, n. 08, ago. 2007, p 939-943.

PINHEIRO, Aline. Autos da História. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 12 out. 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 14 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário. São Paulo: LTr, 2005.



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

*Demétrius Coelho Souza**

RESUMO

O presente texto objetiva traçar algumas considerações sobre o licenciamento ambiental no Brasil, destacando, dentre outros tópicos, a controvérsia existente em torno de sua natureza jurídica e competência para licenciar, bem como a exigibilidade de se realizar estudo prévio de impacto ambiental para os casos em que a atividade a ser desenvolvida possa provocar, em potencial, dano ao meio ambiente. Este estudo é parte integrante do procedimento para a obtenção da licença ambiental, sem a qual, regra geral, não se poderá operar.

Palavras-chave: Licenciamento e Licença Ambiental. Competência. Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Procedimento.

ABSTRACT

The present essay aims to consider some of the aspects involving the environmental licence, pointing, among others, the controversy concerning its legal nature and the competence to licence as well as the demands related to the previous studies of environmental impact for the cases whose activities to be developed can harm the environment. This previous study is part of a process whose goal is to obtain the environment license, necessary for the operation of a business.

Keywords: Environmental Licence. Competence. Previous Studies of Environmental Impact. Proceedings.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 ORIGEM DA EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. 3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL. 3.1 Conceito. 3.2 Licença Administrativa e Licença Ambiental. 3.3 Tipos de Licença Ambiental e Questões de Ordem Prática. 4 COMPETÊNCIA PARA LICENCIAR. 5 ESTUDOS AMBIENTAIS PARA O LICENCIAMENTO. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente é um direito inalienável, pois a todos pertence. Sob essa perspectiva, anota Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 121) que “incumbe ao Poder Público ordenar e controlar as atividades que possam afetar esse equilíbrio, em atendimento ao comando do art. 225 da Constituição Federal”.

Por conseguinte, percebe-se a intervenção do Estado nas mais diversas vertentes e atividades, intervenção essa, aliás, plenamente justificável ante a necessidade de se proteger um

* Mestre em Direito pela UEM. Especialista em Direito Empresarial (UEL), em Filosofia Política e Jurídica (UEL) e em Direito Civil e Processual Civil (UEL). Professor de Direito Civil na PUCPR, Campus Londrina e na UniFil. Advogado.



bem maior, o ambiental. Sem essa proteção, desnecessário dizer, a própria vida poderá ser colocada em risco. Assim, por se tratar de um bem jurídico, não se pode admitir ou aceitar que algumas atividades e/ou empreendimentos ponham em risco o meio ambiente, o que inviabilizaria, como alertado, a própria vida.

E, por ser o meio ambiente um bem jurídico, revela-se obrigatória a intervenção do Estado para sua proteção, pois “é dever do administrador público proteger o meio ambiente e seus recursos naturais” (DESTEFENNI, 2004, p. 29), não havendo, nesse particular, qualquer discricionariedade. Em outros termos, não pode haver discricionariedade quando o assunto é a proteção ambiental, justamente para que seja preservada a sadia qualidade de vida de todas as pessoas.

Essa intervenção, evidentemente, abrange uma série de atos e medidas com vistas a defender e preservar o meio ambiente em suas mais diversas formas, vale dizer, o meio ambiente natural, o cultural, o artificial e o do trabalho. Com essa perspectiva, o ordenamento jurídico pátrio prevê uma série de atos e medidas para a defesa e preservação do meio ambiente, destacando-se, a título de controle prévio, a “autorização”, a “permissão” e a “licença”. Sobre o assunto, a lição de José Afonso da Silva (2007, p. 279):

As normas de Direito Ambiental imprimem enorme condicionamento às atividades humanas, visando resguardar a qualidade do meio ambiente. O cumprimento desse condicionamento nem sempre é espontâneo. Por isso, a legislação prevê controles prévios, concomitantes e sucessivos, por parte de autoridades públicas, a fim de verificar a regularidade do exercício das atividades controladas. Permissões, autorizações e licenças são formas clássicas de controle prévio, porque atuam antes do início da atividade controlada. O Estudo de Impacto Ambiental, por exemplo, que é pressuposto da licença ambiental em muitas hipóteses, constitui um meio de controle prévio específico da disciplina ambiental. O mesmo ocorre com a fiscalização, que é controle concomitante, porque se exerce durante o desempenho da atividade controlada. As vistorias, termos de conclusão de obra e “habite-se”, de sua parte, são formas de controle sucessivo, porque incidem depois de exercida a atividade controlada.

O presente texto, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, tratará especificamente do licenciamento ambiental, procurando abordar as mais relevantes questões sobre essa forma de controle prévio, buscando esclarecer, à medida do possível, as controvérsias apontadas pela doutrina e jurisprudência no que se refere ao tema proposto.

2 ORIGEM DA EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO NO BRASIL

Apenas a título elucidativo, relata Marcos Destefenni (2004, p. 85) que “uma das primeiras normas a exigir uma licença em relação à proteção do meio ambiente foi o ‘Regimento sobre o Pau-Brasil’, de 12.12.1605, que exigia expressa licença real para o corte do Pau-Brasil”. Em termos de legislação ambiental, porém, esclarece Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin (1999, p. 32) que

o licenciamento ambiental é novidade que aparece no Brasil no início da década de 70, tanto mais quando o Estado de São Paulo, em 1976, promulgou sua legislação de controle da poluição (Lei nº 997, de 31.5.76). No plano federal, só passa a ser

exigido a partir de 1981, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Atualmente, a matéria vem tratada em vários textos legais, bastando aqui citar a própria Lei nº 6.938/81 e as Resoluções CONAMA nº 001/86 e 237/97.

Portanto, o licenciamento ambiental passa a ser exigido com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo os procedimentos de licenciamento ambiental regulados pelas Resoluções do Conama (Conselho Nacional do Meio Ambiente), conselho integrante do Sisnama (Sistema Nacional do Meio Ambiente), consoante expressa previsão no inciso I do art. 8º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

3.1 Conceito

Em que pese a noção apresentada por alguns doutrinadores pátrios, afirma-se que o conceito de licenciamento ambiental é legal, eis que encontrado no inc. I do art. 1º da Resolução Conama nº 237/97, redigido nos seguintes termos:

Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

31

Trata-se, portanto, de um “procedimento administrativo que tramita perante órgãos ambientais, e que tem por objeto estabelecer as condições e os requisitos para o exercício de uma atividade ou de um empreendimento que possa provocar alguma degradação ambiental” (DESTEFENNI, 2004, p. 83).

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005, p. 81), de sua parte, observa que licenciamento ambiental “é o complexo de etapas que compõe o procedimento administrativo, o qual objetiva a concessão de licença ambiental. Dessa forma, não é possível identificar isoladamente a licença ambiental, porquanto esta é uma das fases do procedimento”.

Nesse sentido, resta evidenciada a presença do Estado nesse tipo de procedimento, o que se dá, cabe novamente destacar, ante a necessidade de se preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Nesse particular, não seria descabido afirmar que o tema em estudo encontra-se intimamente ligado ao não menos importante “princípio do desenvolvimento sustentável”, a lembrar que o ponto de equilíbrio entre o progresso e a preservação ambiental é, segundo Edna Cardoso Dias (2003, p. 204), “o grande desafio do Século XXI”. Em verdade,

A exigência de licenciamento ambiental é uma forma de controle da intervenção do homem no meio ambiente, quando essa intervenção possa resultar em qualquer degradação ao meio ambiente. Trata-se, sem dúvida, de um instrumento de gestão ambiental, visando o desenvolvimento sustentável, pois se procura harmonizar o interesse econômico com a necessária preservação do ambiente (DESTEFENNI, 2004, p. 102).

De sua parte, observa Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 103-104) que



As intervenções sobre o meio ambiente estão submetidas ao controle do Poder Público, mediante a aplicação do poder de polícia. O mais importante dentre todos os mecanismos que estão à disposição da administração para a aplicação do poder de polícia ambiental é o licenciamento ambiental. Através dele, a Administração Pública estabelece condições e limites para o exercício das atividades utilizadoras de recursos ambientais.

O licenciamento ambiental, portanto, é considerado um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, inc. IV, da Lei 6938/81) e tem como principal objetivo o controle prévio de atividades potencialmente nocivas ao meio ambiente, evitando-se, desta forma, “que as atividades humanas possam causar danos ambientais, em geral de difícil reversibilidade” (GARCIA, 2004, p. 125).

Deve-se registrar, também, a lição de Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder e Sílvia Cappelli (2007, p. 58-59), para quem “o licenciamento ambiental apresenta-se plurifuncional”, isto é, visa não apenas controlar as atividades potencialmente prejudiciais ao meio ambiente, mas também impor medidas mitigadoras e compensatórias para a degradação ambiental que está prestes a ser autorizada, atenuando sobremaneira o impacto ambiental. De qualquer sorte, importa destacar que o licenciamento ambiental reflete o princípio da

supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente em relação aos interesses privados, já que cuida de proteger o direito fundamental da pessoa humana ao equilíbrio ecológico, posto no art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988. Dada a indisponibilidade desse direito, cabe ao Poder Público intervir nas atividades privadas na defesa do meio ambiente, condicionando o seu exercício a determinadas obrigações que busquem atingir um padrão de desenvolvimento sustentável, de acordo com o estágio do conhecimento científico vigente (MARCHESAN et al, 2007, p. 57-58).

Além do princípio supra retratado, encontram-se umbilicalmente ligados os princípios da prevenção e precaução, sem os quais não há vida em sua plenitude. Por fim, necessário dizer que o licenciamento é um procedimento que deve ser revestido de publicidade e que está sujeito às regras de direito público, isto é, regras de ordem pública que não podem ser desrespeitadas pelos particulares nem tampouco pela própria Administração.

3.2 Licença Administrativa e Licença Ambiental

Como visto, o licenciamento ambiental é um complexo de etapas que compõe o procedimento administrativo, objetivando a concessão de uma licença. Nesse contexto, entende-se por licença o “ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade” (DI PIETRO, 2007, p. 213). Por conseguinte, anota Lúcia Valle Figueiredo (2005, p. 129) que “a licença para edificar é ato administrativo inserido na competência vinculada, pois, satisfeitos os pressupostos legais, nada remanesce à Administração a não ser a outorga da licença”.

Vista sob o prisma do Direito Ambiental, a licença também apresenta um conceito legal, sem prejuízo daqueles formulados pelos doutrinadores pátrios. Nesse sentido, a definição dada pelo inc. II do art. 1º da Resolução Conama 237/97 no que se refere à licença:



ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetivas ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Partindo dessa premissa, afirmam Lucio Bagio Zanuto Junior, Marta Botti Capellari e Simone Boer Ramos (2005, p. 188) que, em matéria de direito ambiental, o termo “licença” não é empregado em sua acepção técnica, entendimento este compartilhado por Toshio Mukai (2005, p. 89): “o controle administrativo preventivo das atividades, obras e empreendimentos que possam causar danos ao meio ambiente deve ser efetuado por meio de autorizações, no geral (e não através de licenças, o que ocorre apenas e tão somente no campo do direito de construir)”. E, mais adiante, conclui o autor:

Portanto, quando a Lei nº 6.938/81 prevê que o licenciamento ambiental e a revisão do licenciamento de atividade efetiva ou potencialmente poluidora são instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, após a Constituição de 1988, por força do seu art. 225, caput, não resta dúvida nenhuma de que tais expressões devem ser entendidas como sinônimos de autorizações, atos administrativos precários e discricionários (MUKAI, 2005, p. 90).

No mesmo sentido se manifestam, respectivamente, Vladimir Passos de Freitas (2005, p. 75) e José Ricardo Alvarez Vianna (2004, p. 117):

O termo licença, certamente, não é o mais apropriado, pois pressupõe ato administrativo definitivo e, pelo menos para a Licença Prévia e para a de Instalação, é ato precário. Mais adequado seria usarmos a denominação autorização, esta sim, de caráter discricionário e precário. No entanto, optou o legislador pelo uso do termo licença e por isso só a ele faremos referências, evitando compreensão equivocada do assunto.

A diferença entre “licença” e “autorização” é relevante. Enquanto “licença” assume contornos de ato vinculado, conferindo a seu titular um direito subjetivo, desde que preenchidos certo requisitos; “autorização” é ato precário, discricionário e não gerador de direito adquirido, podendo, pois, ser revogado a qualquer momento. Com efeito, em matéria ambiental, portanto, é claro que se trata de “autorização” do Poder Público e não de “licença”. Sim, porque, se perpetrado qualquer ato lesivo ao meio ambiente, eventual “autorização” prévia do Poder Público – mesmo que contenha nome de “licença” –, deverá imediatamente ser suspensa, cassada ou ao menos revisada, haja vista que ao Estado não é permitido cancelar tais práticas.

Assim, se não se pode aceitar ou permitir que o meio ambiente, considerado em todas as suas formas, sofra qualquer dano ou prejuízo, revela-se claro o entendimento de que a denominada “licença ambiental” refere-se, na verdade, a uma “autorização ambiental”, justamente por poder ser revogada a qualquer instante, não havendo falar-se, por conseguinte, em direito adquirido

ou subjetivo. Sobre o assunto, reflete Marcelo Dawalibi (2007, p. 187): “a licença ambiental não confere a seu titular direito subjetivo à instalação ou operação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental, podendo ser revogada a qualquer tempo, desde que superveniente motivo revele a nocividade do empreendimento”.

Portanto, pode-se afirmar que a licença ambiental “não é uma licença tradicional de direito administrativo, aproximando-se de uma autorização administrativa e não de uma licença propriamente dita” (DESTEFENNI, 2004, p. 106). Essa a idéia preponderante em relação à sua natureza jurídica.

Há quem entenda, porém, que a licença ambiental é, efetivamente, uma licença. É o caso de Luis Carlos Silva de Moraes (2002, p. 40). Edis Milaré (2004, p. 486), de sua parte, muito embora veja nessa figura uma “licença”, afirma que a mesma possui características próprias, não podendo ser comparada a uma típica licença do direito administrativo. Eis suas palavras:

Não há que se falar, portanto, em equívoco do legislador na utilização do vocábulo licença, já que disse exatamente o que queria (*lex tantum dixit quam voluit*). O equívoco está em se pretender identificar na licença ambiental, regida pelos princípios informadores do Direito do Ambiente, os mesmos traços que caracterizam a licença tradicional, modelada segundo o cânon do Direito Administrativo, nem sempre compatíveis. O parentesco próximo não induz, portanto, considerá-las irmãs gêmeas.

Outros autores, como é o caso de Júlio César Garcia (2004, p. 128), adotam posição mista, sustentando a existência de características em comum tanto de autorização como propriamente de uma licença. E, no que diz respeito às semelhanças entre as licenças ambiental e administrativa, apontam Curt Trennepohl e Terence Trennepohl (2007, p. 12-13), não obstante entenderem que a licença ambiental possua natureza jurídica de “autorização”, que

Na hipótese de superveniência de norma que impeça a continuidade de atividade regularmente aprovada, sem possibilidade de adequação às novas regras, a suspensão ou revogação da licença ambiental ou a negativa de sua renovação obrigam à indenização do favorecido. No caso de uma indústria, por exemplo, devidamente aprovada pelo órgão competente para se instalar em local onde não existe restrição para a atividade, em sobrevindo alteração na legislação de ocupação do solo que proíba seu funcionamento, é devida a indenização decorrente da interrupção de suas atividades.

Em outros termos, mesmo que se trate de uma autorização, entendem os autores acima mencionados que eventual negativa em se renovar a licença pode gerar indenização, o que não é compartilhado por aqueles que sustentam que a autorização não gera direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da “licença”, razão pela qual poderia a Administração negá-la sem indenização.

3.3 Tipos de Licença Ambiental e Questões de Ordem Prática

Inicialmente, observam Curt Trennepohl e Terence Trennepohl (2007, p. 13) que “são várias as modalidades de licenças ambientais, algumas com liturgia para a sua emissão perfeitamente estabelecida, outras sem nenhuma regulamentação quanto aos procedimentos que a antecedem”.



Em relação às primeiras, anota-se o art. 8º da Resolução Conama 237/97, que prevê a Licença Prévia (LP), a Licença de Instalação (LI) e a Licença de Operação (LO).

Essas são, portanto, as três espécies de licença previstas na Resolução Conama 237/97, destacando que o art. 18 dessa mesma Resolução estabelece o prazo de validade para cada uma, isto é, cinco anos, no máximo, para a licença prévia, seis anos, no máximo, para a licença de instalação e, de quatro a dez anos para a licença de operação.

Ponto merecedor de reflexão diz respeito à possibilidade de as licenças serem prorrogadas ou renovadas. Em relação ao primeiro caso – possibilidade de se prorrogar ou renovar a licença ambiental – necessário mencionar os §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 18 da Resolução Conama 237/97, os quais claramente permitem a possibilidade de ser a licença prorrogada ou renovada. Maior dificuldade, porém, reside no fato de saber se há, ou não, direito subjetivo à prorrogação ou renovação da licença.

Nesse passo, cabe inicialmente relembrar o conceito de direito subjetivo para, depois, poder afirmar se há, ou não, direito à dita licença. Sobre o assunto, observa Goffredo Telles Junior (2002, p. 255) que

O Direito Subjetivo não é norma, não é o mandamento. Não é uma estrutura normativa, um sistema prescritivo. Não é uma ordenação. Não é a chamada norma agendi. O termo “Direito Subjetivo” designa uma “permissão”. Designa uma permissão para o uso de faculdades humanas. Mas é uma permissão “específica”, estrictamente [sic] “qualificada”, como veremos. É, também, o nome “coletivo” do conjunto de tais permissões. Os Direitos Subjetivos se definem: PERMISSÕES DADAS POR MEIO DE NORMAS JURÍDICAS.

35

Para esse autor, os direitos subjetivos constituem, pois, verdadeiras “autorizações” fundadas no direito objetivo, daí o porquê se afirmar que o direito subjetivo decorre do direito objetivo. Com efeito, se o direito subjetivo pode ser entendido como “permissão jurídica”, é fato certo que essa permissão advém da norma. Em outros termos,

Quem tiver permissão jurídica – permissão dada por meio de norma jurídica – para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter alguma coisa, possui o direito (o Direito Subjetivo) de fazê-la ou não fazê-la, de tê-la ou não tê-la, isto é, está “juridicamente autorizado” a fazê-la ou não fazê-la, a tê-la ou não tê-la (TELLES JUNIOR, 2002, p. 255-256).

E essa faculdade representa a tão conhecida expressão *facultas agendi*, isto é, a faculdade de o titular desse direito exercê-lo ou não. Conclui-se, portanto, que o direito subjetivo consiste na possibilidade de agir e de exigir aquilo que as normas de direito (objetivo) atribuem a alguém como próprio, ou seja, na faculdade que determinada pessoa tem de agir desta ou daquela forma, faculdade esta evidentemente advinda da norma jurídica. Pois bem. Resta saber, no entanto, como ficaria a questão alusiva à licença ambiental.

Verificou-se, até o presente momento, prevalecer a idéia de que a licença ambiental possui natureza jurídica de “autorização” e, como tal, traz consigo a característica da precariedade, o que leva a crer que pode ser revogada a qualquer momento pelo poder autorizante (FARINHA, 2006, p. 60). Em outros termos, “o pedido de renovação da licença não ampara a pretensão da parte, pois a concessão daquela é mera expectativa de direito, não conferindo à empresa o direito



de continuar suas atividades” (Processo nº 2006.72.00.013827-4 UF: SC, 3ª Turma do TRF 4ª Região, relatora Desembargadora Vânia Hack de Almeida, julgado em 29.05.2007).

Com razão, portanto, o trecho jurisprudencial supra transcrito, justamente porque a licença ambiental não pode ser entendida como licença administrativa, muito embora “as licenças e autorizações ambientais, como é óbvio, têm as suas origens imediatas nas licenças e autorizações administrativas e com estas mantêm um relação intensa e contraditória”, como anota Renato Farinha (2006, p. 60). Assim, em que pese autorizadas vozes em contrário, crê-se que não há direito subjetivo à obtenção, prorrogação ou renovação da licença, justamente por se tratar de um ato discricionário e precário, ficando a cargo do poder público, portanto, concedê-la, prorrogá-la ou renová-la. Evidentemente, caso não haja concessão, prorrogação ou renovação, deve a autoridade competente apresentar as razões de seu convencimento, não apenas em fiel observância ao princípio da motivação, mas também para que abusos e excessos não sejam cometidos, principalmente no âmbito político.

Indaga-se, também, se há direito adquirido em relação às licenças ambientais. A resposta deve ser negativa. Realmente, se a licença é um ato precário e discricionário que não gera direito subjetivo à sua obtenção, é fato certo que o poder público pode revê-la de tempo em tempo, ainda que dentro do prazo de validade, até porque “a ocorrência de fato grave para a saúde pública ou para o ambiente pode motivar o ato da Administração” (MACHADO, 2006, p. 266).

Nessa perspectiva, anota-se o art. 19 da Resolução Conama 237/97, que, aliás, arrolou os fundamentos da suspensão ou cancelamento da licença expedida: violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais; omissão ou falsa descrição de informações relevantes e superveniência de graves riscos para a saúde e para o meio ambiente, o que demonstra, de forma irrefragável, não haver direito adquirido. Em verdade, somente as licenças de direito administrativo, uma vez concedidas, “passam a integrar o patrimônio jurídico de seu titular como direito adquirido” (ANTUNES, 2005, p. 107), nada se referindo à doutrina acerca das licenças ambientais.

Por fim, enfrenta-se a questão alusiva a eventual indenização caso a licença venha a ser revogada. Em relação às licenças administrativas, parece não haver dúvida: como passa a fazer parte do patrimônio jurídico de seu titular como direito adquirido, é razoável afirmar que haverá o dever de indenizar caso a licença seja revogada ou suspensa de forma unilateral, sem qualquer motivo plausível ou sem a presença de qualquer causa que exclua o dever de indenizar. Imprescindível, no entanto, a demonstração do dano, a lembrar que “não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houver o dano” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 70).

No tocante às licenças ambientais, porém, a questão não é pacífica entre os doutrinadores pátrios. Curt Trennepohl e Terence Trennepohl (2007, p. 12-13) defendem a possibilidade de haver indenização, isto é, “na hipótese de superveniência de norma que impeça a continuidade de atividade regularmente aprovada, sem possibilidade de adequação às novas regras, a suspensão ou revogação da licença ambiental ou a negativa de sua renovação obrigam à indenização do favorecido”.

Porém, observa Paulo de Bessa Antunes (2005, p. 107) que a questão não é legal, mas sim econômica. Eis suas palavras:

[...] enquanto uma licença for vigente, a eventual modificação de padrões ambientais não pode ser obrigatória para aquele que esteja regularmente licenciado segundo os padrões vigentes à época da concessão da licença. O Poder Público, entretanto, poderá negociar com o empreendedor a adoção voluntária de novos parâmetros de proteção ambiental. Uma vez encerrado o prazo de validade de uma licença

ambiental, os novos padrões são imediatamente exigíveis. Este fato, em si mesmo, é importante, mas não é suficiente para que os novos padrões sejam imediatamente adotados. A questão não é legal: é econômica.

Ao que parece, seria razoável conceder ao empreendedor um prazo para adaptações, sob pena de este empreendedor ver frustrada toda sua perspectiva negocial, o que poderia gerar desemprego. Assim, em havendo revogação sem a concessão de prazo para eventual adaptação, crê-se na possibilidade de se indenizar, até porque investimentos são necessários para a viabilidade de qualquer atividade econômica. Caso contrário, se a revogação não gerar dano algum ou se o empreendedor não cumprir as novas exigências impostas dentro de prazo razoavelmente assinalado, não haveria de se falar em indenização.

De qualquer forma, é fato certo que “antes de iniciada a obra, a licença para construir pode ser revogada por conveniência da administração pública, sem que valha o argumento do direito adquirido” (RTJ 116/347), o que leva a crer que não haverá indenização se a revogação anteceder o início da obra, a destacar que não há indenização sem a existência do dano.

4 COMPETÊNCIA PARA LICENCIAR

O assunto em relação à competência para licenciar é controvertido. Para alguns doutrinadores, dentre os quais Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005, p. 92), as licenças ambientais deverão ser

expedidas pelo Ibama para os empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, conforme preceitua o art. 4º. O Ibama, por sua vez, deverá considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios que abrigarão a atividade ou empreendimento. Além disso, sendo a atividade potencialmente causadora de significativo impacto ambiental em âmbito regional, será possível ao Ibama delegar aos Estados a competência para o licenciamento.

Para outros, porém, a competência para licenciar é do Estado. Dentre estes doutrinadores, situa-se Marcos Destefenni (2004, p. 93), para quem a competência para licenciar é estadual, havendo, porém, algumas exceções em relação ao ente federal. Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 259-260), de sua parte, observa que a proteção do meio ambiente e o combate à poluição é competência comum da União, dos Estados e dos Municípios (CF/88, art. 23, inc. VI), sendo o licenciamento ambiental uma das formas de se exercer a competência comum. Nesse sentido, anota o autor:

A lei federal ordinária não pode retirar dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderes que constitucionalmente lhes são atribuídos. Assim, é de se entender que o art. 10 da Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) não estabeleceu licenças ambientais exclusivas do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis, porque somente uma lei complementar poderia fazê-lo (art. 23, parágrafo único, da CF); e nem a Resolução CONAMA-237/1997 poderia estabelecer um licenciamento único. Enquanto não se elaborar essa lei complementar estabelecendo normas para cooperação entre pessoas



jurídicas, é válido sustentar que todas elas, ao mesmo tempo, têm competência e interesse de intervir nos licenciamentos ambientais. No federalismo, a Constituição Federal, mais do que nunca, é a fonte das competências, pois caso contrário a cooperação entre os órgãos federados acabaria esfacelada, prevalecendo o mais forte ou o mais estruturado politicamente (MACHADO, 2003, p. 259-260).

Mas se todos os órgãos têm competência para intervir nos licenciamentos ambientais, deve-se perquirir qual ente seria responsável para, efetiva e concretamente, expedir a licença ambiental. A questão é esclarecida por Curt Trennepohl e Terence Trennepohl (2007, p. 14-15), que sustentam que o critério mais abrangente é o da “prevalência do interesse”, muito embora a doutrina aponte a existência de inúmeros outros critérios. Melhor explicando, a “competência para o licenciamento ambiental deve ser estabelecida a partir da prevalência do interesse, sendo evidente que o interesse nacional se sobrepõe ao interesse do Estado e o interesse deste último, sobre o do Município”.

Entretanto cabe destacar que, nos casos em que se conclui pela competência da União para o licenciamento ambiental, não significa que esta deva, obrigatoriamente, ser exercida pelo órgão federal do meio ambiente, pois a doutrina aponta hipóteses de delegação de competência, justamente porque “a conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais” (BRASIL, 2004).

Nesse mesmo julgado, deixou registrado o ilustre Ministro José Delgado que “existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento”, o que somente confirma o critério de “prevalência de interesses”.

De qualquer forma, a jurisprudência tem entendido ser legítima a presença do Ibama em processos que envolvam o assunto aqui tratado, o que se faz em razão de ser aceita sua competência supletiva, proclamando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não haver afronta às Leis nº 4.771/65 e 6.938/81:

Em razão de sua competência supletiva, é legítima a presença do IBAMA em autos de ação civil pública movida com fins de decretação de nulidade de licenciamento ambiental que permitia a instalação de relaminadora de aços no município de Araucária, não se caracterizando a apontada afronta às Leis nºs 4.771/65 e 6.938/81 (BRASIL, 2006).

Assim, “se o órgão ambiental estadual licenciou a obra de forma indevida, nada impede que o IBAMA intervenha de forma supletiva, para garantir a preservação do meio ambiente”(BRASIL, 2000). Por derradeiro, enfrenta-se a questão envolvendo a competência dos municípios para o licenciamento de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente. Nesse particular, cabe deixar registrado que alguns doutrinadores defendem a competência do município para o licenciamento ambiental, fazendo-o com base na competência material comum entre União, Estados e Municípios. Outros, porém, sustentam a absoluta ilegalidade da Resolução Conama ao atribuir competência licenciadora ao município (Antônio Inagê de Assis).

Sobre o tema, com todo o respeito às respeitáveis opiniões em contrário, afigura-se possível ao ente municipal expedir licenças ambientais, desde que respeitados, por óbvio, os interesses nacional e estadual, sem prejuízo da competência supletiva do Ibama, a lembrar que “a

existência de licenças emitidas por órgãos estaduais ou municipais não têm o condão de afastar ou prejudicar a atuação do IBAMA” (BRASIL, 2007). Esse entendimento se justifica, consoante Júlio Cesar Garcia (2004, p. 130), porque:

[...] o processo de licenciamento ambiental, assim como os demais processos de autorização municipal que culminam nos alvarás, sejam no aspecto tributário, sanitário, de engenharia, dentre outros, é um instrumento também do Município que tem o dever de exercê-lo, de acordo com o comando geral contido no caput do artigo 225 da Constituição Federal.

E, além da fundamentação legal, anota-se que os municípios são o representante do Poder Público mais próximos à realidade de seus habitantes, razão pela qual têm melhores condições de acompanhar os acontecimentos relativos ao empreendimento licenciado. Por tais motivos, pensa-se ser possível o licenciamento municipal, sem prejuízo, como já alertado, da competência supletiva do Ibama e dos interesses nacional e estadual.

5. ESTUDOS AMBIENTAIS PARA O LICENCIAMENTO

Ao longo deste texto, constatou-se que a legislação brasileira exige, para instruir o processo de licenciamento ambiental de alguns empreendimentos, atividades ou obras, a apresentação de estudos ambientais prévios, justamente para avaliar os efeitos de determinadas atividades frente ao meio ambiente.

A Lei nº 6.938/81, aliás, já previa a “realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos ou privados e os estudos de impacto ambiental” (art. 8º), remetendo ao Conama a competência para determinar as hipóteses de sua exigibilidade. Assim, a exigência desses estudos prévios alusivos aos impactos ambientais foi devidamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu art. 225, § 1º, inc. IV, cuja redação é a seguinte: “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”. De se verificar, também, a idéia de “estudos ambientais” a que se refere o inciso III do art. 1º da Resolução Conama nº 237/97.

Dentre¹ esses estudos, destacam-se o estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e o relatório de impacto ambiental (RIMA), representando um corolário de “informações, análises e propostas destinadas a nortear a decisão da autoridade competente sobre a concordância ou não do Poder Público com a atividade que se pretende desenvolver ou o empreendimento que se busca implantar” (TRENNEPOHL; TRENNEPOHL. 2007, p. 18). Em outros termos,

O Estudo de Impacto tem por objeto 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 (SILVA, 2007, p. 288-289).

¹ A expressão “dentre” é aqui utilizada de forma correta e não merece críticas. Nesse sentido, afirma Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery que “a conclusão é no sentido de considerar correto o uso da contração das preposições, se e quando for necessário o emprego de ambas as expressões (de + entre), concomitantemente, para compreensão e identificação de ‘algo ou alguém que se pretende extrair ou destacar no meio de outros com os quais a coisa ou a pessoa referida tem relação’, no contexto da idéia que se pretende externar”. É Correto, ou Não, Fazer Uso da Expressão Vernacular “dentre”? In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, abr./jun. de 2008, p. 10.



Deve-se ressaltar, por conseguinte, que o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) não são instrumentos dissociados, representando o segundo uma síntese consolidada do primeiro. Desta forma, pode-se dizer que o Rima é a apresentação simplificada e acessível do EIA.

O estudo prévio de impacto ambiental e seu respectivo relatório devem igualmente ser elaborados por uma equipe técnica multidisciplinar, com formação compatível com as áreas de conhecimento abordadas, sendo certo afirmar que

A instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental exige, para que se assegure a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a realização de estudo prévio de impacto ambiental (art. 225, § 1º, inc. IV, da CF), o qual não pode ser resumido a um mero estudo formal de apreciação dos impactos no meio ambiente, devendo compreender um estudo sério, completo e exaustivo que permita o conhecimento das condições ambientais preexistentes ao empreendimento, a real dimensão dos danos que o mesmo pode causar e a eficácia das medidas preventivas e mitigadoras propostas para que seja possível autorizar-se, com segurança, o seu licenciamento (BRASIL, 2005).

Percebe-se, portanto, que o estudo prévio de impacto ambiental deve ser sério, complexo e exaustivo, o que requer profissionais especializados em diferentes áreas do saber (biólogos, botânicos, engenheiros, arquitetos, arqueológicos, químicos, economistas, sociólogos, geógrafos, advogados), pois a qualificação técnica dos membros da equipe está associada à natureza do empreendimento.

40

A equipe disciplinar responde pelo conteúdo do relatório de impacto ambiental (RIMA), não podendo, ainda, ser formada por empregados ou subordinados do proponente do projeto, justamente para que não haja influência alguma. O estudo, portanto, deve ser prévio e conduzido por profissionais com habilitação técnica para sua elaboração, não se podendo garantir que a licença seja concedida caso o estudo seja desfavorável. Em verdade, observa Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2005, p. 83) que se o EIA/RIMA mostrar-se desfavorável, totalmente ou em parte,

[...] caberá à Administração, segundo critérios de conveniência e oportunidade, avaliar a concessão ou não da licença ambiental, porquanto, como já foi realçado, o desenvolvimento sustentável é o princípio norteador da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento da ordem econômica. Essa possibilidade retrata uma discricionariedade *sui generis*. Evidentemente, a concessão da licença deverá ser fundamentada, atacando cada um dos pontos que se mostraram impactantes ao meio ambiente, sob pena de ferir o preceito contido no art. 37 da Constituição Federal.

Posição contrária é apresentada por Renato Farinha (2006, p. 59), para quem as conclusões do estudo prévio de impacto ambiental trazem responsabilidade à Administração, “o que significa dizer que a administração não poderá licenciar nenhum empreendimento se a recomendação do Estudo de Impacto Ambiental for contrária ao licenciamento”. De outra banda, se o estudo prévio de impacto ambiental for favorável, não haverá razão para que não seja outorgada a licença ambiental.

Por fim, cabe ressaltar que “o EIA não serve apenas para embasar a licença, mas para dar à sociedade conhecimento acerca da possível degradação do meio ambiente” (BRASIL, 2006),



razão pela qual se recomenda a realização de audiência pública com vistas a expor aos interessados o conteúdo do produto em análise, dirimindo dúvidas e acatando sugestões e/ou possíveis críticas. A observância de tais medidas, desnecessário dizer, contribuirá para o equilíbrio ambiental, com reflexos diretos no modo de ser e viver das pessoas, contribuindo para uma melhoria em sua qualidade de vida.

6 CONCLUSÃO

Partindo-se da premissa de que o meio ambiente constitui verdadeiro direito fundamental e que a todos pertence, é fato certo que o mesmo deve ser protegido em suas mais diversas e variadas formas, até porque a própria Carta Magna impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Com essa perspectiva, a fim de se dar guarida a todos os princípios que regem a matéria, notadamente os da precaução e prevenção, determina o inc. IV do § 1º do art. 225 que a instalação de obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental deverão ser precedidas, para sua instalação, de estudo prévio de impacto ambiental (EPIA), a que se dará publicidade.

Este estudo prévio deve ser sério, complexo e realizado por equipe multidisciplinar, formada por técnicos das mais diversas áreas, justamente para que possa conhecer as condições ambientais preexistentes ao empreendimento, sua real dimensão para o meio ambiente e a eficácia das medidas preventivas e mitigadores propostas. Em sendo favorável o estudo, conceder-se-á licença ambiental ao empreendedor. Caso contrário, alguns autores sustentam que a liberalidade ficará a cargo da Administração Pública, defendendo outros que a licença não poderá ser concedida caso o estudo prévio de impacto ambiental não seja favorável.

De qualquer forma, compreende-se o licenciamento ambiental como um procedimento administrativo através do qual o órgão ambiental competente autoriza, através da expedição de licença ambiental, algum empreendimento ou atividade que se utilize de recursos ambientais e que possa causar algum tipo de degradação ambiental, exigindo a Constituição Federal de 1988, para esses casos, a elaboração do já mencionado EPIA. Essa diretriz estabelecida pela Carta Maior tem o escopo de evitar que obras e empreendimentos causem degradação ambiental.

Por outras palavras, exige-se a elaboração desse estudo prévio para que um empreendimento não opere com manifesto dano ao meio ambiente. A exigência desse instrumento como parte integrante para a concessão da licença tem, portanto, o condão de preservar o meio ambiente, evitando, dessa forma, o desequilíbrio e o prejuízo ao bem-estar e à sadia qualidade de vida, desta e das futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. *Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*. 2. ed., São Paulo: Imesp, 1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo nº 200301597545, 1ª Turma, relator Ministro José Delgado. julgado em 17.02.2004.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2006/0015674-0 UF:PR, 1ª Turma, relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 25.04.2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Processo nº 98.04.08487-2 UF: SC, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, relator Des. Alcides Vettorazzi, julgado em 12.09.2000.

BRASIL. Processo nº 2003.72.00.005795-9 UF: SC, 3ª Turma do TRF da 4ª Região, relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 11.09.2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Processo nº 2005.04.01.012384-0 UF: SC, 3ª Turma do TRF da 4ª Região, relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 26.09.2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível nº 70012795845, 3ª Câmara Cível do TJRS, relatora Des. Matilde Chabar Maia, julgado em 08.06.2006),

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

DAWALIBI, Licença ou Autorização Ambiental? Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, v. 17, jan./mar. de 2000.

DESTEFENNI, Marcos. Direito Penal e Licenciamento Ambiental. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

42 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Edna Cardoso. Manual de Direito Ambiental. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARINHA, Renato. Direito Ambiental. Leme: Edijur, 2006.

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.

FREITAS, Vladimir Passos de. Direito Administrativo e Meio Ambiente. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2005.

GARCIA, Júlio César. A Municipalização do Licenciamento Ambiental: o caso de Maringá. Revista de Ciências Jurídicas. Maringá: Nova Série, v. 2, nº 1, jan./jun. de 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Direito Ambiental Brasileiro. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.



MARCHESAN, Ana Maria Moreira, STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Luis Carlos Silva de. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2002.

MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. É Correto, ou Não, Fazer Uso da Expressão Vernacular “dentre”? *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, abr./jun. de 2008.

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

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

TRENNEPOHL, Curt e TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento Ambiental*. Niterói: Impetus, 2007.

VIANNA, José Ricardo Alvares. *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004.

ZANUTO JUNIOR, Lúcio Bagio, CAPELLARI, Marta Botti e RAMOS, Simone Boer. O Procedimento Administrativo, a Licença Administrativa e a Licença Ambiental. *Revista de Ciências Jurídicas*. Maringá: Nova Série, v. 3, nº 2, jul./dez., 2005.



JUSTIÇA E ARETÉ COMO HORIZONTE ÉTICO NO PENSAMENTO DE ARISTÓTELES

Kleber Eduardo Barbosa Dias¹

RESUMO

O conceito de *Areté* e a sua evolução se relaciona a partir da nobreza grega. O homem que se manifesta em toda a literatura grega é o homem político. Este artigo enfoca não só o estudo sobre Aristóteles e a Gênese da *Areté*, bem como, na sequência, a justa medida e *Areté*. Em seguida há o estudo da ação e escolha, uma aproximação ao conceito de justiça. Assim, a análise mostra que o homem é responsável pelas suas ações, pela construção do seu caráter, de seu ser. O caráter é o resultado de uma ação virtuosa em que o princípio do agir depende da deliberação e da escolha do homem. A última parte, intitulado Justiça como completude da *Araté*, reforça a idéia de que os atos praticados pelo respeitador da lei são atos justos, pois estes são legítimos.

Palavras-chave: Areté. Evolução. Caráter. Aristóteles.

ABSTRACT

The concept of *Areté* and its evolution if relate from the nobility Greek. The man who if manifest in all literature Greek is the man politician. This article not only focuses the study on Aristotle and the Gênese of the *Areté*, as well as, in the sequência the measured joust and *Areté*. After that it has the study of the action and I will choose, an approach to the justice concept. Thus, the analysis sample that the man is responsible for its actions, for the construction of its character, of its being. The character is the result of a virtuous action where the beginning of acting it depends on the deliberation and the choice of the man. The last part, intitled Justice as completed of the *Araté*, strengthens the idea of that the acts practised for the respirator of the law are right acts, therefore these is legitimate.

Keywords: *Areté*. Evolution. Character. Aristotle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O CONCEITO DE *ARETÉ* E SUA EVOLUÇÃO A PARTIR DA NOBREZA GREGA (AGATHÓS). 3 ARISTÓTELES E A GÊNESE DA *ARETÉ*. 4 JUSTA-MEDIDA E *ARETÉ*. 5 AÇÃO E ESCOLHA: UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE JUSTIÇA. 6 JUSTIÇA COMO COMPLETUDE DA *ARETÉ*. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de *areté*, bem como a sua evolução, está relacionado à própria concepção que os gregos faziam do homem na Paidéia.

A Paidéia é uma construção consciente do homem para que nele se forme o Homem,

¹ Docente do Curso de Direito da UniFil.



um ideal de excelência (*areté*), um ideal de formação do espírito humano, não tendo relação nenhuma com a idéia de adestramento. O homem é o centro do pensamento da Paidéia. A evolução do pensamento filosófico é a evolução da preocupação de cosmos ao problema antropológico, que irá culminar na filosofia de Sócrates, Platão e Aristóteles. A filosofia para estes se torna um exercício de educar o homem para a excelência. A essência do Estado grego, também, só pode ser compreendida sob o ponto de vista da formação do homem e de sua vida inteira.

2 O CONCEITO DE *ARETÉ* E SUA EVOLUÇÃO A PARTIR DA NOBREZA GREGA (*AGATHÓS*)

A descoberta do Homem caracteriza-se pela compreensão gradual da essência deste homem e das leis que o determinam. Educar significou para os gregos educar o homem de acordo com a verdadeira forma humana, com o seu autêntico ser. No entanto, este ser depende do seu profundo enraizamento na vida comunitária. O homem que se manifesta em toda a literatura grega é o homem político (*zoon politikon*). Pode-se dizer que os verdadeiros homens que representam e encarnam a Paidéia são os poetas, os filósofos, os retóricos e os oradores, quer dizer, os homens de Estado.

O fundamental neste homem da Paidéia é o *kalón*, isto é, a beleza no sentido normativo da imagem desejada, do ideal. A visão grega arcaica do homem era profundamente marcada pela idéia da areté, que pode ser traduzida como excelência, que se fixa ao lado da imagem do herói, dotado de uma areté guerreira. Seguidamente, mais tarde, a areté se torna civilizadora, tendo como herói o fundador da cidade (*hêros klistês*). Com o passar do tempo, o conceito de *areté* irá se transpor para o sábio (*sóphos*). A partir da organização da polis, o conceito de areté passa a se vincular intimamente ao conceito de justiça (*diké*), e o herói fundador da cidade passa a ser o legislador (*nomotêthes*) (VAZ, 1991, p. 29).

O problema da areté está fortemente presente no período clássico da filosofia. Sócrates ao dizer no final do Livro I da República: “O debate não é sobre qualquer pergunta eventual”, “mas sobre de que modo deve uma pessoa viver”, demonstra o contorno ético da indagação de Sócrates no confronto com o sofista Trasímaco. A discussão girava em torno do problema parcialmente criado com o emprego dos conceitos de “natureza” (*physis*) e “convenção” (*nomos*), e a questão resultante sobre que tipo de vida era “naturalmente” racional viver. Trasímaco acrescentava a sugestão de que era naturalmente racional lutar pelos interesses próprios, ligados a um quadro de satisfações egoístas, em termos de poder, riqueza e sexo. Esse conjunto de reflexão feito por Trasímaco, por si só gera os ingredientes do medo e da inveja, apresentando-se inteiramente inadequadas para qualquer explicação da sociedade (FINLEY, 1998, p. 272-273).

Essa imagem moral, apresentada pelos sofistas era uma influência de um tipo de moral social que oferecia alguns critérios impessoais sobre quem deve ser admirado e respeitado, encontrando particularmente em um tipo de sucesso competitivo, herdada de uma moral aristocrática. Os séculos V e VI da Grécia herdaram esse conceito aristocrático areté, excelência pessoal, particularmente a noção de alguém a respeito de quem se pensa bem e se fala bem, delineando uma imagem boa. Nesse caso, o termo essencial é kalos, “belo”, “nobre”, “esplêndido”.

O início do conceito de areté na Grécia arcaica limitou-se a uma reduzida classe social, a nobreza (*kalos kagathos*). A nobreza é a fonte do *agathós* (Bom), processo espiritual pelo qual nasce e se desenvolve a formação de uma nação. Pode-se dizer que a história da formação grega tem sua origem no mundo aristocrático da Grécia primitiva com o nascimento de um ideal definido de homem superior. Por mais que mude o conteúdo do conceito de formação na Grécia, ela conservou



bem clara a marca da sua origem. A formação não é outra coisa senão a forma aristocrática, cada vez mais espiritualizada, de uma nação. O conceito da formação de um nível elevado de homem, na filosofia de Platão e Aristóteles, permanece como um horizonte a ser almejado.

Como a *areté* é um atributo próprio da nobreza, é na obra de Homero que se vê a fonte aristocrática e educadora desse ideal, como já lembrou Platão na República (PLATÃO, 2003). Os feitos que tornavam alguém admirado, se tratasse de um herói, eram tipicamente, não exclusivamente, feitos de armas individuais, e a *areté* neles se revelava. Uma pessoa podia ser humilhada e perder a reputação não só por fracassar nesses feitos, mas por ser injuriada – coisas assim levaram à ira de Aquiles e ao suicídio de Ajax. Aqui há dois pontos diferentes no que concerne a *areté*, um deles é que a vergonha é uma noção predominante e o motivo principal é o temor da desgraça, do ridículo e da perda de prestígio. O outro ponto diferente é que a superioridade se manifesta por meio de proezas competitivas e auto-afirmativas.

As idéias de *areté*, vergonha e reputação, eram, naturalmente, noções muito mais antigas do que as concepções egoístas dos sofistas e a teoria social totalmente reducionista que as acompanhava. Quando os sofistas expressam um ideal de homem poderoso, eles estão de fato admirando um ideal ético estruturado numa concepção aristocrática que em si já é antiquada em fins do século V. Estas linhas que compõem a imagem do homem na cultura arcaica encontram um ponto de intersecção e convergência no temeroso tema do destino (*moira*). A liberdade, para os gregos, só é possível ser compreendida a partir da perspectiva da tragédia grega. A tragédia grega caracteriza-se fundamentalmente pelo sentimento de que há uma desproporção entre as causas e os efeitos. Ou seja, como explicar o fato de que, para intenções boas, tem-se uma resultante de conseqüências más? Na tragédia grega Antígona, há uma abertura para a possibilidade da passagem do mito à Filosofia, pois ali aparece uma contradição. De um lado, um sentimento de que é justo procurar o bem e realizar a liberdade, apesar de forças exteriores, estranhas e desconhecidas, que se chocam com a vontade humana. E do outro lado, “Ninguém pode escapar ao destino”, visto pertencer o êxito aos deuses, cabendo ao homem apenas o esforço (TEIXEIRA, 1999, p. 12).

Fica claro que, apesar do mais cruel destino, existe alguma coisa que pertence única e exclusivamente ao homem: a sua atitude pessoal e livre diante dos acontecimentos. Na Grécia, em relação ao destino, há duas abordagens. Uma primeira representada por Ésquilo, de caráter mais pessimista. Esta é precisamente que domina a época arcaica, pois acentua o desamparo do homem frente à força do destino. E a segunda, representada por Eurípides, possui um caráter moralista, que acabará prevalecendo, na idade clássica, visto fundamentar-se sobre a descoberta da responsabilidade pessoal na esfera da realidade, na qual o homem pode estender seu poder de escolha, tendo como conseqüências o mérito ou a vergonha.

Com o aparecimento e a organização da polis, a partir do século VIII e VII, marcará um momento decisivo na história da Grécia, pois a partir dela se vê um novo paradigma nas relações sociais entre os homens. O sistema da polis traz consigo uma extraordinária valorização da palavra sobre todos os outros instrumentos de poder. A palavra torna-se o instrumento político por excelência. Peithó, a força de persuasão que lembra o valor da palavra nos rituais religiosos, toma uma nova forma, o debate contraditório, a discussão, a argumentação (VERNANT, 1996, p. 34). O advento da polis e da democracia em Atenas irá trazer à reflexão filosófica o problema da educação (*Paidéia*) que se coloca em torno de uma nova forma de *areté* política exigida pela vida democrática e diferente da *areté* arcaica aristocrático-guerreira; e o problema da habilidade ou sabedoria (*sophia*) que não encontra mais sua fonte na tradição e vê acentuar-se seu caráter técnico (*téchne*) e intelectualista (*philosophie*). Aquela educação, privilégio de um pequeno grupo pertencente à aristocracia ateniense, é estendida ao demos, colocada ao alcance de todos.

O pensamento antropológico do século V a.C. é marcado pelo desenvolvimento do pensamento sofisticado que fizeram do problema da cultura (*paidéia*) o problema maior da filosofia. Apesar de os sofistas ainda terem um ideal fundamentado num ideal de homem poderoso, é a partir desse momento que a origem e desenvolvimento da cultura é pensado como progresso, que pressupõe um primitivo estado de barbárie, ultrapassado pela fundação das cidades pelo mito do herói fundador e pela invenção das técnicas. Jean-Pierre Vernant diz que nesse período entre a política e o logos surge uma relação recíproca.

A arte política é essencialmente exercício da linguagem, e o logos, na origem, toma consciência de si mesmo, de suas regras, de sua eficácia, através de sua função política. Historicamente, são a retórica e a sofística que, pela análise que empreendem das formas do discurso como instrumento de vitória nas lutas da assembléia e do tribunal, abrem caminho às pesquisas de Aristóteles [...] (VERNANT, 1996, p. 35).

São, pois, os sofistas que irão consumir a inflexão antropológica da filosofia grega. A própria designação de sophistes, que engloba o saber teórico e as habilidades práticas, revela que o homem e suas capacidades passam a ser o objeto principal da filosofia. Aqui se encontra a origem da concepção do homem como animal racional, base da antropologia e do humanismo no Ocidente, a inflexão decisiva que orienta até hoje o pensamento antropológico.

A *polis* traz em si outra característica que é a publicidade das manifestações da vida social. Pode-se dizer que a polis existe na medida em que se distinguiu um domínio público, opondo-se a processos secretos que constituíam na origem o privilégio exclusivo dos *basileus* ou dos *gene* detentores de *arché*¹. A *polis* trouxe práticas abertas, estabelecidas em pleno dia, num movimento de democratização e de divulgação que, no plano intelectual, trouxe consequências decisivas. A ordem social (*arché*) já não aparece então sob a dependência do soberano, já não está ligada ao poder criador de um personagem excepcional, à sua atividade de ordenador. A *arché* pertence na realidade exclusivamente à lei (VERNANT, 1996, p. 47).

É a escrita que vai fornecer, no plano propriamente intelectual, o meio de uma cultura comum e permitir uma completa divulgação de conhecimentos previamente reservados ou interditos. É ela que constituirá o elemento de base da *paidéia* grega. A redação de leis se torna uma reivindicação essencial para a cidade. A lei da *polis*, por oposição ao poder do soberano, exige que todos sejam igualmente submetidos a ela. Junto à lei (*nomos*) associa-se a Dike (*Justiça*). No mundo do poeta Hesíodo, anterior ao regime da Cidade, introduz-se pela primeira vez o ideal que serve como ponto de cristalização a todos estes elementos e adquire uma elaboração poética em forma de epopéia: a idéia do direito (*diké*).

A *diké* para Hesíodo situa-se no centro da vida, e é dela que deverá brotar uma sociedade melhor. Para Hesíodo é Zeus que cria a *Diké*, que é uma personagem divina. A justiça para ele só pode ser encontrada, não nas disputas e na opressão, mas na aspiração à ordem divina que governa o mundo. Assim a justiça entra na convicção íntima do homem, tornando possível que um outro o ajude encontrar um caminho. É por esta razão que W. Jaeger vai dizer que “é com Hesíodo que começa o domínio e o governo do espírito” (JAEGER, 1979, p. 105). Nos poemas de Hesíodo encontra-se um guia, que não se fundamenta numa ascendência aristocrática nem numa

¹ Entende-se a palavra *arché* como princípio ordenador, fonte. No caso da política a fonte de onde emana o poder. Por esta razão têm-se as palavras monarquia, anarquia, oligarquia. No período arcaico a *arché* está no rei (*basileu*). Com o surgimento da polis e a organização democrática a lei se torna a *arché*.

função oficial reconhecida.

Com o aumento da oposição entre os nobres e os cidadãos livres, a qual deve ter surgido em consequência do enriquecimento dos cidadãos alheios à nobreza gerou, provavelmente, o abuso político da magistratura e levou o povo a exigir leis escritas. A partir de então, a *diké* na cidade grega se converte num lema de luta de classes. Luta esta fundamentada num princípio que significa que há deveres para cada um e que cada um pode exigir e, no qual se poderá apoiar quem for prejudicado pela *hybris* – palavra cujo significado original corresponde à ação contrária ao direito. A *Diké* ganha o significado de cumprimento da justiça, sobretudo numa tentativa racional para pôr fim a um conflito, equilibrar forças sociais antagônicas e ajustar atitudes humanas opostas. É a maldade dos homens, seu espírito de *hybris*, sua sede insaciável de riqueza que naturalmente produzem a desordem, provocando a escravidão e a sedição.

Com a elaboração da lei escrita para a organização da *polis*, a concepção de *areté* ganhou outra dimensão. A *areté* guerreira, que se baseava na coragem e na auto-afirmação, é substituída pela *sophrosyne*, um domínio completo de si, um constante controle para submeter-se a uma disciplina comum, uma força interior para refrear os impulsos instintivos que correriam o risco de perturbar a ordem geral. Agora o homem deve submeter-se a *philia*, ao espírito de comunidade que se fixa numa lei escrita que fundamenta o Estado e define os homens como *Hómoioi*, semelhantes, depois, de maneira mais abstrata, como os *Isoi*, iguais. Apesar de tudo que opõe os homens no concreto da vida social, os cidadãos se concebem, no plano político, como unidades permutáveis no interior de um sistema cuja lei é o equilíbrio, cuja norma é a igualdade (VERNANT, 1996, p. 42).

A *Sophrosyne*, ligando-se a *Diké*, exigirá do homem a dignidade do comportamento, exteriorizada numa atitude moral, que se impõe como obrigações numa forma psicológica. A *areté* do futuro cidadão está em exercitá-lo em dominar suas paixões, suas emoções e seus instintos. Diz Vernant (1996, p. 64-65):

A sophrosyne submete assim cada indivíduo, em suas relações com outrem, a um modelo comum conforme à imagem que a cidade se faz do “homem político”. Por seu comedimento, o comportamento do cidadão afasta-se tanto da negligência, das trivialidades grotescas próprias do vulgo quanto da condescendência, da arrogância ativa dos aristocratas. O novo estilo das relações humanas obedece às mesmas normas de controle, de equilíbrio, de moderação que traduzem as sentenças como “conhece-te a ti mesmo”, “nada em excesso”, “a justa medida é o melhor.

A cidade forma um conjunto organizado, um cosmos, que se torna harmonioso, quando cada cidadão que a compõe está em seu lugar e possui a porção de poder que lhe cabe em função de sua própria *areté*. A *areté* do cidadão está em aperfeiçoar-se na *diké*, que fixa as leis escritas, substituindo a prova de força em que sempre os fortes triunfavam, e que impõe sua norma de equidade, sua exigência de equilíbrio. O legislador se torna, então, o educador do povo que promulga a justa medida que dará à cidade seu ponto de equilíbrio entre as classes, formando no homem o desejo e a ânsia de se tornar um cidadão perfeito, ensinando-o a mandar e obedecer, sobre o fundamento da justiça.

Na filosofia, a partir de Sócrates, percebe-se o conceito de *areté* e *diké* tomar estes rumos. Com a filosofia socrática ocorre um deslocamento da preocupação do cosmos e da *arché*, que seria o princípio de todas as coisas, para a indagação do que é o homem e sua *areté*. Conhecer a *areté* torna-se assim o principal objetivo do verdadeiro conhecimento. Em vista disto, Sócrates

vai dizer que só pratica o mal quem ignora o que seja a verdadeira areté do homem. E quem tem o verdadeiro conhecimento só pode agir bem. Logo, o conhecimento tem estreita ligação com o bem; o mal está vinculado com a ignorância. Assim, na pergunta “o que é o homem?”, não se pode responder que é o seu corpo, mas sim que é “aquilo que se serve do corpo”, que é a alma, ou seja, a razão. Por isso, autoconhecimento era um dos pontos fundamentais da filosofia socrática. O cuidado da alma se torna a pregação principal de Sócrates em sua filosofia, devendo o homem preservar sua integridade, visto que nenhum dano real, duradouro poderá jamais ocorrer. As incertezas deste mundo são tantas que pode acontecer a qualquer um ser despojado de todas suas posses e atirado injustamente à prisão, ou mutilado por acidente ou doença; mas esses são acontecimentos fortuitos numa existência fugaz que, de qualquer modo, está para findar em breve. Contanto que a alma permaneça intacta, todos os infortúnios serão passageiros.

A *areté* se realiza pela *sophrosyne* (autodomínio), ou seja, domínio de si mesmo nos estados de prazer, dor e cansaço, na manifestação das paixões e dos impulsos. O *sophrosyne* significa o domínio de sua racionalidade sobre a sua animalidade. Esse domínio da racionalidade é identificado por Sócrates com a liberdade humana. O verdadeiro homem livre é o que sabe dominar seus instintos, o verdadeiro homem escravo é o que, não sabendo dominar seus instintos, torna-se vítima deles. Ao conceito de *sophrosyne* está ligado o conceito de “autonomia”. Deus não tem necessidade de nada. Para Sócrates, o sábio é o que mais se aproxima desse estado de ter necessidade de muito pouco. O sábio que vence os instintos e elimina todas as coisas supérfluas, basta a si mesmo, ou seja, sua razão para que viva feliz.

Dentro dessas definições, Sócrates altera o conceito de herói que existia na Grécia. Como visto anteriormente, o herói era o que se apresentava capaz de vencer os inimigos, as adversidades e todos os obstáculos que se apresentavam. O novo herói para Sócrates é o que sabe vencer os inimigos interiores, os monstros selvagens que habitam a alma, as paixões e impulsos (REALE, 1990, p. 91). Dessa concepção de liberdade interior, Sócrates vai aprofundar a sua concepção de felicidade, que não pode vir de bens exteriores, do corpo, mas somente da alma, porque esta é a essência do homem. E a alma é feliz quando é ordenada, ou seja, virtuosa. Bem como disse Sócrates: “Para mim, quem é virtuoso, seja homem ou mulher, é feliz, ao passo que o injusto e malvado é infeliz”. Assim como a doença mostra que há uma desordem no corpo, a injustiça e a maldade mostram que há uma desordem na alma.

Platão, posteriormente a Sócrates, irá construir uma filosofia voltada para a compreensão do homem e da areté. A concepção platônica de homem é, provavelmente, a mais poderosa e a que exerceu mais influência sobre o Ocidente. A antropologia platônica consiste numa síntese na qual se fundem a tradição pré-socrática da relação do homem com os cosmos; a tradição sofística do homem como ser de cultura e, portanto, de educação, voltado para o horizonte político e por fim a herança de Sócrates que lhe deu a noção do homem interior e da alma. A motivação filosófica-chave de Platão consiste em tentar reconstruir com novos pilares a *paidéia* grega, fundamentada não mais em uma realidade mítica, mas nos pressupostos do saber filosófico.

Através da Filosofia, Platão expressou o modelo mais elevado de educação do homem. O filósofo, como amigo da sabedoria, é aquele que vive feliz porque possui a *areté* e tem como ideal de vida viver a justiça tanto individual quanto coletiva, tendo por objetivo chegar à verdade que se manifesta na transparência das coisas, por meio de uma consistente formação dialética. O ideal de vida, apresentado por Platão, passa por certa mortificação e ascese. Platão condena os homens que pautam sua vida segundo o imperativo do prazer, pois vivem como errantes, incapazes de ultrapassar o limite do prazer e elevar-se até o verdadeiro ser, não podendo provar o que seja um verdadeiro prazer. Os prazeres mais excelentes da vida humana, segundo Platão, são os



ligados à alma. A vida feliz (*eudaimonia*) é a do homem que tende para o inteligível e não cede à fascinação do sensível. A *eudaimonia* é da ordem do conhecimento, estando na procura do Bem e do Belo, na procura da fonte do ser e do conhecimento. A *eudaimonia* é sobretudo um exercício da razão contemplativa.

Com Aristóteles, a pergunta pela *areté* reconduz a um outro horizonte, o do caráter. É surpreendente como os elementos da filosofia socrático-platônica ainda se encontram na complexa e muito interessante teoria ética de Aristóteles. No entanto, ele inaugura algo diferente em sua filosofia ética que é o de não dar tanto peso a excelência intelectual como se vê Platão fazer com o imperativo da contemplação do Bem para a conversão da alma. Aristóteles distingue entre “*areté intelectual*” e “*areté de caráter*”, e ressalta a importância, para esta última, da correta formação do desejo e da motivação mediante a instrução. Sem uma formação correta, nada pode ser feito e com isso desaparecem as esperanças nos poderes regeneradores da própria filosofia, implícitos na posição de Sócrates. Aristóteles, diferentemente de Platão, não acreditava numa alma inteiramente separada do corpo, e essa negação alia-se à rejeição socrática ao ascetismo. Aristóteles procura uma ética que encontre possibilidades imanentes a *eudaimonia*. Em Aristóteles, o antigo vínculo entre *areté* e honra que existia na Grécia se reafirma, o que não aconteceu na filosofia de Platão. Mesmo possuindo algumas diferenças com relação a Sócrates e a Platão, Aristóteles conclui que a vida da razão teórica (contemplativa) é a mais alta forma de vida humana, entretanto, apesar das discordâncias com seus antecessores, Aristóteles também conserva o paradigma socrático sobre a unidade das virtudes, que se encontra na *phronesis* (prudência). O indivíduo que possui *phronesis* deve consequentemente ter todas as excelências de caráter. A *areté* em Aristóteles está na integridade racional do caráter como também na integridade de uma vida virtuosa ao longo do tempo.

50

3 ARISTÓTELES E A GÊNESE DA *ARETÉ*

Aristóteles, dentro de sua física, vai enunciar a variedade dos entes da natureza com que o homem se confronta na variedade estrutural da vida. “Dentre eles, uns são por natureza e outros por outras causas responsáveis” (CAEIRO, 2002, p. 284) Alguns dos exemplos que se pode ter como entes naturais são os animais, os vegetais. Os entes naturais diferenciam-se dos outros que não são constituídos por natureza na medida em que cada um deles detém em si mesmo o princípio do movimento (*arché kinesis*). A noção de movimento em Aristóteles não se restringe apenas o movimento espacial de um lugar ao outro, mas que os entes naturais possuem um movimento intrínseco ao seu ser que o possibilita a atualização do que é potencialmente como tal. O movimento (*kinesis*), portanto, diz respeito à possibilidade que inere em cada ente natural de se alterar, sentido que está presente, por exemplo, nos de crescimento e diminuição. A alteração, num exemplo claro, é o processo de envelhecimento.

O tema *kinesis* corresponde ao tema da estrutura e da forma como as coisas se mantêm em vida, na medida em que se experimenta como alteração. Os entes nascem, vêm à existência, crescem e diminuem, desenvolvem-se, envelhecem e morrem. Quer dizer, os entes naturais estão sujeitos intrinsecamente à ação provocada neles pela alteração. A movimentação que traz um ente natural à existência é o que caracteriza essencialmente o seu ser natural. A natureza (*physis*) provoca, pela sua presença, o primeiro movimento que inere em cada uma das coisas que é, por natureza, um movimento que lhes subsiste intrinsecamente como uma das suas propriedades inalienáveis (CAEIRO, 2002, p. 285).

O nascimento natural (*physis*) das coisas contrapõe-se do nascimento proveniente da produção técnica (*apo téchnes*). Qualquer ente que seja produzido por meio de manufatura ou



fabricado não tem em si implantada uma tendência natural para alteração. Sua alteração depende uma força extrínseca a ele. Aquilo que consiste um ente natural é a sua natureza. Aquilo, porém, em que consiste um ente técnico (*apo téchnes*) é uma determinação acidental e não essencial. Quando uma casa é feita de pedra ou madeira, isto é, um fato acidental. A pedra e a madeira são objetos naturais, pois são aquilo que são, no entanto o material de que a casa é feita é um acidente, pois a casa poderia ter sido construída com outro material. A matéria, para Aristóteles, é aquilo de que algo é feito porque é nessa estrutura que inere o princípio de onde provêm os processos que trazem algo à existência ou fazem algo ser, e que permitem também assegurar a sua permanência.

Os entes provenientes da técnica são provocados pela perícia, pois um homem gera outro homem, uma planta gera outra planta, mas uma casa não gera outra casa. Por isso o vir a existir de um ente técnico não se gera a partir de nenhum outro ente técnico, ele depende de uma força externa que põe em movimento a matéria que em potência possui a forma de se tornar uma casa. A estrutura daquilo que é da natureza para a natureza é movida pela própria natureza, através da *kinesis* que está presente em seu ser.

É a partir da verificação dessa possibilidade fornecida pela *physis* e pela *kinesis* no horizonte da natureza, que Aristóteles promove uma análise da excelência (*areté*) em geral, e da excelência do homem como possibilidade ética. Esta capacidade que os seres têm de partir de um estado potencial para o estado efetivamente atualizado do seu ser está presente no próprio ser do homem que tem a tendência para o bem (ARISTÓTELES, 1987, p. 1-3), para a *areté* e para a atualização da justiça. No horizonte da natureza, a geração de um estado originário para um estado perfeito e acabado (*télos*), em que um ente natural realiza a sua própria substância, é um processo que constantemente está a processar-se. O ser tem presente em substância o potencial para a atualização daquilo que está inerente a sua natureza, ou seja, o ente natural está determinado a realizar aquilo que ele é, a não ser que acidentalmente algo o impeça. É a própria natureza que dá origem ao processo de transformação que leva qualquer coisa a realizar seu *télos*.

Mas quando se tem em vista o ser humano, o princípio da movimentação em direção à *areté* é completa e radicalmente diferente daquele que está na origem do processo natural de transformação ou manutenção de um ente natural. Para Aristóteles, no ser humano há dois tipos de *areté*. Uma diz respeito ao modo como o pensamento pode ser exercido, executando efetivamente as suas funções ao ter em vista tudo quanto se lhe oferece a pensar na tendência para um acolhimento pelo espírito, “por via de regra, gera-se e cresce graças ao ensino – por isso requer experiência e tempo (ARISTÓTELES, 1987, p. 14)”. A gênese deste tipo de *areté* (*dianoetiké*) se realiza através do ensinamento. A de outro tipo diz respeito ao modo como na constituição íntima do humano se dá a possibilidade efetiva de ele viver de uma forma excelente. Esta *areté* é “adquirida em resultado do hábito” (ARISTÓTELES, 1987, p. 16), não inere ao humano como se fosse uma parte integrante da sua natureza. Nasce com uma capacidade para adquirir, mas esta capacidade deve ser desenvolvida pela prática. A possibilidade de olhar para a *areté* e de sua apropriação corresponde à capacidade de a tornarmos efetiva, ou seja, a *areté* que transforma a possibilidade íntima do homem (*areté etiké*) não detém em si o princípio do movimento que a leva de si e por si a constituir-se. As *areté(s)*, tanto a prática como a teórica, não estão ao seu dispor por natureza. Aos humanos, por natureza, só inere a sua possibilidade, com a potencialidade de atualizá-las.

Não é, pois, por natureza, nem contrariando a natureza que as virtudes se geram em nós. Diga-se, antes, que somos adaptados por natureza a recebê-las e nos tornamos perfeitos pelo hábito. Por outro lado, de todas as coisas que nos vêm por natureza, primeiro adquirimos a potência e mais tarde exteriorizamos os atos (ARISTÓTE-



LES, 1987, p. 24-29).

A *areté* (excelência) é uma certa forma de completude, visto que no dado momento que um determinado ente se torna excelente, diz-se que aquela coisa é perfeita, completa. No ser humano, a *areté* resulta de uma apropriação constituída a partir de um hábito, isto é, resulta de um processo de habituação. A forma de adquirir uma determinada excelência resulta da apropriação autêntica de atualizar uma potencialidade que desde sempre está presente através do hábito.

As virtudes (*areté*) intelectuais e morais não se dão, portanto, de forma natural como num ente natural em que o movimento (*kinesis*) está no próprio ente que o permite a realização de seu ser. No caso humano, a *areté* é uma possibilidade de realização, têm-se por natureza a potencialidade de adquirir a virtude. Aristóteles dirá que da mesma forma que o homem se torna apto a respeito de qualquer atividade de produção técnica, assim também se apropria de uma determinada *areté*. Aquelas coisas que tem de aprender a fazer, são aprendidas no momento em que se está a fazê-las. Fazer é aprender. Fazer é tornar-se. Só ao fazer efetivamente uma casa se torna construtor de casas e, ao tocar cítara, torna-se tocador de cítara (ARISTÓTELES, 1987, p. 35).

Não apenas se aprende no esforço tendencioso para se apropriar de uma determinada capacidade, como também melhora a capacidade técnica ao exercitar mais e melhor essa mesma capacidade. Neste processo, vê-se que é na atividade que se obtém a potência que habilita a esta e àquela excelência e não ao contrário, como naturalmente se constituem as coisas. A *areté* é dada apenas em potência, para que ela de fato se torne eficaz é necessária uma apropriação. É essa apropriação que acontece no hábito. O hábito é mais fácil de alterar-se do que a natureza. Algo que é natural, não é possível de alterar como o envelhecimento, o crescimento, etc. No entanto, pelo hábito, o homem o torna sua própria natureza, sendo, muitas vezes, impossível de se alterá-lo.

52

4. JUSTA-MEDIDA E *ARETÉ*

A *areté* ética não é natural nem contra a natureza, mas a natureza dá ao homem uma potencialidade para adquiri-la, e esta capacidade se aperfeiçoa com o hábito, de modo semelhante ao que acontece nas artes em geral. Como se vê, Aristóteles diz que o homem adquire a *areté* por meio do hábito, mas ainda é preciso esclarecer em que consiste a *areté etiké*. Para responder a isso, Aristóteles diz, inicialmente, quanto ao gênero da virtude, que as manifestações da alma são de três espécies – paixões, faculdades e disposições – a excelência (*areté*) moral deve ser uma destas. Inicia-se, assim, a análise propriamente dita acerca do objeto da virtude moral, que são as paixões ou emoções e as ações humanas. Por “paixões” designa “os apetites, a cólera, o medo, a audácia, a inveja, a alegria, a amizade, o ódio, o desejo, a emulação, a compaixão, e em geral os sentimentos que são acompanhados de prazer ou dor”, por “faculdades”, entende, as inclinações em virtude das quais o homem diz ser capaz de sentir tudo isso, ou seja, de se irar, de magoar ou compadecer, e, por último, por “disposições”, entende os estados de caráter, em virtude dos quais o homem se sente bem ou mal em relação às paixões (ARISTÓTELES, 1987, p. 22-28).

Assim, em relação à cólera, o homem está mal se a sente violentamente ou praticamente não a sente, e bem se a sente moderadamente, e de maneira idêntica em relação às outras paixões. Aristóteles conclui dizendo a esse respeito que nem as virtudes morais (*areté etiké*), nem as deficiências morais são paixões, e que os homens não são chamados “bons” ou “maus” com base nas paixões, mas, sim, no hábito, no fundamento da *areté* ou na deficiência (*kakia*) moral. Em geral, para Aristóteles, os homens regulam suas ações, uns mais, outros menos, pelo critério do prazer e da dor/sofrimento. Então, se as várias espécies de excelência ética (*areté etiké*) não são

paixões nem faculdades, só lhes resta serem disposições (ARISTÓTELES, 1987, p. 12-13).

Após Aristóteles ter definido a *areté etiké* como disposição ou hábito, ele procurará examinar qual a justa proporção dela,

Observemos, pois, que toda virtude ou excelência não só coloca em boa condição a coisa de que é a excelência como também faz com que a função dessa coisa seja bem desempenhada. Por exemplo, a excelência do olho torna bom tanto o olho como a sua função, pois é graças à excelência do olho que vemos bem. [...] Portanto, se isto vale para todos os casos, a virtude do homem também será a disposição de caráter que o torna bom e que o faz desempenhar bem a sua função (ARISTÓTELES, 1987, p. 15-24).

Analisando, subseqüentemente, a natureza específica da *areté etiké*, Aristóteles diz que de tudo que é contínuo e divisível é possível extrair uma parte maior, menor ou igual, tanto em relação a coisas quanto em relação ao homem. A *areté*, o hábito, é o meio-termo (*mésotes*) em relação ao homem, não às coisas. Escreve Aristóteles que por meio-termo ou mediania relativa ao homem nós, significa aquilo que não é demais (excesso) nem muito pouco (falta). Assim como cada arte realiza seu trabalho, tendo diante dos olhos o meio-termo e julgando suas obras por esse padrão, a *areté* no homem encontra o meio-termo.

O objeto do excesso, da falta e do meio-termo em que Aristóteles (1987, p. 15-28) menciona é o que se refere às paixões e às ações humanas. Explica ele:

Refiro-me à virtude moral, pois é ela que diz respeito às paixões e ações, nas quais existe excesso, carência e um meio-termo. Por exemplo, tanto o medo como a confiança, o apetite, a ira, a compaixão, e em geral o prazer e a dor, podem ser sentidos em excesso ou em grau insuficiente; e, num caso como outro, isso é um mal. Mas senti-los na ocasião apropriada, com referência aos objetos apropriados, para com as pessoas apropriadas, pelo motivo e da maneira conveniente, nisso consistem o meio-termo e a excelência características da virtude. Analogamente, no que tange às ações também existe excesso, carência e um meio termo. Ora, a virtude diz respeito às paixões e ações em que o excesso é uma forma de erro, assim como a carência, ao passo que o meio-termo é uma forma de acerto digno de louvor; e acertar e ser louvado são características da virtude. Em conclusão, a virtude é uma espécie de mediania, já que, como vimos, ela põe a sua mira no meio termo.

Portanto, por meio da prática das virtudes morais, engendra-se uma justa proporção entre os extremos, relacionando às paixões e às ações humanas. A *areté etiké* consiste na disposição de escolher o justo meio, adequado à natureza humana, tal como é determinado pela razão e como poderia determiná-lo o sábio. Essa mediania não seria uma espécie de mediocridade, mas sim algo que está relacionado com o sumo bem e ao mais justo, como diz Aristóteles, “ela é um extremo”, um ponto mais elevado. O erro ou vício para o filósofo é, precisamente, características do excesso e da falta, uma má escolha da vontade.

A virtude é, pois uma disposição de caráter relacionada com a escolha e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, a qual é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. E é um meio-



termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta; pois que, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolho o meio termo. E assim, no que toca à sua substância e à definição que lhe estabelece a essência, a virtude é uma mediania; com referência ao sumo bem e ao mais justo, é, porém, um extremo (ARISTÓTELES, 1987, p. 1-9).

Essa doutrina da virtude ética como justo meio ou meio-termo entre os extremos é ilustrada por uma ampla análise que Aristóteles faz das principais virtudes éticas no Livro III e IV de sua *Ética a Nicômaco*, que eram consideradas as principais na Grécia Antiga.

O justo meio exclui os dois extremos viciosos que pecam um por excesso, o outro por falta. Esta capacidade de escolha é uma potência que se aperfeiçoa e revigora com o exercício, ou seja, com o *habitus*. A coragem, que é o justo meio entre a covardia e a temeridade, gira em torno do que se deve e do que se não deve temer. A temperança, que é o justo meio entre a intemperança e a insensibilidade, diz respeito ao uso moderado dos prazeres. A liberalidade, que é o justo meio entre a avareza e a prodigalidade, diz respeito ao uso prudente das riquezas. A magnanimidade, que é o justo meio entre a vaidade e a humildade, concerne a reta opinião de si próprio. A benignidade, que é o justo meio entre a irascibilidade e a indolência, concerne à ira. Em todas essas manifestações a virtude ética é a justa medida que a razão impõe a sentimentos, ações ou atitudes que, sem o controle da razão, tenderiam para um ou outro excesso.

5 AÇÃO E ESCOLHA: UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE JUSTIÇA

54

Em relação à natureza da virtude, é significativo ressaltar a importância que Aristóteles dá à responsabilidade do homem sobre suas ações e paixões. Para isso é necessário conhecer a distinção entre o ato voluntário e o involuntário, bem como a escolha e a deliberação, porque o sujeito, na concepção ética aristotélica, é responsável pela ação. Porém, conseguir agir bem é uma tarefa árdua, um ato considerado louvável e, como o próprio Aristóteles (1987, p. 23-29) adverte, nada fácil

Do que acabamos de dizer segue-se que não é fácil ser bom, pois em todas as coisas é difícil encontrar o meio-termo. Por exemplo, encontrar o meio de um círculo não é para qualquer um, mas só para aquele que sabe fazê-lo; e, do mesmo modo qualquer um pode encolerizar-se, dar ou gastar dinheiro – isso é fácil; mas fazê-lo à pessoa que convém, na medida, na ocasião, pelo motivo e da maneira que convém, eis o que não é para qualquer um e tampouco fácil. Por isso a bondade tanto é rara como nobre e louvável.

A *areté etiké* (virtude/excelência ética) relaciona-se com as ações e paixões, e somente os atos voluntários são louvados e censurados, os involuntários são perdoados. São consideradas involuntárias as ações praticadas sob compulsão (coerção) ou por ignorância, o que determina a ação involuntária são forças exteriores. O agente não contribui de forma alguma para o ato, mas, ao contrário, é influenciado por algo externo, como, por exemplo, quando o homem é torturado. Quem é compelido a agir dessa forma, age sofrendo. Mas Aristóteles observa que nem sempre um ato é estritamente involuntário. Pode haver mescla nos atos, como no exemplo que Aristóteles (1987, p. 5-8) fornece..



Mas, quanto às coisas que se praticam para evitar maiores males ou com algum nobre propósito (por exemplo, se um tirano ordenasse a alguém um ato vil e esse alguém, tendo os pais e os filhos em poder daquele, praticasse o ato para salvá-los de serem mortos, é discutível se tais atos são voluntários ou involuntários.

As outras causas dos atos involuntários estão relacionadas com a ignorância. De acordo com Aristóteles, a ação praticada por ignorância, e seguida de arrependimento, é involuntária, e o ato realizado por ignorância sem arrependimento é uma ação não voluntária porque demonstra atitude de indiferença. Por outro lado, o homem que age sob o efeito da bebida ou da ira age por ignorância. Nesse caso, quando o homem embriagado ou encolerizado age por ignorância, ele desconhece os efeitos que o ato pode produzir, tornado tal ato penoso. Mas nem por isso atos dessa espécie podem tornar o homem mau. O homem se torna mau quando ignora o que deve fazer e, abstando-se de suas obrigações morais, age de certa forma voluntariamente. “Ora, o homem age voluntariamente, pois nele se encontra o princípio que move as partes apropriadas do corpo em tais ações; e aquelas coisas cujo princípio motor está em nós, em nós está igualmente o fazê-las ou não fazê-las” (ARISTÓTALES, 1987, p. 15-17).

Voluntária é, então, a ação cuja origem está no homem, no qual está o poder de praticá-la ou não. Ocorre quando o homem conhece as circunstâncias particulares em que está agindo. Assim, o homem é, para Aristóteles, o senhor de suas ações do princípio ao fim, tornando-se responsável pelas ações praticadas.

Em seguida, Aristóteles (1987, p. 27) examina a escolha e a deliberação. A escolha parece relacionar-se intimamente com a virtude ética. Para ele, nem todos os atos voluntários são realizados por escolha. As crianças e os animais inferiores são capazes de praticar ações voluntárias, mas nunca escolhem. A escolha não é uma forma de desejo, nem uma espécie particular de opinião. O desejo sempre está relacionado a um fim, enquanto a escolha está relacionada aos meios. A escolha para Aristóteles está ligada a deliberação, porque as duas dizem respeito ao agir e requerem o uso da racionalidade. A escolha é relativa às coisas e ações que dependem do homem. No entanto, mesmo havendo estreita ligação entre escolha e deliberação, há uma diferença entre as duas: a deliberação procura estabelecer quais e quantas são as ações e os meios necessários para alcançar certos fins, isto é, dos mais remotos aos mais próximos, enquanto a escolha age sobre estes últimos, descartando-os quando são irrealizáveis e atualizando-os quando realizáveis.

Aristóteles destaca que a virtude ética (*areté étike*) se relaciona sempre com os meios, ou seja, com a ação escolhida e deliberada pela prudência, a virtude intelectual (*areté dianoétike*) que torna o ato moral consciente. A *areté*, portanto, é resultado de uma conquista, de um hábito, realizável pelo homem, do mesmo modo, a perversão (*kakía*) que se dá nos extremos das ações é resultado também de um hábito, conforme explica Aristóteles (1987, p. 7-13).

Por conseguinte, a virtude também está em nosso poder, do mesmo modo que o vício, pois quando depende do agir, também depende de nós o agir, e vice-versa; de modo que quando temos o poder de agir quando isso é nobre, também temos o de não agir quando é vil; e se está em nosso poder o não agir quando isso é nobre, também está o agir quando isso é vil. Logo, depende de nós praticar atos nobres ou vis, e se é isso que se entende por ser bom ou mau, então depende de nós sermos virtuosos ou viciosos.



Portanto, o homem é responsável pelas suas ações, pela construção do seu caráter, de seu ser. A ética de Aristóteles é uma ética da responsabilidade, em que o homem deve procurar a virtude, que está no meio-termo das ações e paixões. O caráter do homem virtuoso não é mais resultado de determinações da natureza, do destino, somente restrito a uma educação nobre, a uma certa condição social. O caráter é o resultado de uma ação virtuosa em que o princípio do agir depende da deliberação e da escolha do homem.

6 JUSTIÇA COMO COMPLETUDE DA *ARETÉ*

Aristóteles, no livro V da *Ética a Nicômaco*, parte do pressuposto de que a justiça pode ser concebida de várias formas. Ele procura analisar as várias concepções de homem justo e injusto e descobrir que espécie de meio-termo é a justiça. A justiça é entendida, diz Aristóteles, como aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo e que as faz agir justamente e desejar o que é justo. E a injustiça seria a disposição, nas palavras dele, que leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto (ARISTÓTELES, 1987, p. 6-10).

Por serem a justiça e a injustiça termos ambíguos e que podem trazer confusões, Aristóteles procede ao exame da primeira noção conceitual do termo, que seria a noção de justiça total ou universal, podendo-se definir como na virtude (*areté*) da observância da lei. O homem justo é compreendido como aquele que respeita a lei considerada legítima e que vige para o bem da comunidade. Eis o que ele diz: “Mas o homem sem lei, assim como ganancioso é ímprobo, são considerados injustos, de forma que tanto o respeitador da lei como o honesto serão evidentemente justos. O justo é, portanto, o respeitador da lei e o probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo” (ARISTÓTELES, 1987, p. 32).

56

Toda lei tem caráter geral e visa o Bem da comunidade, ou seja, tem como finalidade estabelecer a justiça. Quando se estuda a filosofia de Aristóteles, tem que estar claro que a construção teórica que ele faz é sempre a partir de um horizonte teleológico, ou seja, da finalidade do ser das coisas. Para os gregos, e especificamente em Aristóteles, a palavra *telos*, de onde se traduz “fim”, não significa qualquer “fim”, mas algo que alcança a atualização máxima de sua potência. A justiça como *areté* é o *telos* da vida humana e da comunidade política, e estas funcionam de forma dialética, interdependentes. O homem justo existe e dá existência ao bem e à justiça na Polis que, por sua vez, existe e dá existência ao homem justo.

Por essa razão, os atos praticados pelo respeitador da lei são atos justos, pois estes são, em certo sentido, atos legítimos. Ora, todos os atos prescritos pelo legislador são legítimos, ou são considerados como tais, porque se considera justos, visto que na concepção de qualquer homem, as leis tem por finalidade a vantagem de todos e que elas procuram produzir, preservar, para a sociedade política, a felicidade e tudo que ela abarca. Por isso que toda ação que esteja vinculada à legalidade obedece a uma norma que é dirigida para o bem de todos, e aquele que observa a lei e a respeita pode ser chamado de justo, e o que, ao contrário disto, seria o injusto.

O legislador sempre age, tendo em vista o melhor para todos (*dike*) e o bem comum de todos. As leis devem buscar o Bem comum, a felicidade da comunidade (*telos*). Aristóteles lembra que se a lei é bem elaborada, ela consegue servir ao seu propósito, que é de trazer a felicidade ao homem, ou seja, atualizar a *areté*, mas se ela for feita às pressas com certeza não atingirá ao que se propôs. Esta seria a justiça total, por ter uma característica abrangente e universalizante, visto que a lei sempre é genérica e vale para todos.

O cidadão que contraria as leis, contraria a todos os membros da comunidade em que está inserido, e o que respeita as leis, está respeitando a todos. As virtudes e os vícios de um cidadão



se relacionam, indiretamente, com todos e suas ações tem um efeito sobre todos. O legislador para Aristóteles é como um artesão, que tem a arte de tornar bons os cidadãos, e inculcar, através de leis, hábitos virtuosos. Esse deve ser o propósito e a função de todo legislador. Essa comunidade, que é organizada pelos ditames emanados pelo legislador é o tipo próprio de justiça aplicável para a vida política. Na justiça, como já foi dito, está toda a virtude (*areté*), pois o respeito à lei corresponde ao respeito de todos. Diz Aristóteles (1987, p. 3):

Por essa mesma razão se diz que somente a justiça, entre todas as virtudes, é o bem de um outro, visto que se relaciona com o nosso próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, seja um governante, seja um associado. Ora, o pior dos homens é aquele que exerce a sua maldade tanto para consigo mesmo como para com os seus amigos, e o melhor não é o que exerce a sua virtude para consigo mesmo, mas para com um outro; pois que difícil tarefa é essa.

É nesse sentido que a justiça não é parte da virtude (*areté*), mas a virtude (*areté*) inteira, a mais completa, porém a mais difícil de ser exigida e a mais excelente de todas. Muitos são capazes de praticar a justiça para com aquilo que é de seu interesse, mas são poucos os que fazem em função de um outro.

Aristóteles, além do conceito universal de justiça, faz um estudo da justiça particular e da justiça política. No entanto, não serão abordados estes aspectos da justiça aqui. O que importa saber é que a justiça como *areté* (excelência), segundo o Estagirita, está relacionado com o caráter do homem, e este relacionado ao seus hábitos. É interessante notar que Aristóteles parece ver claramente que existe uma estreita relação entre pensamento, deliberação, ação, hábito e caráter, e, como resultado, a justiça.

Na verdade, Aristóteles é praticamente o primeiro filósofo que dá ao termo *ethos* um conceito que tem o sentido da virtude do caráter, e deste como justiça. Ele supera o significado dado por Homero ou Hesíodo. Para Homero *ethos* tem o sentido de habitat, de esconderijo ou de refúgio de animais, enquanto que para Hesíodo o sentido é o de uma maneira de ser habitual, de costume ou caráter. Isso já mostra que o termo não é uma invenção de Aristóteles, mas uma elaboração filosófica que parte da experiência vivencial da realidade.

Aristóteles acolhe e explora essas significações dando-lhes uma nova medida. Esta nova acepção da ética como fruto do hábito manifesta quase sempre uma tendência natural na compreensão da ética. Poder-se-ia dizer que a ética pressupõe a natureza (*physis*). Tudo aquilo que agrega distorções à identidade natural das coisas, significa alteração de caráter e esfacelamento da capacidade de autonomia do homem. Toda capacidade de realização do homem passa pela responsabilidade do homem em auto-determinar-se. O vício (*kakia*) é a distorção do caráter e a morte da realização ética do homem.

7 CONCLUSÃO

O conceito de *ethos*, com suas múltiplas relações, é o centro de onde brota a redefinição aristotélica de ética. É daí que parte um significado que ultrapassa o conceito que o vincula ao temperamento resultante da natureza e da educação. O *ethos* é uma força moral que cada um forja através de seus atos, sendo o homem fruto de sua própria obra. A responsabilidade dá ao homem a experiência da maturidade de um caráter que não esteja maculado ou mascarado pela incontinência de um homem que faz a si mesmo.

Portanto a compreensão da relação entre pensamento, deliberação, ação, hábito e caráter, na ética de Aristóteles, leva ao tema da responsabilidade. O pensamento para Aristóteles precisa ser educado e treinado com o estudo que exige tempo, que levará o homem a *sophia* (sabedoria). Na sabedoria, o homem pode deliberar com prudência (*phronesis*), que o fará agir com justiça (*diké*), entendendo aqui justiça a partir dos gregos como adequação, equilíbrio. E, por fim, da ação do homem formar-se-ão hábitos que modelará o caráter, o *ethos* do homem.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Leonel Vallandro; Gerd Borheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Os Pensadores).

BITTAR, Eduardo C. B. Teorias Sobre a Justiça: Apontamentos para a Histórias da Filosofia do Direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CAEIRO, António. A arete como possibilidade extrema do humano: fenomenologia da práxis em Platão e Aristóteles. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda. 2002.

JAEGER, Werner. Paidéia: A formação do homem grego. Trad. Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

MORAES NETO, Joaquim José de. Aristóteles. Londrina: Ed. Uel, 1999.

FINLEY, M. I. (Org.). O legado da Grécia: uma nova avaliação. Trad. Yvette Vieira Pinto de Almeida. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

PLATÃO. A República. São Paulo: Martin Claret, 2003.

REALE, Giovanni; DÁRIO, Antiseri. História da Filosofia: Antiguidade e Idade Média. São Paulo: PAULUS, 1990.

REALE, Giovanni. História da Filosofia Antiga. v. 2. Platão e Aristóteles. Trad. Henrique Cláudio de Lima Vaz. São Paulo: Loyola, 1994.

ROSS, Sir David. Aristóteles. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1987.

TEIXEIRA, Evilázio. A educação do homem segundo Platão. São Paulo: Paulus, 1999.

VAZ, Henrique C. L. Antropologia Filosófica I. São Paulo: Loyola, 1991.

VERNANT, Jean-Pierre. As origens do pensamento grego. Trad. Isis Borges B. da Fonseca. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS NO NÃO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE

Ludmilla de Mello Bomfim Motta Domingues¹

RESUMO

O objetivo deste artigo consiste na proposta de demonstrar a possibilidade da existência de um efetivo dano moral sobre as crianças e adolescentes que sofrem com a falta do reconhecimento voluntário de paternidade. Ainda que se viva em um mundo globalizado, é no afeto e na segurança da família que se desenvolve o alicerce do desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. O instituto da responsabilidade civil integra-se ao direito de família para justamente impedir a impunidade frente aos atos considerados ilícitos, seja ele um abandono meramente afetivo dentro do âmbito familiar. Em razão disso, ao discorrer sobre essa concepção materialmente aberta de reparação, surge a necessidade de apreciar mais acerca da sua aplicação.

Palavras-chave: Dano Moral. Responsabilidade Civil. Paternidade. Afeto. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The objective of this article consists of the proposal to demonstrate to the possibility of the existence of an effective pain and suffering on the children and adolescents who suffer with the lack of the voluntary recognition of paternity. Despite if alive in a world in globalization, it is in the affection and the security of the family who if develops the foundation of the development of the personality of the person human being. The institute of the civil liability combines it the family law exactly to hinder impunity front to the considered acts illicit, either it a mere affective abandonment inside it familiar scope. In reason of this, when discoursing on this materially open conception of repairing, the necessity appears to appreciate more concerning its application.

Keywords: Moral Damage. Civil Liability. Paternity. Affection. Dignity of the Human Person.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS: A QUESTÃO DO NÃO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE. 3 O NEXO DA CAUSALIDADE ENTRE O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E O NÃO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE À LUZ DA PSICOLOGIA, PSIQUIATRIA E DO DIREITO. 3.1 Os Danos não Patrimoniais: Ausência Paterna e os Danos Psico-Morais e Sociais no Desenvolvimento do Filho sem Reconhecimento Paterno. 3.2 Danos Psico-morais e Sociais no Desenvolvimento do Filho não Reconhecido pelo Pai. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Bacharel em Direito pela UNIFIL/UNIC-, Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela UNOPAR, Mestra em Ciências-Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra e Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. E-mail: ludmotadomingues@hotmail.com.



1 INTRODUÇÃO

Realidade notória e senso comum que o homem contemporâneo está passando por uma significativa e profunda crise. Realidade esta que pode ser analisada sob diversos aspectos, todavia no que se refere às perdas e, em especial, no tocante às perdas das certezas advindas das mudanças e frequentes transformações econômicas, tecnológicas e políticas.

Tal fato, a perda das certezas por si só, atinge significativamente os indivíduos como seres, pois provoca uma perda de referencial de toda ordem que ocasiona a deteriorização da sociedade. Especificamente, a perda do referencial familiar é a mais significativa, em termos dos efeitos sobre as relações sociais entre os indivíduos da sociedade contemporânea, pois ocasiona a falta dos referenciais de valores. O indivíduo tende a se isolar e isto decorre, em boa parte, de uma fragmentação das relações e estruturas sociais que decorre justamente da carência de valores.

Dado esse contexto inicial, verifica-se que a fonte de formação do ser humano, como indivíduo social e inter-relacional, encontra-se na família. E se tal fonte encontra-se fragmentada e dissociada de valores ético-morais, o indivíduo adulto conseqüentemente o estará.

A investigação que ora apresenta-se neste artigo foca a retirada do referencial paterno por vontade deste e suas conseqüências sobre a criança, de maneira a buscar a responsabilização jurídica por tal ato.

A criança, como um ser humano integral, tem direitos garantidos dentro do contexto do ordenamento jurídico. Dessa maneira, os fatores determinantes de capacidade, a partir do momento em que a vida surge com o nascimento², passam a deter a personalidade da criança, o que a habilita ser sujeito de direitos e obrigações na ordem civil; de ser sujeito em relações jurídicas. Assim, assegura os direitos à dignidade, ao respeito, à paternidade responsável, entre outros³⁴. Todos eles, intrínsecos a ser humano e, portanto, a ele interligado durante toda a sua vida, tornando-se permanentes. São direitos subjetivos e, dessa maneira, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Isso posto, significa que todos os cidadãos devem respeito a estes direitos, oponíveis erga omnes. Se ultrapassarem essas barreiras, estarão a exigir uma sanção, isto é, uma indenização pelo dano causado à vítima. Possibilita, a priori, que o dano moral assegure, no âmbito da responsabilidade civil, a obrigação de indenizar, ou seja, impõe a quem causa dano a outrem o dever de repará-lo⁵.

No caso, em questão, o enfoque será dado na responsabilização civil do pai que não reconhecesse seu filho voluntariamente, e, em decorrência deste ato, o filho sofre perdas em sua formação e reflexos em toda a sua vida.

² Artigo 2º do Código Civil: Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (FIUZA, Ricardo, 2003, p. 4).

³ Parágrafo 7º, Artigo 226 - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas e Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

⁴ Artigo 15 - A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de julho de 1990).

⁵ Artigo 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. parágrafo único - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406 de janeiro de 2002).

De todos é conhecida a importância da afetividade, que envolve o vasto mundo de uma subjetividade decisiva na estrutura psíquica da pessoa, não podendo ser desligada de seu crescimento e formação. É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na constituição do mundo interior (RIZZARDO, 2006, p.685).

O filho concebido por um caso de amor não institucionalizado pelo direito, pois senão a paternidade estaria presumida, não pode ser transformado em um objeto, haja vista o ser humano não ser algo que se dispõe.

A privação do filho da convivência com o pai gera um dano e para caracterizar este dano, com toda sua complexidade, utilizar-se-à a interdisciplinaridade da psicologia, psiquiatria e direito, demonstrando assim que, quando impedida a plena realização da afetividade na vida do filho, este estará cerceado de sua plena realização tanto na vida pessoal como profissional.

Por isso, o direito tem a obrigação de dar a proteção ou tentar reestabelecer a ordem abalada e afetada na vida deste filho privado da convivência paterna.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS: A QUESTÃO DO NÃO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA PATERNIDADE

As transformações sociais e jurídicas propiciam contornos ao Direito que vão além da simples solução de litígios, mas resulta na garantia ao bem estar, a dignidade e a manutenção de valores por meio de instrumentos legais, quando não são auferidos pela convivência natural entre as pessoas.

Assim são os direitos de terceira geração, garantidores não somente da liberdade ou da igualdade, mas de um conteúdo mínimo de humanidade, em que o indivíduo é protegido por si e por sua relação com os outros. Desta forma, passam a ter valor jurídico, também, os bens não patrimoniais, sendo reconhecidos como tal a honra, a moral e os direitos de personalidade.

A violação desses bens pode provocar danos e, como característica da tutela jurídica, via de consequência, o dever de reparar. O dano moral traduz-se em qualquer prejuízo de ordem não patrimonial de modo que não se pode defini-lo exclusivamente como danos psíquicos, pois caracteriza-se também pela lesão à integridade física.

Yussef Said Cahali (1998, p. 699-700) define que o sentimento de sofrimento psíquico, dor, angústia e tristeza são considerados dano moral puro, que molestam a parte afetiva do patrimônio moral.

Sendo assim, alguns doutrinadores (VENOSA, 2005, p. 48) e, também, a jurisprudência (DIAS, 1997, p. 301) têm mostrado que não é cabível a responsabilidade civil por danos não patrimoniais, pois seria imoral pretender reparar com uma prestação pecuniária a frustração de bens da personalidade. Segundo essa corrente, o dinheiro nada pode pagar, tornando impossível a mensuração do dano em valores, e, por consequência, a responsabilização civil de quem o causou.

Parece que esses argumentos são demasiadamente simplistas e revelam um falso moralismo. Neste âmbito, encontra-se o núcleo do presente trabalho, ou seja, os danos causados a um filho sem a paternidade estabelecida, tendo sido esta omitida pelo não reconhecimento voluntário do pai.

Extremamente relevante é dizer que esse prejuízo moral (não patrimonial ou subjetivo), causado a um filho sem pai, não é menos digno de consideração do que os prejuízos patrimoniais



tutelados atualmente pelo direito.

Nesse sentido, traçando um paralelo da relação paterno-filial, conjugada à responsabilidade civil, não há como deixar de se buscar esta responsabilidade em face dos danos que os pais possam causar aos seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna concreta e voluntária⁶. Disto resulta a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é profundamente grave (HIRONAKA, 2009).

A convivência do filho com seus genitores é direito inerente à estrutura familiar, mas se o pai nem sequer reconhece o filho voluntariamente, aguardando assim que seja impetrada contra ele uma ação de reconhecimento de paternidade, dificultando e adiando suas responsabilidades como pai, nada mais justo do que utilizar o instituto da responsabilidade civil para poder de alguma forma coibir a prática de conduta contrária à lei. Direito este que está consagrado no artigo 927 do Código Civil Brasileiro. Isso porque não há dano maior para um filho do que se ver abandonado, rejeitado pelo seu ente paterno, o que viola o direito da “personalidade”⁷ - que exige um absoluto reconhecimento, porque exprime aspectos que não podem ser desconhecidos sem afetar a própria personalidade humana e também a sua integridade psíquica, todos substratos da “dignidade humana”.

A palavra dano exprime o prejuízo decorrente do fato ilícito, o qual se pode verificar, quer na ofensa à personalidade física ou moral, quer na violação de direitos adquiridos (RANGEL, 2004).

Há de se lembrar, que os filhos só vêm ao mundo porque são causas dos pais, e, sendo assim, existe, concreta e naturalmente, uma dependência dos filhos em relação a eles, pois, sem os pais, os filhos não existiriam. Parece óbvio dizer isso, mas se faz necessário para não esquecer que, tendo a pessoa humana a liberdade de autodeterminação sexual, com a finalidade de satisfação própria ou de reprodução da espécie, implica necessariamente o respeito pelos direitos e interesses do filho, que se poderão enunciar como o direito à vida e à integridade física, psicológica e existencial; o direito à família, ao cuidado dos progenitores e a crescer num ambiente familiar idôneo; e o direito a uma identidade genética e psicológica.

A análise da responsabilidade civil, no caso em tese, resume-se no preenchimento dos pressupostos desta, quais sejam:

a) Conduta: é a existência de uma ação ou omissão que se apresenta como ato ilícito: é a conduta humana culposa, ou até mesmo dolosa, exteriorizada pela ação e omissão do pai ao negar o exercício da paternidade voluntária, ou seja, a mãe já lhe comunicou da existência de um filho e, por não querer assumir suas responsabilidades como pai tão logo saiba disso, aguarda que seja impetrada uma ação de reconhecimento de paternidade contra ele, para só assim torna-se “pai”.

b) Dano: a ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente: o dano ou prejuízo causado ao filho que foi atingido em seus atributos mais louváveis, quais sejam, a moral, a honra, a dignidade, a reputação social, vez que é compelido a viver situações vexatórias, além de não ter podido usufruir da figura paterna na plenitude de sua aceção.

⁶ Neste sentido pode-se citar o artigo 5º. do Eca - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de julho de 1990)

⁷ Artigo 11 do Código Civil - Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406 de janeiro de 2002).

c) Nexo de Causalidade: o nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente: a causalidade entre a conduta e o resultado, que é óbvia ao se detectar que à medida que o “pai” repugna e afasta o reconhecimento voluntário do filho, causa-lhe uma dor intensa, um sofrimento que foge à normalidade, interferindo diretamente em seu comportamento psicológico e social.

Há situações que sobrelevam de tal maneira o laço biológico que se constata a imputação da responsabilidade civil. Quando se gera um filho, automaticamente criam-se as obrigações descritas. A não assunção dessas obrigações, no caso do não reconhecimento voluntário da paternidade, causam danos, muitas vezes, irreversíveis na vida deste filho, especialmente em termo psico-social e moral, os quais serão demonstrados no capítulo seguinte, levando em consideração a interdisciplinaridade da psicologia, psiquiatria e o direito.

3 O NEXO DA CAUSALIDADE ENTRE O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E O NÃO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE À LUZ DA PSICOLOGIA, PSIQUIATRIA E DO DIREITO.

É imprescindível demonstrar a necessidade das referências feitas no decorrer deste trabalho à psicologia e à psiquiatria. Por se tratar de um problema relacional, que envolve pessoas, complexas, independentes e interdependentes, necessário se faz procurar desvendar e descrever o fenômeno jurídico a partir de sua interface com os fenômenos não jurídicos que as antecedem, para elucidar os danos não patrimoniais sofridos pelo indivíduo no caso de ausência paterna. (HIRONAKA, 2008).

Para a caracterização do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário provar o nexos de causalidade entre a conduta ilícita, ou seja, o não reconhecimento voluntário da paternidade, e as consequências nocivas à moral do ofendido, que, no caso em questão, são os filhos que, em decorrência desse mesmo fato, vivem as consequências danosas em suas vidas.

A área relativa à família no contexto jurídico carece de mais estudos que elucidem a forma como os indivíduos vivenciam concretamente suas experiências familiares e como pensam sua inserção no núcleo familiar. Por enquanto, é a ciência da psicologia que tem a informar ao direito acerca das questões que não se restringem ao campo legal. Tal análise se justifica para os operadores do direito em função da imperatividade de uma abordagem multidisciplinar no atual Direito de Família, reconhecida a sua complexidade no trato de temas conflituosos e a interdisciplinaridade dos campos da ciência para o exame e a solução de casos práticos em termos psicológicos e emocionais de um indivíduo.

Não obstante o Direito da Família no Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com a Constituição Federal, estabeleçam os princípios basilares e os direitos e deveres dos filhos e dos pais, abrigam intrinsecamente uma abordagem multidisciplinar, todos eles dando ênfase à dignidade da pessoa humana, direitos de personalidade, da integridade moral, pois o direito de filiação socorre-se de outras ciências humanas que, através da interdisciplinaridade, enriquecem o labor legislativo, nesta área do direito.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, por sua vez, de forma explícita, consigna em seu princípio VI, *ipsis verbis*:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade a criança precisa de amor e compreensão (grifo do autor). Criar-se-á, sempre que possível, aos



cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e segurança moral e material.(...) (sublinhado pelo autor⁸).

De acordo com Diogo Leite de Campos, deveria ser inserido, na Constituição formal, “o direito a ter pai e mãe”. Esse direito já consagrado, em parte, através da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, assim como da atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos. Desta maneira, os filhos terão direito de usar os meios processuais convenientes para determinar o seu pai e mãe biológicos, que se transformarão no seu pai e mãe jurídicos e assim serem criados por eles, para sua plena humanização (CAMPOS, 1997).

A partir da Psicanálise, as noções de família, paternidade, igualdade dos gêneros, etc., ficam alteradas com a sua influência e consideração de elementos determinantes como o inconsciente e o desejo. Noções estas, que o direito não pode mais desconsiderar para que se possa aproximar mais de seu ideal de justiça. É também na análise psicanalítica que se caminha para encontrar as origens dos problemas, supondo que a verdade está nas origens e as origens na criança. Cada adulto traz consigo a criança que foi, uma vez que ele agora é modelado pelos conflitos passados: traumas, fantasmas, desejos de sua própria infância. Em Direito de Família é necessário desvendar a psique humana, pois em juízo de família não se resolvem apenas litígios; resolvem-se pessoas (ALVES, 2009).

Diante disso, faz-se necessária a demonstração dos danos psico-morais e sociais na vida de um filho “sem pai”, ou seja, não reconhecido, avaliados sob o ponto de vista da psicologia e psiquiatria, para que se possa aplicar o Direito já determinado na legislação brasileira de uma forma mais justa e humana no que tange aos direitos dos filhos.

64

3.1 Os Danos não Patrimoniais: Ausência Paterna e os Danos Psico-Morais e Sociais no Desenvolvimento do Filho sem Reconhecimento Paterno

A ausência do exercício da paternidade [paternidade irresponsável] representa a causa de inúmeros e gravíssimos problemas de sociabilidade, levando a criança a se tornar um adulto com sequelas emocionais e psicológicas. Isto se concretiza porque passaram por toda sorte de rejeição na infância/adolescência, já que, submetidos ao longo da vida civil, experimentaram aos constrangimentos decorrentes de não ter identificado a paternidade em seus documentos e aos gracejos na escola, sofrendo diuturna violência moral que lhe submete a sociedade com seus preconceitos.

O grande número de crianças sem paternidade estabelecida⁹ e a constante necessidade de uma investigação de paternidade para consolidar sua origem demonstram que a figura masculina parece sofrer um declínio em sua vinculação com a paternidade.

A função básica, estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento de difícil compreensão, em que os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos (GROENINGA, 2003, p. 223).

A ausência do pai, a imagem da figura paterna, em decorrência de um abandono material e/ou psíquico, tem gerado graves consequências na estruturação psíquica dos filhos e que

⁸ Declaração Universal dos Direitos da Criança. UNO-UNICEF.

⁹ De acordo com os dados do site oficial do governo, <http://certidãoodenascimento.gov.br>, no estado da Amazônia, por exemplo, pelo menos 10% não têm sobrenome do pai. Acesso em: 09/09/2009.



repercute, obviamente, nas relações sociais. O mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, a segurança e a proteção (GROENINGA, 2003, pp. 224 e 225).

Outra fator importante que se manifesta com a falta do pai é o incremento da violência (doméstica também). Ao não chegarem, muitas vezes, a aceitar o real, em virtude da falta de sentido de limites que, costumeiramente, é função do pai na educação familiar, os filhos se rebelam e os atos de violência se multiplicam.

Essa ausência de função paterna apresenta um fenômeno social alarmante e tem gerado as terríveis consequências que os adolescentes estão a demonstrar na sociedade, como, por exemplo, condutas de rebeldia e delinquência juvenil, ferindo assim sua personalidade, ou seja, seu direito subjetivo¹⁰.

3.2 Danos Psico-morais e Sociais no Desenvolvimento do Filho não Reconhecido pelo Pai

O não reconhecimento do filho pode ser causa de alterações psíquicas. A criança cresce com o estigma, com a rotulação de não ter pai. Na escola, entre vizinhos e até no trabalho, é apontado como alguém “descartado” pelo pai.

A médica Teresa Ferreira (2006, p. 49), pedopsiquiatra e psicanalítica da infância, afirma que tanto para o sexo masculino, como para o feminino, a boa identificação paterna deve integrar o que há de mais evoluído no psiquismo humano no sentido dos valores morais, da socialização, das noções claras de distância na relação com os outros, base de um respeito mútuo na relação necessária ao sucesso na integração escolar e profissional.

Do ponto de vista do funcionamento mental, o pai representa para a criança (filho) “o principio da realidade” de Freud, quer dizer, é através e pela existência de um terceiro elemento que se introduz na relação didática mãe-bebê, que estes se organizam e o filho evolui de modo positivo (FERREIRA, 2006, p. 48).

Saber de quem o homem é filho faz se sentir seguro, pois sabe de onde veio, sabe de sua origem. Caso contrário ficaria amputado de passado e isso impediria de se estruturar no tempo. Não saber de onde vem, de quem descende, representa uma lacuna quanto à identidade e auto-estima. Isso se chama “sentimento de filiação” que, por sua vez, envolve a questão fundamental para a estruturação do psiquismo e para o sentimento de pertença e inclusão social: de quem sou filho? O reconhecimento paterno é imprescindível para o desenvolvimento normal de um filho. Já na Grécia Antiga, o nascimento dos filhos tinha de ser reconhecido pelo pai, o qual levantava nos braços a criança e dizia publicamente: “Este é o meu filho”, assumindo-o como sua descendência e linhagem. O não reconhecimento por parte do pai dava origem à expulsão da criança para fora da cidade, abandonada aos elementos e animais para morrer (BURGUIERE, 1996). Na Argélia, muitas mulheres pensavam que era melhor matar uma criança do que ter um filho sem pai reconhecido (CIRULNIK, 2000).

Um filho que sabe quem são seus pais e é reconhecido por eles pode ter orgulho do seu nome e da sua linhagem, ou, pelo contrário, pode até rebelar-se e procurar ser o oposto de seus pais, mas em todo caso possui uma referência em face da qual se estrutura. O filho que se encontra atingido quanto sua filiação (neste caso o pai) é abalado na sua segurança e confiabilidade dos seus laços afetivos e com suas figuras significativas. O sentimento de ter nascido do desejo recíproco entre dois progenitores desempenha um importante papel na construção da auto-estima,

¹⁰ No mesmo sentido, RABINDRANATH, Capelo de Souza determina que a tutela geral da personalidade corresponda sem dificuldade a um direito geral de personalidade, desde que se entenda o direito de personalidade como direito subjetivo. P. 153.



e associa-se a um outro sentimento, o da filiação, que fornece o suporte seguro de sua identidade (LEMAY, 2006).

De acordo com o psicólogo Elias Barreto e o psiquiatra Antonio Bento (2002, p. 99), o filho rejeitado se torna facilmente presa de uma situação de insegurança afetiva que lesa a sua personalidade, e a sua capacidade de procurar e fazer proveito do apoio emocional dos outros, o que afeta ainda a sua capacidade de autonomia, de exploração do mundo e construção de novos vínculos. No livro, *Sem amor e sem abrigo*, dos referidos psicólogo e psiquiatra, acima citados, que fora elaborado após uma pesquisa sobre os “sem abrigos” na cidade de Lisboa, é de suma importância extrair alguns depoimentos dos entrevistados, para demonstrar de maneira clara e real como a grande maioria desses seres humanos que vivem ao relento, têm nas suas histórias o descaso do pai que não os reconheceram, deixando claro os danos morais (não patrimoniais) sofridos por eles¹¹. Eis os depoimentos:

Flavio: o meu pai disse que não tinha provas de eu ser filho dele, deu-me dinheiro para dizer que não era filho dele.

Luis: o meu pai me perfilhou quando eu fiz 27 anos porque ele dizia que eu não era filho dele, mas do carteiro. Durante muito tempo, em criança, acreditei apesar de achar que eu era parecido com ele.

João: sou filho de pai incógnito. Ele era medico no Alentejo. A minha vida corre mal desde que nasci. (BENTO, António; BARRETO, Elias., 2002, p.100).

Essas histórias familiares e de infância revelam que a autoestima está inevitavelmente ligada à forma como se sentiram investidos ou desinvestidos, apreciados ou desvalorizados pelos seus objetos de amor primário. Situações de abandono e não perfilhação deixam a sua marca indelével quanto à imagem de si próprio, consoante o sentido positivo ou negativo que lhe atribuem. Não é indiferente estar convencido de que os pais os abandonaram por força de circunstâncias maiores, que tudo fizeram para lutar por eles e que o amavam, ou achar que se foi desprezado, por indiferença ou mesmo hostilidade, sentindo que não foram suficientemente importantes para seu progenitor (BENTO, António; BARRETO, Elias, 2002, p.101).

Nos Estados Unidos, uma pesquisa recente do *National Center on Addiction and Substance Abuse*, o Casa, descobriu que o perigo do envolvimento com drogas é 30% maior em crianças criadas apenas pela mãe. Mais grave ainda: nas famílias convencionais em que filhos não têm bom relacionamento com o pai, o risco sobe para 68%. Outros estudos indicam que filhos sem pai têm três vezes mais possibilidades de não se saírem bem na escola, precisando de tratamento psicológico e ter maior probabilidade de cometer suicídio.

No Brasil, pesquisa do Datafolha mostrou que 70% dos menores infratores internados na Febem¹² não vivem com o pai. “Não estamos fazendo apologia do casamento, mas, quando decide ter um filho, ou mesmo uma gravidez não programada, o homem precisa estar consciente de que este, sim, é um compromisso indissolúvel”, diz Joseph Califano, professor da Universidade Columbia e responsável pela pesquisa do Casa. “Muita gente acha que a mãe pode cuidar sozinha dos filhos, mas os números mostram que não é assim. Ela não consegue ser mãe e pai ao mesmo tempo”, alerta (VEIGA, 1999).

Doutor Diogo Leite de Campos (2004, p. 87) deixa claro e elucidado o que se relata até então, ao afirmar que: “Ao sentimos amor nas relações com os nossos pais, levamos todo esse amor

¹¹ Cumpre salientar, que foram citados depoimentos da cultura portuguesa, os quais foram advindos de uma das viagens de pesquisa científica da autora para a confecção de sua tese de mestrado. Destarte, sabemos que no Brasil esta realidade também é real, haja vista está à estrear no próximo ano, um documentário sobre filhos em busca do pai, com o título “Nada Sobre Meu Pai, baseado em relatos de pessoas que desconhecem e buscam incessantemente sua origem paterna.

¹² Leia-se, Fundação do Bem-Estar do Menor.

e confiança para dentro de nós. E, depois, projetamo-lo para o mundo exterior que o potencia” .

Isso demonstra que o indivíduo traz consigo a criança que foi, pois a verdade está nas origens dela e, estando essas origens incompletas - nomeadamente faltando-lhe o pai - há, incontestavelmente, susceptibilidade de anomalias psíquicas em termo emocional, comportamental e social, deixando claro e comprovado os danos causados pela falta de um pai, ou seja, pelo não reconhecimento voluntário da paternidade em relação a ele. O filho, consciente ou inconscientemente, sabe que tem um pai que o rejeita.

4. CONCLUSÃO

Este trabalho não tem pretensão de esgotar uma temática que se sabe é complexa, pois a possibilidade de responsabilização civil do pai em relação ao filho está sendo iniciada no Direito da Família, mas, apenas, procura focar aspectos essenciais de uma problemática fundamental para o concreto bem estar dos filhos.

Já são certos os textos de lei que dão à criança o direito de conviver com seus pais, porém não são claras ainda as sanções. Observa-se que o Direito de Família carece dos elementos e princípios de outros ramos do Direito, em especial da responsabilidade civil, para aproximar-se do ideal de justiça, principalmente em virtude das complexas relações existentes hodiernamente.

Depois de traçados alguns aspectos presentes quanto ao emocional nos filhos não reconhecidos voluntariamente por seu pai, e demonstradas as consequências que esse ato gera, não há como negar a existência da responsabilidade civil. Pois todas essas consequências demonstram ao Direito a relação de causalidade que somente ocorreu pela omissão do pai, pressupostos estes necessários para caracterizar a responsabilidade civil dentro do âmbito jurídico das obrigações.

Essa ausência somada ao descaso e à rejeição do pai em relação ao filho, seja recém-nascido ou em desenvolvimento, violam a sua dignidade e personalidade. Se a formação da pessoa consiste no ideal da dignidade humana e esta se constitui com o afeto e presença paterna, por certo que a ausência injustificada deste, causa um dano psicológico e como tal deve ser reparado, tendo em vista os efeitos que a indenização proporciona. Além de propiciar a diminuição do sofrimento, exerce efeito pedagógico nas demais pessoas em situações análogas.

Atualmente sabe-se dos mais variados recursos científicos para evitar a paternidade (preservativos, vasectomia, etc.). Em consequência desses meios existentes, é que não se pode deixar de atribuir a responsabilidade civil, quando do ato de um homem e de uma mulher acontece a concepção de um filho, e, após o seu nascimento, este não é reconhecido pelo pai de maneira espontânea.

O significado e a importância do tema somente são verdadeiramente apreendidos diante da abordagem das premissas para a responsabilização dos pais, o que se intenta realizar com a incursão sobre: a) a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente; b) a educação como direito subjetivo público do menor; c) a nova figuração do poder familiar; d) princípio da igualdade na filiação; e) o princípio da autonomia da família e da intervenção subsidiária do Estado; f) dever genérico de diligência, que justifica a responsabilidade subjetiva no ordenamento jurídico nacional.

Desta feita, no que diz respeito às questões relacionadas ao Direito de Família, constata-se que os operadores do direito devem buscar adaptações consagradas pelas reformas sociais dos últimos tempos, e se preparar para o debate, tendo em vista que essas transformações não param e, cada vez mais com intensidade, chegam relatos de abandono e pleitos indenizatórios pelo abandono paterno voluntário, diga-se: o não reconhecimento voluntário da paternidade.



REFERÊNCIAS

ALVES, J.F. Psicologia aplicada ao direito de família. Jus Navengandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 18 mar. 2007 e 09 set. 2009.

BENTO, António; BARRETO, Elias. Sem amor e sem abrigo. Lisboa: Climepsi, 2002.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

BURGUIERE, André. História da família. Lisboa: Terramar, 1996.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direito da Família e das Sucessões. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____, Diogo Leite de. NÓS Estudos sobre o Direito das Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

68 RABINDRANATH, Capelo de Sousa. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra, 1995.

CIRULNIK. Les nourritures affectives. Paris: Editions Odile Jacob, 2000.

DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. Repertorio IOB de Jurisprudência, 15/ 97, caderno 3.

FERREIRA, Maria Teresa. Em defesa da criança, teoria e pratica psicanalítica da infância. Lisboa: Climepsi, 2006.

FIUZA, Ricardo (Coord.). Código Civil - Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e psicanálise, rumo a uma nova epistemologia. Belo Horizonte: Imago, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno filial. Disponível em: <www.inteligenciajuridica.com.br>. Acesso em: 16 fev. 2007.

LEMAY, Michel. Que tem a família para oferecer a criança. Lisboa: Climepsi, 2006.

ONU-UNICEF. Declaração Universal dos Direitos da Criança. Biblioteca online. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>.



RANGEL, Rui Manuel de Freitas. A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil. Um olhar sobre a jurisprudência. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil, 2 ed. Ed. Forense, 2006.

VEIGA, Aida. Precisa-se: Pais. Revista Veja. Ed. 1.626, 1º dez. 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, responsabilidade civil. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2005.



ADOÇÃO DAS MEDIDAS ANTIDUMPING E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

*Dário Zani da Silva*¹

RESUMO

A globalização acirrou a concorrência internacional e os países necessitaram criar mecanismos para evitar práticas desleais de comércio como o dumping que é a exportação de um produto por preço inferior ao preço normal no mercado do país exportador. Este estudo analisa a legislação brasileira sobre dumping e medidas antidumping em face do princípio econômico da livre concorrência, consagrado pela CF/88, porém tal princípio sofre restrições por outros igualmente expressos como princípios. Os direitos antidumping podem ser vistos em situações que aparentam atentar contra a livre concorrência, portanto uma interpretação, utilizando o princípio da proporcionalidade, pode conciliar os valores conflitantes.

Palavras-Chave: Comércio Internacional. Dumping. Medidas Antidumping. Livre Concorrência. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The globalization incited the international competition and the countries had needed to create of mechanisms to prevent practical disloyal of commerce as dumping that it is the exportation of a product for inferior price to the normal price in the market of the exporting country. This study it analyzes the Brazilian legislation on dumping and measures antidumping in face of the economic principle of the free competition, consecrated for the CF/88, however such principle suffers restrictions for equally express others as principles. The rights antidumping can be seen in situations where they make look like to attempt against the free competition however, an interpretation using the beginning of the proportionality can conciliate the conflicting values.

Keywords: International Trade. Dumping. Measures Antidumping. It Exempts Competition. Principle of the Proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DUMPING E MEDIDAS ANTIDUMPING. 3 DIREITOS ANTIDUMPING E A LIVRE CONCORRÊNCIA. 4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA. 5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O fim da Guerra Fria, com a conseqüente pax americana que impera no mundo desde o início da década de 90, facilitou o crescimento do fenômeno da globalização, que, por sua vez,

¹ Mestrando Em Direito Negocial Pela Universidade Estadual De Londrina. Área de concentração- Direito e relações empresariais. e-mail: dariozani@hotmail.com



possibilitou um acirramento da concorrência comercial internacional, de tal maneira que os países detentores da mais sofisticada tecnologia sentiram a necessidade da criação de mecanismos para evitar práticas desleais de comércio.

Dentre tais práticas está inserido o dumping, que se perfaz com a exportação de um produto por preço inferior ao preço normal praticado no mercado do país exportador, sendo apresentado em sua forma predatória quando visa à conquista de novos mercados e à eliminação da concorrência no país importador. O presente estudo analisa a adoção de medidas antidumping tendo em face os princípios constitucionais econômicos do artigo 170 da C.F./88, especialmente o princípio da livre concorrência.

A Constituição Federal consagrou como princípios do Estado Democrático de Direito a livre iniciativa e a livre concorrência, sendo certo que tais princípios são reafirmados em capítulo específico, que cuida dos princípios gerais da atividade econômica. Diante disso, tem-se que a livre iniciativa é o regime jurídico constitucional em matéria de desenvolvimento de atividade econômica, sendo a livre concorrência a base desse regime. Porém, tais princípios não são absolutos, sofrendo restrições por outros valores igualmente expressos em forma de princípios como, por exemplo, o da função social da propriedade, prescrito no inciso III do art. 170 da Magna Carta.

Pode-se dizer que o conceito de livre iniciativa pressupõe a prevalência da propriedade privada na qual se assentam a liberdade de empresa, a liberdade de contratação e a liberdade de lucro. Esses são os marcos mínimos que dão embasamento ao regime econômico privado, ou seja, ao regime de produção capitalista adotado pelo Brasil. O capitalismo também é defendido respeitando-se a livre concorrência, instrumento necessário para evitar distorções no mercado, a fim de buscar o ideal da “concorrência perfeita”, em prol dos diversos agentes envolvidos na atividade econômica, dentre eles produtores e consumidores.

Tais princípios não são absolutos, e, neste ponto, a própria Constituição também permite que o Estado venha a ser agente interventor na atividade econômica como agente normativo, usando de seu poder de polícia e como ator direto na atividade econômica. Esse intervencionismo ganhou papel de destaque principalmente após a 2ª Guerra Mundial, como forma de reorganização, por parte do Estado, das forças produtivas, pois o sistema anterior, baseado no capitalismo liberal, não era suficiente para socorrer as necessidades da sociedade, e a isto se soma o papel marcante do sistema econômico socialista. Assim, se desenvolveu a idéia da possibilidade da intervenção estatal na economia.

Ocorre que há o risco de a utilização da intervenção estatal, se praticada desobedecendo ao chamado princípio da proporcionalidade, insto ao contexto principiológico constitucional, vir justamente a afetar os princípios constitucionais econômicos aos quais, finalisticamente, deveria proteger, tais como o princípio da livre iniciativa, livre concorrência, e em última análise, da propriedade privada. Assim, faz-se uma crítica no sentido de que o mundo não poderá suportar um mercado totalmente desvinculado de intervenções estatais, como propugna o malfadado “Consenso de Washington”, devendo haver uma superação dos conceitos ali propostos, inclusive por questões de soberania, porém, respeitando-se o modelo econômico capitalista.

É fato que o livre mercado não resolve os problemas dos países mais sensíveis economicamente, sendo que o presente estudo proporcionará uma visão acerca da adoção dos direitos antidumping, medida de especial relevância para a proteção da indústria nacional, feita segundo os critérios legais e dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade, que, e se utilizada com parcimônia, pode ser instrumento de balanceamento das distorções dos princípios constitucionais na atividade econômica.



2 DUMPING E MEDIDAS ANTIDUMPING

Considera-se que há prática de dumping quando uma empresa exporta para o país importador um produto a preço de exportação inferior àquele que pratica para o produto similar nas vendas para o seu mercado interno (valor normal). Dispõe o artigo 2.1 do acordo sobre a implementação do artigo VI do GATT 1994 (Código Antidumping):

Para as finalidades do presente Acordo considera-se haver prática de dumping, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado no curso normal das atividades comerciais para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador.

Porém essa diferenciação de preços só é considerada prática desleal de comércio, merecedora de repressão, se vier a causar ou ameaçar causar dano à indústria do país importador. Segundo Maria Carolina Mendonça de Barros (2003, p. 21):

Para que o dumping seja caracterizado, é necessário haver a comprovação do dano material ou ameaça de dano material à indústria doméstica já estabelecida ou o retardamento na implantação de uma indústria bem como do nexo causal, ou seja, o dano ou ameaça de dano à indústria doméstica – aqui entendida como a totalidade dos produtores nacionais de produto similar ao importado ou conjunto de produtores cuja mercadoria em análise constitua parcela significativa da produção nacional – deve ser necessariamente resultante do dumping.

72

A prática de dumping surgiu com o advento da revolução industrial, mas foi apenas no início do século XX que se intensificou, tornando-se preocupante tal evolução. Assim, em 1904 o Canadá elaborou a primeira legislação antidumping, seguindo pela Nova Zelândia (1905), Austrália (1906), Japão (1910) e Estados Unidos (1916).

A internacionalização das normas antidumping ocorreu com a assinatura do GATT/47 (General Agreement on Trade and Tariffs), sendo posteriormente regulamentado através do Código Antidumping de 1967, aprovado na Rodada Kennedy, a seguir renegociado na Rodada Tóquio (1979), e, por último, na Rodada Uruguai (1994), que criou a OMC, onde foi aprovado o Acordo Antidumping da Rodada Uruguai (AARU).

Os países membros da OMC devem aplicar as medidas antidumping de acordo com o AARU, sob pena de abertura de um procedimento investigatório. Ao contrário do ineficiente e pouco usado sistema do GATT, surgiu o sistema de solução de controvérsias da OMC, através da criação de dois órgãos (Órgão de Solução de Controvérsias e Órgão de Apelação) que passaram a analisar as reclamações de um país em relação a outro.

Pelo novo sistema busca-se inicialmente a solução do litígio através de negociações que, se restarem infundadas, levam a instalação de um painel junto ao Órgão de Solução de Controvérsias que, ao cabo de um procedimento de análise probatória, emite um relatório final. O Estado-Membro, envolvido diretamente na pendência, que se sentir lesado pela decisão poderá recorrer, então, ao Órgão de Apelação. Por fim, a OSC monitorará a aplicação das medidas previstas pelo “painel” ou pelo Órgão de Apelação.

As disputas comerciais que envolvam a aplicação das medidas antidumping se incluem

no sistema descrito acima, todavia o AARU e a Declaração Ministerial da Rodada Uruguai contêm algumas disposições específicas envolvendo o tema. O AARU criou um Comitê Sobre Práticas Antidumping, inserido no âmbito da OMC, e encarregado de acompanhar a aplicação do acordo pelos Estados-Partes, bem como de receber as comunicações e relatórios sobre a obediência as normas da AARU.

Com a abertura comercial e a conseqüente exposição do mercado brasileiro, houve a necessidade de elaborar meios para reprimir as práticas comerciais desleais, com o intuito de assegurar a proteção da livre concorrência e o empresariado local. Dessa forma, as legislações internas dos Países-Membros da OMC foram elaboradas de acordo com as normas antidumping do AARU, buscando uma “pretensa” uniformização das legislações existentes, bem como de suas interpretações.

Com o governo Fernando Henrique Cardoso, foi criado o Departamento de Defesa Comercial (DECOM) exclusivamente para atender às tarefas de condução das investigações de dumping, bem como de subsídios e salvaguardas, no âmbito da Secretária de Comércio Exterior (SECEX), hoje órgão do Ministério do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio (MDIC). Referidos órgãos, juntamente com a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), cuidam das normas de aplicação dos mecanismos sobre dumping, subsídios, medidas compensatórias e salvaguardas junto a OMC e respondem pelo monitoramento e pela defesa brasileira nos processos compensatórios movidos por países estrangeiros contra exportadores nacionais, no âmbito do seu Departamento de Defesa Comercial.

O Decreto 1.602/1995 regulamentou os procedimentos necessários para aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping da Rodada Uruguai do GATT, em conformidade com o disposto no Decreto Legislativo nº 30/1994, no Decreto nº 1.355/1994 e na Lei nº 9.019/1995.

A legislação antidumping brasileira dispõe que, verificado através de procedimento competente a ocorrência de dumping que venha a causar dano ou ameaça de dano a indústria estabelecida ou em vias de estabelecer-se em território do país importador, justifica-se a aplicação das chamadas medidas (ou direitos) antidumping, de forma que o produto importado a preço de dumping, ao ser atingido pela medida no momento em que adentra o país (medida esta que pode ser aplicada na forma de uma alíquota ou de um valor fixo), perderá sua margem de dumping em relação ao produto nacional ou similar.

Dessa forma, nota-se que os direitos antidumping são uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico e têm como objetivo evitar que as empresas estabelecidas em território nacional sejam prejudicadas por importações realizadas a preços de dumping, prática esta considerada como desleal em termos de comércio em acordos internacionais.

Conforme Adílson Rodrigues Pires (2001, p. 190):

A aplicação de medidas compensatórias, contudo, não é obrigatória. O país prejudicado tem a faculdade de avaliar a oportunidade política e a conveniência econômica da imposição dos direitos. A não aplicação das medidas antidumping, ainda que apurada a prática danosa, não representa o descaso governamental pelos interesses da indústria doméstica do país importador. Mas sim que a aplicação da medida deve ser avaliada sob uma perspectiva ampla, de nível macroeconômico. O seu fim é a proteção da economia como um todo e não dos produtores em partículas. (...) o direito antidumping também se caracteriza pela flexibilidade na fixação do valor a ser exigido, que deve limitar-se ao montante do prejuízo calculado. (...) O objetivo da lei instituidora do direito não é inibir as importações, ou constanger os



importadores, mas regular o mercado, impedindo apenas as consequências danosas a indústria local.

3 DIREITOS ANTIDUMPING E A LIVRE CONCORRÊNCIA

Segundo Welber Oliveira Barral (2000, p. 66), os direitos antidumping possuem natureza jurídica de imposição paratarifária de intervenção no domínio econômico, fundada na função de incentivo do Estado. Para ele, por ser o dumping um fato de Direito Econômico, o Estado pode intervir na esfera privada e impor direitos antidumping, caso tenha a comprovação de que o dumping esteja causando dano à indústria doméstica e impossibilitando ou diminuindo sua produção (BARRAL, 2000, p. 46-50).

Referido autor, ao ensinar sobre a fundamentação dada pela doutrina para o surgimento e ocorrência da legislação antidumping, relata que parte dos autores brasileiros embasam tais medidas na defesa do princípio da livre concorrência, argumento com o qual não concorda.

Entende Barral (2000, p. 35-37) que críticas podem ser efetivadas quanto à possibilidade de que a defesa da livre concorrência fundamente a legislação antidumping. Em primeiro lugar, porque o propósito da legislação antitruste seria justamente a defesa da concorrência como valor jurídico, e seria no mínimo confuso duas legislações com o mesmo intuito. Explica que a norma antitruste é acionada essencialmente quando o agente possa dominar o mercado ou ameaçar a concorrência. Para a legislação antidumping, tal situação não é condição de aplicabilidade da medida, ainda que ocorra restrição à contenda entre os concorrentes.

Em segundo lugar, a livre concorrência nem sempre é totalmente assegurada através da legislação antidumping. Ao contrário, o efeito imediato é o da restrição à concorrência, já que reduz a capacidade competitiva das empresas estrangeiras, podendo inclusive levá-las a se retirar do mercado. Em terceiro lugar, a legislação antidumping não pune o dumping reverso², denotando pouca preocupação com a concorrência em si. Em outras palavras, inexistente previsão normativa, pelo menos na legislação antidumping, de penalização dos exportadores domésticos, com domínio do mercado, que discriminam entre preço doméstico e preço de exportação, para mercados competitivos.

Analisando esses argumentos, é possível visualizar hipóteses cuja aplicação de medidas antidumping, sobre produtos importados a preços menores que os nacionais, mesmo que sob a modalidade de dumping, e cujo preço do mesmo produto no mercado exportador seja superior ao produto que exporta, venha a conflitar contra os princípios constitucionais econômicos defendidos pela Constituição Federal de 1988. Por exemplo, em um primeiro momento, é interessante para o consumidor que produtos estrangeiros venham a concorrer a preços menores que os dos produtos nacionais. A aplicação de medidas antidumping não permitiria esta situação, já que vem em prol dos produtores nacionais concorrentes do produto importado a preço de dumping, e não do interesse dos consumidores. Além disso, produtos estrangeiros mais baratos forçam o produtor nacional a desenvolver novas técnicas para poder sobreviver à concorrência, o que é fundamental no mundo globalizado de hoje, situação esta em que a aplicação de medidas antidumping “premiaria” os produtores nacionais pouco competitivos.

Também se beneficiam de importações a preço de dumping os produtores nacionais que importam matéria-prima para oferecer produtos manufaturados mais baratos aos consumidores.

² Dumping reverso seria a venda de mercadoria a preço de exportação superior ao praticado pelo mesmo produto no mercado interno do país exportador. Por ser um fato corriqueiro no comércio internacional e não causar prejuízo algum, não se considera o dumping reverso uma conduta prejudicial.

A aplicação de medidas antidumping dificulta esta prática, privando o consumidor do acesso a produtos finais mais baratos. Finalmente, os direitos antidumping também podem vir a impedir que um eventual produtor estrangeiro tenha condições de oferecer seus produtos no país importador face a este encargo, o que prejudica a própria livre concorrência, no âmbito internacional e do mercado interno.

Tais situações podem levar a crer que os direitos antidumping não coadunam com a proteção da livre concorrência nacional. Porém existe uma situação, trazida por alguns doutrinadores que defendem a aplicação de medidas antidumping como forma de “conter o intuito predatório do produtor estrangeiro”, numa tentativa de supostamente defender o mercado interno, e conseqüentemente, a livre concorrência. É o chamado dumping predatório, praticado com o intuito realmente nocivo de eliminar os concorrentes nacionais para mais tarde aumentar os preços (BARROS, 2004, p. 18).

Por esta prática, entende-se que

a venda local abaixo do preço praticado alhures consistiria estratégia mercadológica para eliminar os concorrentes nacionais. Uma vez consolidada a conquista do mercado, importador, o produtor estrangeiro majoraria os preços, recuperando os prejuízos suportados e percebendo lucros monopolistas (BARRAL, 2000, p. 18).

Maria Carolina Mendonça de Barros, trazendo entendimento de Hoekam e Kostecki, explica que,

para que o dumping seja considerado pradatório, o exportador deve ser capaz de não apenas eliminar os concorrentes do mercado, mas também de impossibilitar a entrada de novos concorrentes a partir do momento em que passa a exercer o monopólio sobre aquele mercado. Com o dumping predatório, o consumidor seria beneficiado inicialmente pelos preços mais baixos, mas seria prejudicado mais tarde com o controle de mercado por um produtor e o conseqüente abuso nos aumentos do preço (BARROS, 2004, p. 18-19).

Fica então difícil não reconhecer que aplicar as medidas antidumping nesse caso não esteja em total consonância com a defesa do princípio da livre concorrência, e até mesmo da defesa da livre iniciativa e dos direitos dos consumidores, mesmo que, conforme entende Barral, não tenha sido a intenção do legislador fundamentar a existência da legislação antidumping na defesa destes valores.

Se a criação das medidas antidumping não se fundamentam na defesa da livre concorrência, não se pode afirmar que se mostram atentatórias a este princípio nem aos princípios a ele correlacionados, sob a ótica de uma análise sistêmica dos princípios constitucionais econômicos. O fato de o princípio da livre concorrência ter sido elevado a categoria de princípio constitucional permite que se reconheça sua maleabilidade em caso de conflito de situações. Para tanto, se faz necessário discorrer sobre o princípio sobre o qual se quer defender e inserir a aplicação da legislação antidumping num panorama de interpretação constitucional sistêmica.



4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Através do artigo 170 da Carta Magna, que rege os princípios gerais da atividade econômica, o legislador constituinte buscou uma forma que pudesse contemplar, explicitamente, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a seguridade da economia, de sorte que a tal dispositivo constitucional há de se conjugar o artigo 173, atentando-se para a submissão aos princípios consagrados de valorização da sociedade como conjunto que abriga, capital, trabalho e consumo, de forma harmônica, nestes termos: “Artigo 173- § 4º - a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Sendo a livre concorrência um direito de natureza difusa, todas as suas variações e desproteções ensejam brechas de desestabilização na economia, de sorte que o não zelo pela competitividade dentro do mercado econômico enseja uma economia fraca e repleta de vazões para o privilégio dos mais abastados. Daí a necessidade da Constituição voltar sua principiologia para fatores como esse, pois o seu resguardo acaba por ser a base de uma economia forte e soberana.

Há quem entenda que os agentes econômicos deveriam por si só cuidar do equilíbrio comercial na consecução da concorrência sadia, que beneficia o mercado consumidor dos produtos e serviços que esses mesmos agentes colocam no mercado, na busca de um círculo virtuosos capaz de beneficiar a todos e promover o crescimento do país.

No entanto, diante da voracidade do mercado e da individualidade dos agentes, características de um ambiente ideal para o surgimento de práticas de dumping predatório, é função do Estado regular a concorrência, inclusive a concorrência de produtos importados, pois, sendo o Estado um órgão neutro, preocupado apenas com a promoção do bem comum, interesse este que o legitima, deve reprimir os abusos do poder econômico, principalmente das empresas de grande porte. Esses abusos são, portanto, afastados pelo Estado por meio das normas e princípios do Direito Econômico.

Sobre o assunto, diz Calixto Salomão Filho (1998, p.19):

A idéia de regulamentação do poder econômico no mercado tem origem em uma premissa sócio-econômica fundamental: todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas.

Repelir o abuso de poder econômico, intervindo, mesmo que de forma mínima, no mercado, buscando a sua regulamentação, é função primordial do Estado. Há de se ressaltar que a Constituição Federal trás, no capítulo sobre a ordem econômica e financeira, a finalidade da ordem econômica, e por isso a necessidade da atuação estatal, que deve assegurar que o mercado e aqueles que nele atuam possam alcançar o fim aos quais foram destinados, corrigindo as distorções produzidas inclusive por práticas desleais de comércio, como o dumping predatório.

Sendo, portanto, a promoção da justiça social, por meio da garantia de uma existência digna a todos, o fim constitucional da ordem econômica, patente é a necessidade de uma intervenção estatal na consecução de uma concorrência sadia, sanando as imperfeições do mercado.

Essa necessidade intervencionista convive paralelamente com a liberdade de atuação no mercado, conferida pela Constituição Federal de 1988, que traz os princípios da livre iniciativa

e da livre concorrência, como norteadores da atividade econômica neoliberal, que tornam de fato mínima a atuação estatal na regulação da ordem econômica. Tais dispositivos constitucionais estão dispostos no artigo 170 da CF/88.

Os princípios da livre concorrência e defesa do consumidor, bem como o da livre iniciativa, constantes no artigo 170, são elevados à categoria de princípios constitucionais da ordem econômica pela sua importância e relevância na consecução de sua finalidade e também como expressão da ideologia neoliberal do capitalismo vigente. Assim, devem conviver em harmonia os agentes econômicos que atuam no mesmo nicho, o que, ressalta-se, justifica a atuação do Estado nas relações de mercado, que, no caso do dumping, deve agir no sentido de corrigir a distorção de preços livremente fixados pelo exportador, deliberadamente abaixo do valor de venda do mesmo produto no mercado interno daquele país, evidenciando o caráter relativo da liberdade de iniciativa conferida pela Constituição.

Isso porque, a princípio, colocam-se como incompatíveis a livre iniciativa e a livre concorrência, bem como a livre iniciativa e a defesa do consumidor, posto que uma atuação predatória por parte de qualquer agente no mercado, amparado pela liberdade em seu caráter absoluto, não permitiria a livre concorrência e tampouco beneficiaria esse consumidor.

No Estado Liberal, o mercado mostrou-se inapto à auto-regulação, diante da voracidade da classe burguesa, o panorama que se teve foi aquele no qual os agentes impediam o regular funcionamento de outros, que não tinham a mesma condição e, assim, o mesmo poder econômico, prejudicando a usuários dos serviços e compradores dos produtos postos a venda. Isto se deu não só em relação ao mercado interno, mas também em relação ao comércio praticado entre os países, originando situações de dumping.

Percebeu-se, então, o Estado intervencionista como instrumento de preservação da finalidade maior da ordem econômica. Tal intervenção não se dava como a praticada pelo Estado moderno absolutista, apenas visava limitar relativamente as liberdades para a consecução de um fim social maior, de bem estar daqueles tutelados pelo Estado.

Nas palavras de Sérgio Bruna Varella, “a transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Social, ou intervencionista, não significa o abandono do Capitalismo, apenas implica na modificação do método pelo qual se busca a finalidade maior da ordem econômica” (BRUNA, 1997, p. 133).

A finalidade maior buscada pela intervenção estatal consistiria na não permissão do uso indiscriminado e absoluto da propriedade, que deveria ter, portanto, uma função social. Houve a inclusão daquilo que se convencionou de justiça social, sendo que o acesso ao mercado continuava livre, mas não desmedidamente.

Tudo isso para justificar que os princípios da livre concorrência e do benefício do consumidor, assegurados no artigo 170 da Constituição Federal, podem ser vistos como o escopo da intervenção estatal na esfera da ordem econômica, no sentido de se limitar a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos, para que não haja abuso de poder econômico.

Os conceitos de livre iniciativa e livre concorrência estão intimamente ligados, posto que a ação predatória de um agente limita a atuação de outro. Em outras palavras, a ação danosa de um agente econômico, pautada e justificada pela livre iniciativa, inibe a atuação de um outro agente, o que não permite que se preserve a concorrência. A exportação de produto a preço de dumping, preço este artificialmente estabelecido pelo exportador, que o diferencia do preço de venda em seu país de origem, pode vir a lesar o concorrente nacional através da prática predatória, já que não terá condições de concorrer com o preço do produto importado, lesando assim a livre concorrência.



Assim, pode-se concluir que a proteção à livre iniciativa implica na proteção à livre concorrência. A livre iniciativa, da forma como é tida pela Constituição Federal de 1988, pressupõe a permanência dos agentes econômicos no mercado, o que se confunde com a livre concorrência. Nesse sentido, Sérgio Varella Bruna, afirma “que a adoção entre nós do princípio da livre iniciativa bastaria para ter-se também por constitucionalmente protegida a livre concorrência, que é seu corolário” (BRUNA, 1997, p. 135).

No que toca à tutela do consumidor, especificamente, há de se dizer que este é o grande beneficiado quando se fala em livre iniciativa aliada à livre concorrência, de sorte que a competição sadia entre os agentes econômicos é extremamente salutar à queda de preços e ao incremento de melhores condições de compra, além de proporcionar diversidade de escolha ao consumidor, que vai adquirir os produtos e fazer uso dos serviços que mais lhe aprouver. Quando faz expressa referência ao consumidor, e assim a seu benefício, trata a Constituição, na verdade, das relações de consumo, que consistem na relação jurídica que se forma entre fornecedor e consumidor, sendo, por isso, sensivelmente afetada com as relações de concorrência que se travam entre tais fornecedores, na qualidade de agentes econômicos.

Com efeito, a ocorrência do dumping predatório, se em um primeiro momento beneficia o consumidor, pela oferta de produtos importados a menor preço que os concorrentes nacionais, tal vantagem é efêmera, já que o dumping, em sua vertente predatória, tem o intuito de, após fazer sucumbir a concorrência local e dominar o mercado de forma monopolística, majorar os preços de forma a reaver o prejuízo inicial ocasionado pelos baixos preços praticados, lesando, assim, em um primeiro momento, os produtores concorrentes locais, em um segundo momento, os consumidores, e a economia nacional como um todo.

78

Dessa forma, no âmbito interno, se a Lei Antitruste cuidou de zelar pelo regramento do mercado no sentido de evitar suas disfunções, capazes de prejudicar o mercado interno, estabelecendo mecanismos hábeis para manter o equilíbrio dos agentes econômicos, visando o interesse econômico social disposto nos princípios do artigo 170 da CF/88, função semelhante tem a Legislação Antidumping, já que as medidas antidumping se aplicam com o fim de combater práticas desleais de comércio internacional, restabelecendo equilíbrio no mercado e preservando da indústria nacional. Porém é preciso efetuar uma interpretação proporcional de forma a conciliar o princípio constitucional da livre concorrência com as medidas antidumping, já que, conforme entendimento de Barral, a defesa da livre concorrência não é fundamento da legislação antidumping e de fato, a primeira vista, as medidas antidumping seriam um empecilho ao concorrente estrangeiro que deseja participar da competição no mercado e lançar seus produtos no país importador.

A interpretação proporcional possibilita a compreensão, em face dos princípios constitucionais econômicos, da aplicação de medidas antidumping, que por um lado, podem confrontar com a livre concorrência, a livre iniciativa ou até mesmo o interesse do consumidor, e, por outro, de forma aparentemente contraditória, defendam aqueles princípios, como no caso do combate ao dumping predatório e da defesa da indústria nacional.

5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sobre as características dos princípios, ao diferenciá-los das regras, ensina José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 167-168) que:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma “otimização”, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e



jurídicos, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de DWOR-KIN: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKY), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; (...) os princípios constituem “exigências de otimização”, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, a “lógica do tudo ou nada”) consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra “vale” (tem validade), deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos; (...) em caso de “conflito entre princípios”, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em primeira linha (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas “definitivas” sendo insustentável a “validade” simultânea de regras contraditórias; (...) os princípios suscitam problemas de “validade e peso” (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de “validade” (se elas não são corretas devem ser alteradas).

Após, Canotilho (1993, p. 168-170) assevera que “a existência de regras e princípios, tal como se acaba de expor, permite a descodificação, em termos de um “constitucionalismo adequado”, conforme Alexy, da estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios, o que permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema”.

Paulo Bonavides (2002, p. 245-246) trás o entendimento de Domenico Farias, que acrescenta:

caráter de fecundidade aos princípios, onde a forma jurídica mediante a qual referida fecundidade dos princípios se apresenta seriam as funções interpretativa e integrativa, pois o jurista, ao recorrer aos princípios, busca orientação na interpretação das leis de teor obscuro ou suprir-lhes o silêncio.

Essa natureza diferenciada dos princípios e regras, conforme Willis Santiago Guerra Filho, “suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada” (GUERRA FILHO, 2001, p. 151).

De acordo com Guerra Filho (2001, p. 151-153), baseando-se em Konrad Hesse e Canotilho, por estarem os “princípios em latente estado de colisão uns com os outros, requer o emprego dos princípios da “interpretação constitucional”, que assim devem ser observados: primeiro: “princípio da unidade da Constituição”, que determina que se observe a interdependência das diversas normas constitucionais, de modo que formem um sistema integrado, no qual cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até que se chegue a uma decisão fundamental do constituinte; segundo: “princípio do efeito integrador”, determinando que na solução de problemas jurídico-constitucionais, dê-se preferência à interpretação que mais favoreça a integração social, reforçando a unidade política; terceiro: “princípio da máxima efetividade”, determinando que na interpretação da norma constitucional, seja atribuída a ela a maior eficácia; quarto: “princípio da força normativa da Constituição”, que acusa a necessidade permanente de se proceder a atualização normativa da Constituição, garantindo,



assim, sua eficácia e permanência; quinto: “princípio da conformidade funcional”, ordenando a observação da repartição de funções entre os poderes estatais; sexto: “o princípio da interpretação conforme a Constituição”, que afasta interpretações contrárias a alguma das normas constitucionais, ainda que favoreça o cumprimento de outras delas; e sétimo: “princípio da concordância prática ou da harmonização”, através do qual se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo que, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício de outros.

Feitas essas considerações, Guerra Filho refere-se ter tocado agora o problema crucial de toda hermenêutica constitucional, que seria o “topos argumentativo da proporcionalidade” (GUERRA FILHO, 2001, p. 153), ou seja, a adoção do princípio da proporcionalidade.

Pensado inicialmente na seara do Direito Administrativo, como instrumento de controle das medidas sancionatórias estatais, e, mais tarde, construído pelo Tribunal Constitucional Alemão como efetivador dos direitos e garantias fundamentais, o princípio da proporcionalidade está resguardado no ordenamento constitucional brasileiro, pelo próprio perfil de Estado Democrático de Direito que a República brasileira assumiu e pelo objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Em sua dimensão de concordância prática entre os diversos bens tutelados constitucionalmente, tal princípio tem pertinência constitucional, haja vista o vastíssimo leque de direitos expresso no artigo 5º e de princípios contidos, por exemplo (no que interessa nesse trabalho) no artigo 170 relativo à ordem econômica, muitas vezes em aparente oposição, e que necessitam, cada um, de efetivação no plano jurídico pelo intérprete-aplicador do Direito.

O próprio artigo 5º, em seu parágrafo 2º, reconhece eficácia a outros direitos não explicitados na Constituição, que decorram do regime e dos princípios por ela adotados. O princípio da proporcionalidade é um deles já que, em suas dimensões de vedação ao excesso e concordância prática, constitui consequência inelutável do Estado Democrático de Direito.

Como exigência de vedação ao arbítrio, o princípio da proporcionalidade permeia as garantias fundamentais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da igualdade, dentre outras, em seus conteúdos materiais. No âmbito tributário, as limitações constitucionais ao poder de tributar relativas ao não confisco e a isonomia.

A adoção, pelo Estado, de políticas econômicas e medidas administrativas (como as medidas antidumping) ou legislativas no âmbito econômico deverá, sim, levar em conta os fundamentos e os princípios norteadores da ordem econômica explicitados no artigo 170, já citados.

A análise estatal acerca da consecução de alguns desses desideratos pode conduzir à escolha de determinada medida que imponha ônus aos agentes econômicos que não redirecionem suas atividades, em perfeita consonância com a Constituição.

É claro que, se uma intervenção estatal no domínio econômico assumir tal caráter restritivo, a limitação imposta terá, necessariamente, que passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade, em seus três aspectos (adequação, necessidade e proporcionalidade), instrumento essencial ao Estado Democrático de Direito e garantidor da efetivação dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados e da proibição do excesso das medidas estatais.

Sob a ótica do Direito Econômico, o Estado, para intervir no domínio econômico, deve fazê-lo no sentido de concretizar algum dos desideratos constitucionais que regem a ordem econômica. A finalidade proposta por qualquer medida estatal interventiva deve buscar a consecução de alguns dos princípios jurídicos do artigo 170. Tais princípios consubstanciam os instrumentos

normativos com que o Estado busca garantir a justiça social e a existência digna a todos.

No entanto, a fixação da finalidade não basta para validar determinada medida estatal. Como sabido, os princípios jurídicos, notadamente aqueles de matriz constitucional, são, por natureza, comandos normativos abertos, que apontam em diferentes direções, e cuja efetivação depende de um juízo de proporcionalidade operado pelo intérprete-aplicador diante das circunstâncias fáticas e jurídicas de um caso concreto.

Diante de uma medida estatal interventiva, por exemplo, pode-se afirmar, pelo menos em tese, que todos os princípios do ordenamento conspiram em alguma direção. A oposição entre alguns princípios, portanto, é inevitável, e o seu deslinde deve ser efetuado mediante a elaboração de um juízo de proporcionalidade. Essa operação visa a identificar, nessa ordem: i) quais são os princípios em choque; ii) como, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, cada princípio em jogo será atingido na hipótese de aplicação do outro. Desse modo, busca-se afastar a solução que, ao dirigir-se à consecução de determinado princípio, inviabilize a efetivação de algum outro princípio jurídico.

Nesse sentido, é que se entende o princípio da proporcionalidade como instrumento jurídico mediador entre os princípios jurídicos conflitantes, de forma a permitir uma concordância prática entre eles que otimize a sua efetivação no plano concreto. A medida estatal, portanto, será declarada válida constitucionalmente se o atendimento a determinado princípio preserve o núcleo essencial dos demais princípios do ordenamento, impondo-lhes limitação desproporcional.

Dentro da ordem econômica, determinada medida estatal interventiva haverá, inelutavelmente, que se respaldar em um motivo constitucional, na concretização de um determinado princípio elencado no artigo 170. Ademais, em virtude do leque de interesses protegidos pela Constituição, muitas vezes opostos, essa intervenção, por se balizar em um deles (a defesa da indústria nacional), não raro, restringirá o âmbito de eficácia de outro (a livre concorrência). Esse contraste é absolutamente normal dentro de uma ordem jurídica conformada por princípios como é a Constituição da República de 1988. No entanto, como decorrência inegável do Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade deve ser observado quando da adoção de medidas que promovam o embate entre os demais princípios, no sentido de possibilitar a efetivação máxima de cada um.

A limitação de algum dos princípios do artigo 170 da CF/88 deve ser, portanto, adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) em relação à consecução do princípio prestigiado pela medida estatal interventiva. Tomando-se a idéia central da proporcionalidade, as vantagens que derivem dessa intervenção devem superar o prejuízo acarretado pela restrição a algum outro princípio, juízo esse que estará a cargo tanto do legislador, quando da imposição de uma norma interventiva, quanto do juiz, na análise de um caso concreto e seus efeitos jurídicos e fáticos relacionados a essa norma.

Utilizando-se dessa visão interpretativa sistêmica, amparando-se no princípio da proporcionalidade, tratando-se de um sistema constitucional aberto, as medidas antidumping, não obstante o procedimento legal obrigatório a ser seguido para sua aplicação, mesmo com esse embate de valores constitucionais proporcionado pelas diversas possibilidades acima exemplificadas, verifica-se sua concordância com os princípios constitucionais econômicos da livre concorrência e os princípios econômicos a ele relacionados, sem incorrer em inconstitucionalidade, por mais que os princípios sejam conflitantes no caso de ocorrer a adoção dos direitos antidumping, pois os valores constitucionais defendidos, mesmo que em conflito com algum princípio, manterão preservado o núcleo essencial dos demais princípios do ordenamento, através de limitação imposta pelo princípio da proporcionalidade.



6 CONCLUSÃO

O Brasil, ao produzir legislação preocupada em combater a prática internacional do dumping comercial, se mostra integrado ao processo de globalização econômica, mostrando capacidade em reconhecer suas eventuais disfunções que podem vir a prejudicar a indústria nacional e meios hábeis para combatê-las, sem fugir das normas de processo de integração mundial comercial, mais especificamente, as normas do artigo VI do GATT 1994. Daí, o surgimento do Decreto 1.602/1995 regulamentou os procedimentos necessários para aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping da Rodada Uruguai do GATT, em conformidade com o disposto no Decreto Legislativo nº 30/1994, no Decreto nº 1.355/1994 e na Lei nº 9.019/1995).

Assim como as demais normas do ordenamento jurídico, a legislação antidumping é obrigada a observar os princípios constitucionais, sob pena de ter decretada sua inconstitucionalidade. Inobstante entendimentos no sentido de que o princípio da livre concorrência não é o motivo fundamentador da aplicação das medidas antidumping, é forçoso reconhecer que esse princípio não é desobedecido ou afrontado com a adoção destas medidas.

Os parâmetros encontrados no artigo 170 da Constituição Federal foram criados pela grande necessidade que se tem de embasar o sistema econômico de um país. Não há que se falar em economia sólida que não se sustente no princípio da livre concorrência, por exemplo.

A Constituição, ao assegurar o respeito à sociedade e a dignidade do homem, trouxe claramente os limites a serem observados. Tais limites são os princípios norteadores da economia, quais sejam, os acima citados. Esses princípios possuem elevada carga axiológica que revelam os anseios da sociedade, e possuem força suficiente para fazer valer os ideais do Estado Democrático de Direito, objetivo da Carta Constitucional de 1988.

É possível a ocorrência de casos em que a adoção dos direitos antidumping venham a entrar em conflito com os princípios constitucionais econômicos, porém, em outros momentos, esses valores são defendidos com a adoção dessas medidas. A característica de um sistema constitucional integrado aberto permite a adoção do princípio da proporcionalidade como instrumento jurídico mediador entre os princípios jurídicos conflitantes, de forma a permitir uma concordância prática entre eles que otimize a sua efetivação no plano concreto. A medida estatal, portanto, será declarada válida constitucionalmente se o atendimento a determinado princípio preserve o núcleo essencial dos demais princípios do ordenamento, impondo-lhes limitação desproporcional.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber Oliveira. Dumping e Comércio Internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Maria Carolina Mendonça de. Antidumping e protecionismo. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros, 2001 (Introdução e cap. 1 – p.7 a 49).

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. (capítulo 8 - p.255 a 295).

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 6 ed. rev., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

FILHO, Calixto Salomão, Direito concorrencial, as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da, Lei de proteção da concorrência – comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FONSECA, José Júlio Borges da, Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais. São Paulo: Atlas, 1997.

GRIECO, Francisco de Assis. O Brasil e o Nova Economia Global. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

GUEDES, Josefina Maria M. M., PINHEIRO, Silvia M. Anti-dumping, Subsídios e Medidas Compensatórias. 2 ed., São Paulo: Edições Aduaneiras, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da Ciência Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001.

JOHANNPETER, Guilherme. Antidumping: prática desleal no comércio internacional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NUNES, Vidal Serrano. Curso de Direito Tributário e Taxas Municipais. São Paulo: Editora Didática Brasil, 1998.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 3 ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIRES, Adilson Rodrigues. Práticas abusivas no comércio internacional. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha, Direito constitucional econômico, Estado e normalização da economia. Porto Alegre: 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7 ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1991.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Método, 2003.



ÉTICA AMBIENTAL CONSTRUÍDA A PARTIR DA EDUCAÇÃO

Ivan Martins Tristão¹

RESUMO

O trabalho analisa a questão ambiental sob uma perspectiva ética, que pode ser construída a partir da educação ambiental, regulamentada por normas jurídicas. Este meio é importante para a preservação do meio ambiente porque pode alterar o comportamento da ação humana e atingir as causas da sua degradação, e não apenas seus efeitos. Demonstra-se que a ética ambiental dá dar melhor efetividade ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Palavras-Chave: Meio Ambiente. Ética Ambiental. Educação Ambiental.

ABSTRACT

The work analyzes the ambient question under an ethical perspective, that can be constructed from the ambient education, regulated for rules of law. This way is important for the preservation of the environment because it can modify the behavior of the action human being and reach the causes of its degradation, and not only its effect. One demonstrates that to the ambient ethics of giving better effectiveness to the right to the environment ecologically balanced for the gifts and future generations.

Keywords: Environment. Ambient ethics. Ambient education.

84

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 NOÇÕES SOBRE ÉTICA. 3 ÉTICA AMBIENTAL. 4 EDUCAÇÃO AMBIENTAL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O uso desenfreado dos recursos naturais, ao longo dos anos, acarretou consequências graves para o planeta Terra. O equilíbrio ecológico foi afetado e pode ser facilmente assistido diariamente nas notícias veiculadas pela mídia, tendo como principal problema o aquecimento global e seus efeitos no meio ambiente. A discussão travada sobre este fenômeno se baseia em dois principais temas: se o planeta está realmente aquecendo ou se é apenas mais um ciclo de calor, como já existiu em outras épocas; e se o homem é realmente responsável por este aquecimento.

Refutando os argumentos mais céticos, a maioria dos cientistas diz que atualmente “não existe mais dúvida científica incontestável de que o planeta está aquecendo”, inclusive ressalta que não existe contestação séria ao fato de que isso vem ocorrendo em um ritmo elevado (FRANÇA, 2008, p. 94 a 108).

O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas², também conhecido mundialmente por sua sigla em inglês IPCC, divulgou em 2007 um relatório, afirmando, com 90% de

¹ Mestrando em Direito Negocial (UEL). Especialista em Direito Empresarial (UEL). Professor Universitário de Direito Ambiental e Urbanístico. Advogado.

² Órgão vinculado às Nações Unidas (ONU), criado em 1988 e composto por mais de 2.500 cientistas de todo o mundo.



certeza, que “os homens são sim os responsáveis pelas mudanças climáticas”. Por seus estudos, o IPCC foi premiado em 2007 com o Nobel da Paz, juntamente com o ex-vice-presidente dos Estados Unidos, “Al” Gore, por seu documentário *Uma Verdade Inconveniente*.

Nesse contexto, surge uma inquietante discussão sobre as reflexões éticas do homem em relação ao meio ambiente, uma vez que, conforme José Renato Nalini (2001, p. 22), “a ameaça ao ambiente é questão eminentemente ética. Depende de uma alteração de conduta.” Isso significa que a preservação do ambiente depende de uma compreensão ética do problema, de modo a influenciar o comportamento humano em prol da natureza.

O Brasil tem posição de vanguarda na criação de mecanismos de proteção à tutela coletiva (incluindo o meio ambiente), composto, por exemplo, pela Ação Civil Pública, Ação Popular e Mandado de Segurança Coletivo. Estas medidas são eficientes normalmente para combater os danos ambientais, ou seja, os “efeitos” da degradação ambiental.

Por certo que essas medidas judiciais podem ser utilizadas para evitar um dano ambiental, por exemplo, com a concessão de liminar para inibir a construção de um empreendimento com potencial significativo de poluição que não tenha sido feito o devido estudo prévio de impacto ambiental. Não obstante tais medidas, apesar de eficientes neste aspecto, não são suficientes para mudar comportamentos, sendo necessário analisar a causa do problema, notadamente a crise de valores da sociedade e a necessidade de apontar novos tipos de relações humanas. Neste sentido, é salutar a reflexão formulada por Édis Milaré ((2007, p. 136):

A questão ambiental, tal como está posta, evidencia sem rebuços que a crise ecológica não se restringe às condições naturais do Planeta: é uma crise de civilização e da própria sociedade, porque está associada a uma crise de valores e aponta para a necessidade de novos tipos de relações humanas.

85

A análise dos referidos problemas evidentemente é uma questão ética, que ainda precisa evoluir muito para atingir satisfatoriamente o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esta almejada evolução ética pode ser construída a partir da educação ambiental, tal como se propõe no presente estudo e será demonstrado na sequência.

2 NOÇÕES SOBRE ÉTICA

Para melhor compreensão da temática se faz necessário apresentar algumas noções propedêuticas sobre a ética, que sabidamente se refere ao campo do conhecimento do discurso epistêmico baseado em fundamentos racionais da moralidade; “onde se especula sobre a ação humana” (BITTAR, 2004, p. 3).

Eduardo Bittar (BITTAR, 2004, p. 4), ensina que a ação moral não corresponde a um único ato isolado, mas corresponde a uma ação que tenha “habitualidade comportamental”, a uma determinada forma de se conduzir a vida, ou seja, “uma única atitude não traduz a ética de uma pessoa, é mister a observação de seus diversos traços comportamentais.”

Dessa “ação humana” surgem várias questões envolvendo a ética, a moral e o direito, o que também torna essencial destacar que eles são, na realidade, sistemas independentes que se inter-relacionam entre si. Entre os pontos em que se relacionam deve-se distinguir, por exemplo, o entendimento de que “a moral é conteúdo da especulação ética, pois se trata do conjunto de hábitos e prescrições de uma sociedade” (BITTAR, 2004, p 10).

Com efeito, a moral tem como base o próprio comportamento social, seu costume



em determinada época, enquanto a “ética”, mediante a reflexão desse comportamento, “estabelece normas universais visando às melhores ações” (ALMEIDA, 2006, p. 17). O problema é saber quais são estas melhores ações. De qualquer forma, não se pode olvidar que as concepções éticas alteram-se de acordo com a axiologia de uma cultura e de determinado tempo (BITTAR, 2004, p. 21).

O Direito, por sua vez, tem um “papel ético” (BITTAR, 2004, p.32-33)³ e contribui para a definição das ações humanas e até mesmo para a preservação da ética estabelecida. A sociedade contemporânea é complexa e se transforma rapidamente em razão do “processo da globalização” (HERBAMAS, 2001, p.84), por isso é importante o auxílio de leis, que devem ser codificadas, pois o direito consuetudinário caminha em passos lentos e não atende tais necessidades (NADER, 2000, p.201).

E o homem pode e deve se valer das leis para construir uma sociedade ética, com base nos valores contemporâneos, pois, conforme observa David Schnaid (1998, p. 88), o Direito, numa visão global, é produzido “pelo homem PARA o homem, isto é, visando beneficiar-se desta instituição. [...] O que se afirma é que o Direito é um produto cultural, humano, para servir finalidades humanas.”

Miguel Reale (2001, p. 33), por seu turno, lembra que as leis éticas, normas éticas, não envolvem apenas um juízo de valor sobre os comportamentos humanos, uma vez que também resultam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade, o que é feito não de forma arbitrária, mas baseado em complexo processo de opções valorativas.

3 ÉTICA AMBIENTAL

No Brasil, a Constituição Federal de 1.988 foi a primeira a tratar especificamente do meio ambiente, conforme consta no “conjunto de normas” (SILVA, 2004, p. 52) contido no art. 225, bem como em diversos outros dispositivos dispersos (VIANNA, 2004, p. 31-37). A Constituição inaugurou um novo conjunto de preocupações éticas e, entre elas, se projeta o “princípio da ética ambiental”, cuja preocupação é delimitada por Bittar nos seguintes termos:

Uma ética ambiental e preservacionista, que reconhece o potencial genético do país, que visa a proteger e desenvolver os recursos naturais, a partir das próprias forças e meios nacionais, de modo a se poder valorizar o que o meio ambiente está apto a oferecer, sem degradação e desgaste excessivos, evitando-se o sério comprometimento dos recursos escassos e limitados da natureza (hídricos, minerais, vegetais, biológicos...), para as futuras gerações e como forma de garantia da auto-suficiente nacional (BITTAR, 2004, p. 126).

O meio ambiente, na expressão de Milaré, é uma “realidade complexa” (MILARÉ, 2000, p. 52), tanto que atualmente seu conceito aborda o meio ambiente natural/físico, artificial, cultural⁴ e do trabalho⁵. Dentro desta variedade o “direito ambiental” atua como um direito

³ “...o direito acaba por desempenhar um certo papel ético. Ainda que esse seu papel ético não se chama mínimo ético, o direito acaba desenvolvendo uma certa função social moralizadora das atitudes humanas na relação indivíduo/coletividade.”

⁴ “Meio ambiente, na visão moderna, vem sendo entendido não apenas como a natureza mas também como as modificações que o homem nela vem introduzindo. Assim, é possível classificar o meio ambiente em natural, que compreende a água, a flora, o ar, a fauna e cultural, que abrange as obras de arte, imóveis históricos, e seus, belas paisagens, enfim tudo o eu possa contribuir para o bem-estar e a felicidade do ser humano.” (g.n.) (FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 93).

⁵ VIANNA, op. cit., 2004, p. 23; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21.

sistematizador, articulando a legislação, a doutrina e a jurisprudência que integram o ambiente⁶.

A preservação do meio ambiente é um direito social, fundamental, de terceira geração⁷, que importa “na superação das relações meramente individuais, externando a máxima de uma vida social marcada pela solidariedade e integrada por um espírito de fraternidade⁸” (grifos nossos), ou seja, é um direito que materializa poderes de titularidade coletiva, atribuídos amplamente a todos, possuindo natureza transindividual.

Diz-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito intergeracional, pois seus destinatários são as presentes e futuras gerações, nos termos do art. 225, caput, CF. Por tudo isso que o constituinte consignou que a responsabilidade pela defesa de uma vida sadia é um direito e dever de todos, tanto dos cidadãos quanto do Poder Público.⁹

Conforme alinhavado anteriormente, o direito se alimenta da moral e convive com ela numa recíproca interação de envio-recebimento de conceitos e normas¹⁰, sendo possível, neste contexto, afirmar que o princípio jurídico da ética ambiental é um valor ético que deve ser observado pela sociedade. E como isso pode ser feito eticamente?

Nalini, estabelece alguns passos para o indivíduo se tornar um ambientalista ético: estudo permanente, participação, e vivenciar e disseminar a ética ambiental.¹¹ Dessa tríade é possível lembrar do princípio da participação-informação do direito ambiental, o qual foi enunciado na Conferência sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Rio/92, por meio do Princípio nº 10, com a seguinte redação:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito a compensação e reparação de danos.

87

Não é difícil inferir do referido princípio que para participar da preservação ambiental é necessário ter informação, a qual não se resume a ter acesso a documentos públicos relacionados ao meio ambiente, mas, sim, ter educação qualificada em matéria ambiental.

A educação ecológica é voltada para o conhecimento ético ambiental e propagação dos ideais voltados ao coletivo, com o fim de transmitir os valores ambientais. E é justamente com esta conscientização que se torna possível mudar comportamentos em prol do meio ambiente, de maneira que a preservação ambiental faça parte do dia-a-dia de todos.

Sem dúvida, chegou-se a hora de formar uma consciência ambiental ética, fulcrada em valores éticos, bondade e solidariedade, incidentes sobre a natureza¹², pois “apenas uma cultura

⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 129-130.

⁷ MORAES, Luís Carlos de. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 16.

⁸ VIANNA, op. cit., p. 43.

⁹ FREITAS, op. cit., 2002, p. 11.

¹⁰ “O direito se alimenta da moral, tem seu surgimento a partir da moral, e convive com a moral continuamente, enviando-lhe novos conceitos e normas, e recebendo novos conceitos e normas. A moral é, e deve sempre ser, o fim do direito” (BITTAR, op. cit., 2004, p. 32).

¹¹ NALINI, op. cit., 2001, *passim*.

¹² “Formar uma consciência ambiental ética, contudo, mostra-se como única alternativa para viabilizar a vida num planeta sujeito a tantas degradações. Uma ética ambiental que inverta a pretenciosa concepção de que a natureza é apenas meio e os objetos do homem o único fim. Mostra-se urgente a revitalização de valores éticos quais a bondade e a solidariedade, com incidência também sobre a natureza.” (NALINI, op. cit., 2001, P. XXV).



ambiental poderá coibir a reiteração de práticas lesivas hoje disseminadas e, pior ainda, toleradas.”¹³ Nesse ideário ganha relevo o Princípio da Ubiquidade, universalidade, defendido por Celso Antônio Pacheco Fiorillo em matéria ambiental:

Este princípio vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra etc. tiver que ser criada e desenvolvida. Isso porque, na medida em que possui como ponto cardeal de tutela constitucional a vida e a qualidade de vida, tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver deve antes passar por uma consulta ambiental, enfim, para saber se há ou não a possibilidade de que o meio ambiente seja degradado.¹⁴

Este princípio impõe que em todas as atividades, sejam elas públicas ou privadas, a variável ambiental deve ser levada em consideração, para, desta forma, evitar impactos negativos na natureza. O princípio está de acordo com a visão holística do meio ambiente e com o fundamento de que sua preservação de forma saudável deve e é tutelado como um valor universal.

Defende-se, assim, que seja propagado um ambientalismo como sendo uma ideologia ou uma visão de mundo, em que este paradigma ecológico esteja relacionado com tudo¹⁵, de modo a influenciar o comportamento da ação humana, com o objetivo de alcançar com efetividade o equilíbrio ecológico.

4 EDUCAÇÃO AMBIENTAL

88

A educação ambiental é um instrumento necessário para influenciar o comportamento da ação humana, de maneira que o citado ambientalismo ético faça parte do dia-a-dia de todos de forma espontânea e salutar. E esta educação pode e deve ser regulamentada pelo Direito, pois, como argumentado inicialmente, este tem um papel ético e contribui para a definição das ações humanas e preservação da ética estabelecida.

Em se tratando de normas, a Constituição estabelece no art. 205 que a educação é um “direito de todos e dever do Estado e da família”. A Carta Magna é ainda mais específica quanto ao meio ambiente ao prescrever no art. 225, § 1º, inc. VI, que para assegurar a efetividade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado incumbe ao Poder Público “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.”

Observa-se que a educação ambiental também é um princípio constitucional do direito ambiental.¹⁶ É valor inserido na Constituição que reflete bem a intenção do constituinte em propagar o conhecimento ambiental a todos. De outro norte, em matéria infraconstitucional, foi editada a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1.999, que assim define a educação ambiental em seu art. 1º:

Art. 1º. Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades,

¹³ NALINI, op. cit., 2001, p. XXIII.

¹⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

¹⁵ “O ambientalismo não é simplesmente um sentimento geral pelo ar puro, pelas espécies em extinção e pelas florestas tropicais. Nesse sentido minimalista, todos são ambientalistas. Em sua base, o ambientalismo é uma ideologia ou uma visão de mundo. Esse paradigma ecológico visualiza um mundo no qual tudo está relacionado com tudo, e, desse ponto de partida, se movem em direção a uma visão coerente do mundo legal [...]” (g.n.) (GRAVES, Michael S. apud NALINI, op. cit., p. XLVII).

¹⁶ Por exemplo, confira: SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. Planeta Terra: uma abordagem de direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 60.



atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

A lei tem relevante conteúdo ético, por traçar os comportamentos a serem adotados, conforme se verifica ao indicar os princípios básicos da educação ambiental nos incisos do seu art. 4º, a saber:

I - o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo; II - a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade; III - o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade; IV - a vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais; V - a garantia de continuidade e permanência do processo educativo; VI - a permanente avaliação crítica do processo educativo; VII - a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais; VIII - o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural.

A preocupação ética na lei é expressa, porque além de determinar que a educação ambiental seja desenvolvida como uma modalidade prática educativa integrada, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal, especifica que nos cursos de formação e especialização técnico-profissional, em todos os níveis, deve ser incorporado conteúdo que trata da ética ambiental das atividades profissionais a serem desenvolvidas (art. 10).

A educação ora defendida não se limita as grades curriculares, mas de forma que abranja diversas políticas públicas e manifestações da sociedade, até mesmo porque os especialistas no assunto, tal como Jacques Marcovitch, ressalta que “a educação, de modo mais amplo, e não apenas em nível universitário, assumirá um papel cada vez mais ativo na formação da consciência ambiental.”¹⁷

Por sua vez, a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e tem como objetivo geral a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, expressamente indica a educação ambiental como sendo um princípio do seu sistema (art. 2º, inc. X).

Essas normas são de suma importância para disseminação do conhecimento ecológico, pois, conforme já defendido alhures, a educação ambiental é um instrumento importante para mudar o comportamento da ação humana, é ela quem vai dar embasamento cultural para a população sobre as questões ambientais.

Ressalta-se que a educação ambiental é o ponto de partida para todas as demais preocupações ambientais. Por exemplo, atualmente muito se discute sobre a sustentabilidade, porém, como alcançar este fim sem o necessário conhecimento sobre os recursos naturais? Como analisar em que medida o capitalismo está prejudicando a natureza?

O progresso e a preservação não são ideais incompatíveis¹⁸, tanto que a Constituição consagra a defesa do meio ambiente como sendo um princípio a ser observado na ordem econômica e financeira (art. 170, inc. VI), ou seja, são valores que devem caminhar juntos. A sustentabilidade também é uma ideia ética¹⁹, o que se pretende afirmar é que para alcançar um padrão de compor-

¹⁷ MARCOVITCH, Jacques. Para Mudar o Futuro: mudanças climáticas, políticas públicas e estratégias empresariais. São Paulo: Edusp; Saraiva, 2006, p. 114.

¹⁸ NALINI, op. cit., 2001, p. 135.

¹⁹ NALINI, op. cit., 2001, p. 139.



tamento ecologicamente correto se faz necessário ter conhecimento sobre a ecologia, alcançável por uma educação ambiental qualificada.

Neste sentido, Marcelo Abelha Rodrigues argumenta:

É importante que se perceba a distinção entre o instrumento e o fim, justamente porque este último não fica restrito a ser obtido apenas por aquele mecanismo. Em outras palavras, procurando ser mais claro, pode-se dizer que a educação ambiental é mais um meio para se obter a consciência ecológica e um novo paradigma ético do homem em relação ao meio ambiente. Sem dúvida que o encontro desse novo paradigma ético do ser humano em relação ao meio ambiente culminará com o alcance de um desenvolvimento sustentado, enfim, uma harmonia na relação homem/natureza.²⁰

A educação ambiental tem caráter formador dos valores ambientais e da ética relacionada ao meio ambiente. É bem por isso que a legislação supracitada determinada que a temática ambiental é um componente que deve ser tratada em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal (art. 2º). A exigência não é que se tenha uma disciplina específica em todos os níveis, mas ao menos que o tema seja tratado de forma transversal.

Essa alfabetização ambiental é importante para dar conhecimento sobre os princípios básicos do meio ambiente e como viver adequadamente segundo suas orientações. Vale lembrar que a “a crise não é do ambiente. A crise é de valores. É uma crise ética”²¹, o que significa dizer que a reflexão é sobre o comportamento humano, que somente será modificado com educação qualificada sobre o meio ambiente.

90

O dever de promover a educação é tanto do Poder Público, que certamente tem o maior encargo de implantar políticas públicas, mas também é da coletividade, pois ambos são destinatários da norma prevista no art. 225 da Constituição. Neste aspecto, Alexandre de Moraes ao relacionar quais são as normas obrigatórias de atuação da Administração Pública e dos particulares, enumera o dever de: “promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.”²²

Sérgio Alves Gomes, ao defender o direito fundamental à educação como exigência democrática, sustenta que o cidadão deve ser participativo e consciente de suas responsabilidades para uma vida planetária sustentável, o que se conseguirá pela educação, exigido pelo conteúdo do ideário democrático:

Cidadão é o que participa ativamente dos destinos da sociedade em que vive. Ser cidadão em um mundo ‘globalizado’ não é mais como sê-lo na ‘polis’ fechada em seus muros. Há que se desenvolver uma consciência que envolva o conhecimento e os destinos do planeta em que se vive. Há que se desenvolver nas pessoas pelo menos uma noção básica das conexões e interdependência que existem não só entre elas mesmas, mas também entre estas e o complexo ambiente em que estão inseridas. Para isso só há uma solução básica: educar o ser humano para uma vida planetária sustentável. [...] A construção e vivência da democracia pressupõe a possibilidade de efetiva participação de todas as pessoas em prol dos valores que

²⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Instituições de Direito Ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 263.

²¹ NALINI, op. cit., 2001, p. XXIII.

²² MORAES, op. cit., 2005, p. 743-744.

compõem o conteúdo do ideário democrático. Isso somente se torna possível se a educação estiver ao alcance de todos.²³

O Estado Democrático de Direito tem como base o princípio da dignidade humana, cabendo a este promover a real efetividade dos direitos fundamentais, inclusive o ambiental.²⁴ E esta promoção somente se concretizará de forma eficiente e democrática com educação ambiental qualificada, de forma que, sendo melhor regulamentada pelo Direito, conseguirá fomentar a disseminação do conhecimento ecológico de maneira eficiente e, por conseguinte, influenciar na mudança de comportamento da ação humana em prol da natureza.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve arremate final, importa frisar que a consciência ambiental, que pode ser vista atualmente com o nome de ambientalismo, tem como norte a preocupação ambiental, que deve estar presente na vida de todos, de forma consciente e salutar. Esta consciência ecológica, que influencia o comportamento da ação humana nas suas relações com o meio ambiente, a ética ambiental, pode ser alterada e conquistada por meio de educação ambiental qualificada.

Portanto, sendo a ética um estudo da conduta ideal, no presente caso verifica-se que na questão ambiental a especulação ética corresponde à reflexão da ação humana voltada à natureza, dos valores observáveis na escolha ética, sendo a preservação do meio ambiente um comportamento ético que deve ser uma opção axiológica na orientação da conduta do ser humano em prol da geração atual e valor a ser mantido para as futuras gerações como acervo da humanidade²⁵.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. *Ética e Direito: uma perspectiva integrada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Ética Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANÇA, Ronaldo; SOARES, Ronaldo. O Planeta tem Pressa. *Revista Veja*, São Paulo, ed. 2059, ano 41, n. 18, p. 94-108, maio. 2008.

²³ GOMES, Sérgio Alves. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 51, abril-jun, 2005, p. 93.

²⁴ “O Estado Democrático de Direito é fórmula política que tem em sua base o princípio da dignidade humana e sustentá-lo e ao mesmo tempo a orientá-lo no exercício do poder. Cabe a este promover efetividade dos direitos fundamentais em todas as modalidades que se apresentam (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais). (g.n.) (GOMES, op. cit., p. 96).

²⁵ BITTAR, op. cit., 2004, p. 64.



FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Sérgio Alves. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 51, abril-jun, 2005.

HABERMAS, Jürgen. A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARCOVITCH, Jacques. Para Mudar o Futuro: mudanças climáticas, políticas públicas e estratégias empresariais. São Paulo: Edusp; Saraiva, 2006

MILARÉ, Edis. Direito Ambiental. São Paulo: RT, 2000.

_____. Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

MORAES, Luís Carlos de. Curso de Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2001.

92

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NALINI, José Renato. Ética Ambiental. Campinas: Millennium, 2001.

PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25. ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Instituições de Direito Ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SCHNAID, David. Filosofia do Direito e Interpretação. Londrina: UEL, 1998.

SÉGUIN, Elida; CARRERA, Francisco. Planeta Terra: uma abordagem de direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente: à luz do novo código civil. Curitiba: Juruá, 2004.



ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)

Jalile Varago Farth¹

RESUMO

O presente artigo objetiva tecer algumas considerações acerca do Regime Disciplinar Diferenciado, inserido no ordenamento brasileiro através da Resolução SAP nº. 26/2001 que, após ser transformada na Lei nº. 10.792/2003, alterou nossa Lei de Execuções Penais, gerando grandes discussões acerca de sua constitucionalidade, uma vez que, com o objetivo de satisfazer a opinião pública frente aos ataques de facções criminosas que vêm cada vez mais adquirindo força e adeptos adestrados, esta medida pouco se preocupa com garantias e direitos previstos na Carta Magna, conquistados ao longo de décadas de luta e evolução. Essa nova “solução” além de não ressocializar os condenados, acaba por transformá-los em loucos.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado. Legalidade. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present objective article to weave some considerations concerning the Regimen To discipline Differentiated, inserted in our order through the SAP Resolution nº. 26/2001 that, after to be transformed into the Law nº. 10.792/2003, modified our Law of Criminal Executions, generating great quarrels concerning its constitutionality a time that, about the objective to satisfy the public opinion front to the attacks of criminal factions that come each time more acquiring trained force and adepts, this measure little is worried about guarantees and rights foreseen in our Great Letter, conquered throughout decades of fight and evolution. This new “solution” beyond not socialized the convict, finishes for transforming them into insane people.

Keywords: Regimen to discipline Differentiated. Legality. Basic Rights. Human Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 SISTEMA PRISIONAL E A APLICAÇÃO DAS LEIS. 2.1 Lei de Execuções Penais e a Criação do RDD. 3 A EXPERIÊNCIA DAS PRISÕES DE SEGURANÇA MÁXIMA. 3.1 Presídios Federais Brasileiros. 4 DO DEBATE JURÍDICO EM TORNO DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO RDD. 4.1 RDD à Luz dos Direitos Humanos. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se propõe a analisar o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. Descreve o contexto histórico no qual surgiu, apresentando suas principais características e fazendo

¹ Bacharel, Graduado em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL.



um estudo de sua aplicação à luz dos Direitos Humanos, numa crítica ao atual sistema prisional brasileiro que, apesar de sua aparente evolução, continua violando princípios constitucionais e garantias fundamentais dos condenados já que as penas privativas de liberdade, somadas aos modelos de prisão, nunca foram a melhor maneira de punir e muito menos de ressocializar os infratores.

Com a evidente falência do sistema prisional brasileiro e com a total perda de seu controle por parte do Estado não restou outra alternativa senão a aprovação, por parte do Congresso Nacional e do Presidente da República, do Projeto de Lei nº. 5.073/2001 proposta pelo Governo Federal. Esse projeto se transformou na Lei nº. 10.792/03 que modificou alguns artigos da Lei de Execuções Penais e instituiu o temido RDD na tentativa de inibir e tratar com maior rigor presos considerados perigosos.

Atualmente a tendência do debate legislativo com relação à criminalidade é nitidamente pelo endurecimento de leis e normas processuais. Mas para muitos doutrinadores esta lei, como tantas no país, foi criada apenas para satisfação da opinião pública, em resposta à crescente violência urbana, ao aumento da criminalidade, da insegurança, das rebeliões e do poder que vêm adquirindo as facções criminosas dentro dos presídios brasileiros.

O presente artigo trata da divergência doutrinária que existe em relação a essa problemática. Alguns autores acreditam tratar-se de um regime constitucional e necessário, e acreditam na eficácia desse regime mais severo. Mas outros possuem uma reação contrária, dizendo tratar-se de um “Direito Penal do Inimigo”, que contraria todo o arcabouço do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que se refere ao Princípio da Dignidade Humana, à Humanidade das Penas e ao Princípio da Igualdade, pois sabe-se que aplicação do RDD, além de violar princípios constitucionais atinentes aos direitos humanos, provoca danos psicológicos irreversíveis decorrentes do isolamento do detento por tempo excessivo durante cumprimento do regime.

94

2 SISTEMA PRISIONAL E A APLICAÇÃO DAS LEIS

A partir do momento em que se formaram as sociedades, a segurança na comunidade deixa de ser algo inato ao indivíduo, deixa de ter uma concepção individualista e, em nome da paz social, passa a ser algo comum a todas as pessoas. É o que diz a concepção contratualista de Estado, que chamou para si a proteção dos bens jurídicos fundamentais e essenciais, e, em consequência disso, passou a ter o dever de obter a paz jurídica ou social, promovendo a segurança jurídica e o convívio dos indivíduos em meio ao aglomeramento humano. Diante disso, pode-se afirmar a existência de uma ordem de direito e de Estado “que restringe a liberdade de todos, mas ao mesmo tempo é legítima, pois atua em nome da própria liberdade” (MOURA, 2000, p. 354).

O encarceramento penal, desde a sua origem, visava, ao mesmo tempo, privar o delinquente de sua liberdade para que pudesse transformá-lo. A idéia do uso do tempo para medir o castigo sempre esteve ligada à igualdade, já que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira. Retirando a liberdade do condenado, a prisão traduzia a idéia de lesão não somente à vítima, mas a toda sociedade. Esse desafio de devolver aos condenados os hábitos de sociabilidade através da técnica do isolamento vem, ao longo dos anos no Brasil e no mundo, gerando intermináveis debates sobre os meios de se tornar eficaz a prisão.

Durante anos o Estado deixou de investir no sistema prisional acreditando que o problema carcerário estaria restrito às muralhas dos presídios. Tal omissão propiciou não só a falência das técnicas penitenciárias aplicadas no Brasil, mas trouxe também como consequência a perda do controle sobre a população carcerária e o crescimento de organizações de facções criminosas (PORTO, 2007, p. 59).



Registra Ricardo Brandle Filizzola (2008, p. 02) que o sistema prisional brasileiro foi, ao longo dos últimos anos, relegado pela administração e tratado com absoluto desprezo. Para ele,

não há respeito à imagem, à honra ou à integridade física dos presos. Não há oportunidade para trabalho ou estudo, únicos meios capazes de ressocializar o condenado que, uma vez cumprida a pena, retornará ao convívio social. Não há estímulo ao bom comportamento, já que independente deste – em muitos casos – a pena deverá ser cumprida em regime integralmente fechado.

E nesse contexto, de desrespeito e desmoralização perante toda a sociedade, que os detentos são facilmente arregimentados por facções criminosas que acabam propiciando privilégios e proteção para os presos dentro dos presídios bem como auxiliando até financeiramente seus familiares, que estão do lado de fora, ou seja, o crime organizado aproveitando-se do abandono e da desorganização, apenas passou a tomar conta do setor.

Na opinião de Luiz Flávio Gomes (2006, p. 03), apostar que a solução para o problema da violência seria a construção de presídios foi um equívoco, pois “a violência não diminuiu, e dentro dos presídios nasceram as organizações criminosas brasileiras, que facilmente corrompem seus agentes, extremamente mal remunerados”. Na sua concepção, os bandidos, nos presídios, não têm aprendido outra coisa senão novas e modernas técnicas para se converter num novo “soldado” das facções criminosas. “Hoje, ninguém mais se ilude com a idéia de ressocialização do preso, mas o que se espera é que o sistema prisional não o dessocialize, não o piore”.

Já para Luís Fernando Camargo de Barros Vidal (1993, p. 56), “a crise do Estado brasileiro, enquanto garantidor da liberdade e da segurança dos cidadãos, encontra nas mazelas do sistema penitenciário a mais aguda demonstração de sua ineficiência e do esgotamento de seu modelo de desenvolvimento”. Para ele, as políticas públicas “revelam-se cada vez mais inoperantes e incapazes de resolver as profundas desigualdades sociais, e assim de oferecer aos cidadãos garantias mínimas de proteção à liberdade e ao patrimônio”.

Nas palavras de Ângelo Roncalli de Ramos Barros (2003),

o crescimento da população carcerária, sem a necessária infra-estrutura, faz com que as prisões sejam rotuladas de sucursais do inferno, universidades do crime e depósitos de seres humanos. Portanto, o encarceramento puro e simples não produz nenhum efeito, pois não apresenta condições para a harmônica integração social do condenado, como preconizada na Lei de Execução Penal. Muitos não conseguem inserção no mercado de trabalho após o término da pena, por falta de preparo profissional e preconceito. Punir, encarcerar e vigiar não basta. É necessário que se conceda às pessoas de quem o Estado e a sociedade retiraram o direito à liberdade, os meios e formas de sobrevivência que lhes proporcionem as condições de que precisam para reabilitar-se moral e socialmente.

A maneira encontrada pela Secretaria do Estado da Administração Penitenciária para se restabelecer o comando de um sistema prisional corrupto e desgovernado foi a edição, em 4 de maio de 2001, da Resolução nº. 26, que instituiu o RDD, “um regime mais severo aplicável aos líderes e integrantes de facções criminosas, bem como aos presos cujo comportamento exija tratamento específico, a fim de assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional paulista”

(PORTO, 2007, p. 62).

2.1 Lei de Execuções Penais e a Criação do RDD

A Casa de Custódia de Taubaté, unidade de segurança máxima do estado de São Paulo, que resguardava presos de alta periculosidade e líderes de facções criminosas não havia registrado, desde sua inauguração, nenhuma fuga até que, em 18/12/2000, uma rebelião terminou com 9 mortos, dos quais 4 foram decapitados, além da destruição total de seu espaço físico. Tal rebelião já vinha sendo anunciada e era, inclusive, prevista no estatuto da facção criminosa do PCC. Após esse incidente, a Administração do presídio tomou diversas providências transferindo seus presos para o Centro de Detenção Provisória de Belém e para a Casa de Detenção e Penitenciária do Estado – hoje já extinta. Durante este período os problemas se intensificaram e os presos passaram a fazer justiça com suas próprias mãos (SOUZA, C. R., 2008, p. 10).

Reformada, em fevereiro de 2001, a Casa de Custódia teve de volta os dez de seus líderes que foram isolados em outras unidades prisionais. Em resposta a este endurecimento do regime, em 18/02/2001, outra grande rebelião eclodiu, agora envolvendo 25 unidades prisionais e 4 cadeias públicas do Estado de São Paulo. Em resposta ao surgimento dessas rebeliões, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo instalou, sob a argumentação da existência de quadrilhas organizadas no interior dos presídios, a Resolução SAP nº. 26, em 04.05.2001, instituindo, inicialmente em São Paulo, e posteriormente no Rio de Janeiro, com a Resolução nº. 008 de 07.03.2003, o RDD.

O Governo Federal, em face da necessidade de custodiar o preso Luís Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-Mar, e diante da violência e da força que adquiria o crime organizado dentro dos presídios, apresentou o Projeto de Lei nº. 5.073/01, que originou a Lei nº. 10.792/2003 alterando os artigos 52 a 54, 57, 58 e 60 da Lei nº. 7.210/82, nossa LEP, introduzindo o referido regime disciplinar.

Em 1º de dezembro de 2003, a Resolução SAP nº. 26, de 04.05.2001, transformada na Lei nº. 10.792/03 trouxe legitimidade nacional ao Regime Disciplinar Diferenciado, alterando também o art. 52 da LEP, que passou a conter a seguinte redação:

Art. 52, da LEP: a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado.

I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – recolhimento em cela individual;

III – visitas semanais de suas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participa-

ção, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (BRASIL, 2004, p. 334-335).

O RDD é caracterizado, em síntese, segundo Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 930), pelo seguinte: a) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição de sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; d) direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias.

Prevista como sanção disciplinar (art. 53, inciso V), a inclusão neste regime só será possível nas hipóteses de falta de natureza grave conforme o que diz o caput do art. 52, ou seja, nas hipóteses de cometimento de crimes dolosos e que ocasionem a subversão da ordem ou da disciplina do estabelecimento penal. Para os fatos que configurem apenas crime doloso e não provoquem a subversão da ordem e da disciplina e para os fatos que não configurem crime doloso, mas que ocasionem essa subversão, serão aplicáveis as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 53, quais sejam, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo (MIRABETE, 2004, p. 150).

Pela norma, estabelece-se que o RDD “poderá abrigar presos provisórios (aqueles ainda sem uma condenação definitiva) ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, bem como “o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”. Podem ser objeto de sujeição ao RDD todos os maiores de dezoito anos, privados legalmente da liberdade em razão de prática criminal (MOREIRA, 2006, p. 01).

Ainda em seu texto, a lei traz o chamado “RDD preventivo”, que permite à autoridade administrativa isolar o interno pelo prazo máximo de dez dias, devendo a autoridade judiciária ser comunicada e confirmar seu ato, computando-se esse tempo (detracção) em posterior caso de inclusão em regime disciplinar definitivo (SOUSA, 2007, p. 07).

Representando um marco na luta contra as organizações criminosas, o RDD “é um exemplo do que se poderia chamar de nova técnica corretiva, que leva em conta variáveis individuais dentro de um mesmo regime de cumprimento de pena”. Na prática foi, para muitos, uma vitória do Estado na luta contra o crime organizado que se concretizou com a inauguração, em 2 de fevereiro de 2002, do Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes em São Paulo, o primeiro presídio construído exclusivamente para este novo regime (PORTO, 2007, p. 71).

O resultado de sua aplicação no Brasil está se mostrando como uma das únicas medidas eficazes no combate às organizações criminosas que atuam dentro dos presídios. Pois durante os mais de cinco anos de funcionamento do RDD, implementado primeiramente no do Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, não houve nenhum registro de fugas nem de rebeliões ou mortes provocadas pelos detentos, nem de espancamentos ou maus tratos dos mesmos por parte da Administração, muito pelo contrário, os presos relatam que jamais haviam sido tratados pela Administração com tamanho respeito (PORTO, 2007, p. 65).

O Brasil enfrenta uma evidente crise em suas unidades prisionais por conta da incapacidade da Administração Pública em gerir o ambiente prisional. O ex-ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos apostou na certeza de que com a construção dos presídios federais haveria, além da disciplina, o cumprimento adequado da LEP, com a aplicação de um sistema de disciplina diferenciado, caracterizado pelo rigor, mas que respeita aos direitos humanos. Tudo isso com a finalidade de tornar esses presídios um exemplo, um modelo para o resto do País (SOUSA, 2007, p. 08).



3 A EXPERIÊNCIA DAS PRISÕES DE SEGURANÇA MÁXIMA

3.1 Presídios Federais Brasileiros

A criação dos presídios federais obedece a uma determinação já prevista na LEP (Lei nº 7.210/84) desde 1984, em seu artigo 86. O objetivo do sistema penitenciário federal é funcionar como uma espécie de estoque regulador para abrigar bandidos de alta periculosidade, que comprometam a segurança dos presídios, que possam ser vítimas de atentados ou que estejam em RDD, numa tentativa de ajudar os estados a desarticular o crime organizado no sistema prisional, dando-lhes condições de ressocializar os demais detentos (BRASIL, 2006c, p. 01).

A LEP autoriza que as penas privativas de liberdade sejam executadas em unidades diversas da federação em que seriam aplicadas, recolhendo, mediante decisão judicial, condenados com penas superiores a 15 anos e quando a justificção da medida for de interesse da segurança pública ou do próprio condenado. Objetiva-se que os presídios custodiam pessoas condenadas pela prática de crimes graves tanto da Justiça Estadual quanto da Federal, organizadamente preparados (COSTA, 2007, p. 01).

Ao todo já foram construídos 4 presídios federais de segurança máxima no país, em locais considerados estratégicos. Além das unidades de Catanduvas (Paraná), e de Campo Grande (Mato Grosso do Sul), também já foram inauguradas as unidades em Mossoró (Rio Grande do Norte) e em Porto Velho (Rondônia). O último deles seria construído no Espírito Santo em local que ainda não havia sido definido, mas, segundo o atual Ministro da Justiça, Tarso Genro, o quinto presídio federal de segurança máxima será erguido em Brasília (D'ELIA, 2008, p. 01).

Esses presídios têm cerca de 12,6 mil metros quadrados de área construída e capacidade para 208 presos em celas individuais, divididas em quatro módulos. As celas são divididas em celas normais e celas de RDD (isolamento), sendo que das 208 vagas, somente 12 ficam destinadas para este regime. Na cela, há cama, mesa com banco, vaso sanitário e lavatório, tudo de concreto. Celulares são bloqueados. O piso dos corredores e das celas tem placas de aço para evitar que os prisioneiros cavem túneis. O contato com o mundo exterior acontece durante as visitas, mas um vidro separa os detentos de parentes e advogados e a conversa acontece através de um fone. A infra-estrutura conta ainda com equipamentos de segurança de última geração, como aparelhos de raios-X e coleta de impressão digital, além de detectores de metais e espectrômetros. Os presídios são monitorado 24 horas por dia por cerca de 200 câmeras de vídeo, parte delas instaladas em locais secretos e envia imagens em tempo real para três centrais de monitoramento. Os Advogados, bem como os visitantes e funcionários são submetidos a todos os procedimentos de segurança antes de entrarem na unidade. Ao invés de muros, os presídios têm cercas metálicas com lâminas afiadas. São quatro guaritas para vigiar os pátios e, entre a porta de entrada e a cela, há 17 grades de ferro. Agentes penitenciários federais se revezam na vigilância interna e externa e a comunicação deles com os presos só é permitida em casos de extrema necessidade e são gravadas por microfones de lapela (BRASIL, 2006d, p. 4-5).

Quando chegam à Penitenciária, os detentos são identificados eletronicamente, têm seus pertences e roupas recolhidas, recebem um enxoval composto de lençóis, cobertor, agasalho (calça e jaqueta de moletom), touca, luvas, meias, sapatos, cuecas, objetos de uso pessoal, além de serem orientados a não falar sem ser perguntados. Para chegar ao local onde ficam as celas, eles têm que passar por 17 portões com grades, dois aparelhos de raios-X e cinco detectores de metal, além das diversas câmeras espalhadas pela Penitenciária que monitoram todos os movimentos, tanto dos detentos, quanto dos agentes que ali trabalham. Em Brasília, no DEPEN, existem equi-

pamentos que recebem as imagens diretamente de Catanduvas.

Os presídios federais servem justamente para abrigar presos que possuam pena superior a quinze anos, de alta periculosidade, envolvidos com tráfico internacional, que representam perigo real e concreto para toda sociedade, envolvidos com crime organizado, os quais devem ser cuidados pelo governo federal. Os recursos para construção e manutenção dos presídios vêm do Fundo Penitenciário Nacional, instituído pela Lei Complementar 79/1994. Ele é constituído, entre outras origens, por 3% da arrecadação das loterias (BASTOS, 2006, p. 01).

Para alguns especialistas, a solidão das celas individuais é um poderoso remédio contra presos valentes. Mas, na medida em que esse foi o único remédio encontrado pelo Estado para neutralizar a atividade criminosa, este acabou abrindo margem para a violação de direitos humanos e princípios constitucionais, que pode tomar, sob a máscara da legalidade, a face da arbitrariedade dos calabouços medievais.

4 DO DEBATE JURÍDICO EM TORNO DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO RDD

A entrada em vigor da Lei nº. 10.792/03 produziu uma importante reação doutrinária contrária em razão das importantes violações que ela supõe às garantias fundamentais.

Previsto no art. 53 da LEP e regulado na subseção denominada “Das Faltas Disciplinares”, o RDD constitui a princípio, a mais nova e grave modalidade de sanção disciplinar, estando ao lado do isolamento na própria cela ou em local adequado, da suspensão ou restrição de direitos, da repreensão e da advertência verbal.

Diante da norma verifica-se que, ao optar por um RDD que tem natureza de sanção disciplinar, caberia ao legislador definir o rol de faltas aptas a ensejar esse tratamento diferenciado, extremamente gravoso. Na opinião de Fábio Galindo Silvestre (2004, p. 01) “emergem do texto legal as principais características do RDD, as quais, como não poderia deixar de acontecer, deixam lacunas abertas à interpretação doutrinária e jurisprudencial”.

Nas lições dos doutrinadores Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira (2007, p. 27):

Após a publicação da lei, o Judiciário fica solitário na missão de interpretar as normas, sem afrontar a Constituição Federal/88, porém, como bode expiatório das mazelas por ele não criadas. Se decide pela inconstitucionalidade de determinados artigos, recebe da imprensa as críticas severas de estar protegendo bandidos perigosos. Se decide pela constitucionalidade de normas inconstitucionais, atende a imprensa, acalma a fúria social, mas quebra o seu juramento de justiça e essência do Poder. Perde autonomia, se enfraquece e pior, cria a falsa impressão que o problema de segurança pública foi resolvido.

Roberto Delmanto (2006, p. 05), a seu turno, preleciona que

a sociedade brasileira, entre aturdida e perplexa, pensa que o direito penal e processual penal, com leis mais severas, como a dos crimes hediondos, lhe trará a sonhada segurança. Ledo engano, pois só a diminuição do nosso enorme desnível social, a contínua luta pela erradicação dos bolsões de miséria, e o investimento na infância e na juventude nos darão um futuro melhor. Todavia, ao invés de leis penais e processual-penais mais inteligentes, editamos leis mais rigorosas.



O surgimento desse novo instituto é criticado por parte da doutrina, que o considerou inconstitucional, com os seguintes argumentos: a) representa imposição de pena cruel (CF, art. 5º, XLVII); b) viola a integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX); c) submete o preso a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III); d) viola o princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX), por não estar previsto no CP; e) viola a garantia da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI); f) a garantia da proporcionalidade, pois a duração da penalidade é maior do que a de dispositivos do Código Penal, como no caso de crime de lesões corporais; g) a garantia da vedação de prisão administrativa (CF, art. 5º, LXI).

É sabido que, no Estado de Direito Democrático e Social, a pena cumpre dois papéis: retribuir o mal causado pela prática do crime e ressocializar o agente, readaptando-o à vida social, por meio de serviços e oportunidades colocados à sua disposição. Seguindo essa diretriz, a LEP, no seu artigo 1º, estabeleceu como orientação primordial no cumprimento da pena o oferecimento de “condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Ademais, o artigo 5º, item 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que “as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. No entanto, adverte Carmem Silva de Moraes Barros (2007, p. 01) que a efetivação do RDD anula qualquer possibilidade de ressocialização do preso, além de potencializar o efeito da prisionalização, já que “quanto mais afastado se mantiver o condenado do convívio social, maior será seu envolvimento com a cultura do cárcere e sua dessocialização”. Esse mesmo aspecto foi lembrado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que classificou o RDD como sendo exemplo de vingança privada pelo ente público, no qual não há contribuição para que o sentenciado retorne à sociedade de forma produtiva e harmônica.

Portanto torna-se imprescindível vincular a vigência do RDD aos preceitos constitucionais que abordam os direitos. Além do que, a própria pena restritiva de liberdade já é uma desumanidade por não apresentar efeitos práticos em relação ao infrator, bem como em relação à comunidade. Não é se desrespeitando os direitos de dignidade humana e sua integridade física ou psicológica que se terá o resultado almejado: a correção de quem cometeu o delito. A justiça atrelada ao simbolismo de uma falácia de segurança pública acaba por não cumprir sua obrigação de praticar nada mais nada menos do que a justiça.

4.1 RDD à Luz dos Direitos Humanos

Por volta da década de 90 no Brasil ingressa na ânsia de punir com gana de satisfazer a sensação de segurança, numa nova modalidade de enfretamento dos problemas sociais, por meio do aumento das penas e do recrudescimento do controle e da disciplina durante o seu cumprimento.

Os defensores do endurecimento das punições e principalmente os adeptos ao RDD apontam, além de sua legalidade, para a sua necessidade social, como medida inibidora e punitiva da prática delituosa, principal finalidade e argumentam que a pena no Brasil vem sendo substituída, com enorme prejuízo para a segurança pública, por penas cada vez mais brandas e muitas vezes os juízes substituem a pena de privação de liberdade por restrição de direitos, reflexo do direito penal mínimo. Alegam que a finalidade dessa sanção é legítima, já que busca o absoluto isolamento dos presos provisórios ou condenados que apresentam alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Acrescentam que a permanência de certos presos junto com os demais é algo extremamente prejudicial ao sistema carcerário, já que alguns detentos são líderes violentos e sanguinários, perigosos. Assim, o isolamento celular e o afastamento dessa

“categoria” de presos seria algo necessário.

A liberdade, e por consequência a sua privação, é o mais caro de todos os bens a que pretende o Estado moderno garantir. A liberdade não é apenas ir e vir. Liberdade implica no direito de estar só, coisa praticamente impossível em qualquer presídio. Liberdade implica no direito às práticas sexuais segundo a vontade própria do ser humano, atividade sobremaneira dificultada nos presídios; no direito à escolha de pessoas com as quais deseja se relacionar, atividade difícil de se imaginar no sistema carcerário; no direito de trabalhar como quiser e como que gosta ou mesmo de não trabalhar; no direito de sentir fome a qualquer tempo e escolher o alimento do agrado; no direito à comunicação; no direito a higiene; no direito à fé e em crenças religiosas diversas. O preso, com maior ou menor intensidade, justificada ou injustificadamente, é tolhido consideravelmente da liberdade de usufruir de tais direitos (VIDAL, 1993, p. 56-59).

Contrário a esse regime, Leandro de Oliveira Barboza (2004, p. 01) diz ser o RDD incompatível com o Estado Democrático de Direito e com os Direitos e Garantias Fundamentais consagrados na Constituição Federal/88, nos Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque e de Direitos Humanos de São José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário. Preconiza o autor que,

com o novo diploma legal, a preocupação maior do legislador certamente não foi a de respeitar as normas constitucionais e solucionar a crise de segurança no país, mas sim a de minimizar o clamor público contrário à violência, manipulado e estimulado pelos meios de comunicação. E assim procedendo, colidiu o legislador frontalmente com inúmeros direitos fundamentais, subvertendo e contrastando os princípios humanizantes de política penal e penitenciária consagrados na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil e materializados nos dispositivos da LEP, contaminando a referida norma com inúmeros vícios de inconstitucionalidade.

101

Norteador do Estado Democrático de Direito, que ilumina e contorna todo o ordenamento constitucional, o princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da Carta Magna de 1988, com assento no art. 5º, § 2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), bem como no art. 10, § 1º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque, assegura a todos, sem distinção, em qualquer situação que a pessoa se encontre, o tratamento humano e os direitos essenciais para o livre desenvolvimento do ser, da formação de seu caráter e da sua personalidade.

Nesse sentido, ao instituir um isolamento em “cela surda” pelo período de trezentos e sessenta dias, o RDD agride a dignidade da pessoa humana na medida em que, além de impor ao preso castigo físico e mental que destrói por completo a sua personalidade, o seu caráter e sua vida, o regime, por ser um instrumento que sacrifica fisicamente e mentalmente o encarcerado, produz efeitos psicológicos e psiquiátricos prejudiciais e irreversíveis, e que em nada contribuirão para a recuperação dos condenados.

Ainda nos termos do referido autor, O RDD mostra-se também ofensivo aos princípios assegurados nos arts. 5º III da Constituição Federal/88, 7º do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de Nova Iorque e 5º, § 2º do Pacto San José da Costa Rica, que proíbe a submissão à tortura, ao tratamento desumano e degradante, já que sua aplicação constitui um “sofrimento desmedido e atentatório da integridade física e moral dos presos”, fazendo sucumbir ainda o princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII da CF/88), visto que o caráter exclusivamente retributivo deste



castigo denuncia a sua crueldade, como exercício puro e simples da vingança estatal e social.

O princípio da humanidade decorre de postulados antigos que desembocaram na Declaração Universal dos Direitos do Homem onde ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos também dispõe que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa, privada da sua liberdade deve ser tratada com respeito, devido à dignidade inerente ao ser humano e o RDD, e todo o seu endurecimento, se opõem ao princípio humanizador das penas (CUNHA, 2006).

Além disso, para o Direito Penal, punir novamente um sujeito que já foi sentenciado se chama *bis in idem* e é vedado no ordenamento brasileiro. Portanto, uma vez que o indivíduo é apenas suspeito de participar ou de estar envolvido em organização criminosa, quadrilha ou bando, ou, ainda, se comete falta grave descrita na norma como fato típico, deve-se comunicar à autoridade policial competente, que irá instaurar inquérito policial para haja a devida averiguação da veracidade dos fatos (SOUSA, 2007, p. 10).

A previsão de inclusão do preso provisório no RDD também fere de constitucionalidade por ofender ao princípio da presunção de inocência, posto que o cometimento de um delito não pode gerar punição antecipada sem que haja condenação com trânsito em julgado. E o RDD preventivo permite que o interno possa ser isolado pelo prazo máximo de dez dias por determinação do diretor do estabelecimento enquanto aguarda o despacho do juiz de execuções, ou seja, com a posterior comprovação de inocência daquela acusação, o preso já teria sido castigado. Por sua gravidade e pelo nível de constrangimento que implica ao bem jurídico liberdade, o RDD somente poderia ser aplicado com a existência de provas inequívocas relacionadas a um fato concreto praticado dentro do presídio (SILVA, 2007, p. 06).

E o mesmo ocorre com o princípio da individualização da execução penal, que resta comprometido pela incompatibilidade do regime com os ditames legais do art. 5º e seguintes da LEP, que impõem a classificação do condenado tomando por base os antecedentes e a personalidade para adequada orientação visando o seu retorno ao convívio social extramuros.

Outrossim, a lei que institui o RDD não prevê o que seriam “fundadas suspeitas”, nem define “organizações criminosas”, muito menos quais seriam os tipos de envolvimento ou participação apenadas com tal sanção. Como se sabe, não há no Brasil uma lei que traga tal definição, ferindo-se, deste modo, o princípio da legalidade. Para a aplicação de tal sanção a lei teria de ser precisa em suas definições, não podendo ser ampla e imprecisa, porque assim gera uma grande insegurança jurídica dando margem a injustiças e perseguições dos mais diversos tipos (SOUSA, 2007, p. 06).

Por fim, outro argumento que corrobora a refutação à adoção do RDD é que ele pode ser considerado um reflexo do “Direito Penal do Inimigo”. Essa teoria, desenvolvida pelo penalista germânico Günter Jakobs, defende a divisão da sociedade em dois grupos: o grupo dos cidadãos e o grupo dos inimigos, sendo inimigo aquele que por conta de seu comportamento, profissão ou afiliação a determinada organização se afastou de modo permanente do Direito, vivendo em constante guerra contra o Estado, a exemplo dos terroristas, autores de delitos sexuais e delinquentes organizados. Com isso, o Estado deixa de ter obrigações em relação a estes “inimigos” deixando de assegurar-lhes garantias constitucionais por não serem considerados sujeitos de direito, e sim um objeto de coação, dando direito ao Estado de não tratar estes indivíduos perigosos como pessoas (COSATE, 2007, p. 13).

Na opinião de Elisa Maria Pinto de Sousa (2007, p. 15), o que está acontecendo no ordenamento jurídico é que legislador ao invés de se utilizar do chamado direito penal do fato, o

qual foi adotado pelo Código Criminal, tem-se utilizado do “direito penal do autor”, razão pela qual afronta ao princípio da individualização da pena, punindo não o fato, mas sim o autor, punindo-se o indivíduo e não a sua conduta.

Ao analisar esse tema, Bruno Seligman Menezes (apud COSATE, 2006, p. 19) comenta que ao erigir o apenado como inimigo

o Estado “vinga” a sociedade de todos os problemas relacionados à criminalidade, segurança pública, inculcando nela — sociedade — um falso sentimento de segurança. (...) O que se está pretendendo fazer, desde a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado é colocar o preso como inimigo da sociedade. Assim, um Estado ausente na sua função de Estado-provedor se faz presente na função de Estado-ditador, Estado-tirano, Estado-autoritário, e restringe direitos e garantias constitucionais, porque não tem competência, ou vontade política, de desenvolver uma política de inclusão social, que busque assegurar ao preso a ressocialização, não dentro das masmorras, mas fora delas, assegurando-lhe um emprego, uma remuneração digna, assistência social, psicológica. Entretanto, política desta natureza não é de fácil implementação, não traz retorno eleitoral imediato. É necessário semear hoje para colher em dez, quinze anos.

Poderia o legislador ter adotado outro meio que não o RDD, para conter a criminalidade dentro dos presídios, uma solução que, na opinião de Barboza, “não institucionalizasse a desgraça, a desesperança, o terror individual, uma alternativa que não ferisse a Constituição e o conteúdo das leis”. Mas o legislador, levado pela onda repressiva da lei optou mais uma vez pela solução do recrudescimento do tratamento penal, tornando o sistema penitenciário ainda mais injusto e desumano, terreno fértil para a arbitrariedade e para a ilegalidade.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes (2006), “o plus que se pretende agregar ao falido sistema prisional brasileiro consiste em transformá-lo em máquina de fabricar loucos. Nossos presídios já fabricam organizações criminosas (PCC, CV etc., todas nascidas dentro deles). Agora querem que deles saiam alguns loucos”.

Há muito o Poder Público perdeu o controle do que ocorre no interior do sistema carcerário, mas, para Roberto Delmanto (2004, p. 05), este não é o caminho para recuperar tal controle. A pena, “além de ser retributiva e intimidativa, há de ter, primordialmente, um caráter reeducativo, de tentativa, ao menos, de regeneração”. Para ele, “manter alguém em solitária por 360 ou 720 dias, ou por até um sexto da pena — o que, na hipótese de um homicídio qualificado apenado com pena mínima, poderia chegar a quatro anos — será, certamente, transformá-lo em um verdadeiro animal, um doente mental ou alguém muito pior do que já era”.

É ilusório acreditar que o problema da violência criminal será resolvido por meio da promulgação de leis penais cada vez mais severas e autoritárias, a exemplo do RDD, que desrespeita os direitos e garantias constitucionais. Delmanto (2006, p. 5) acredita que só “a diminuição do nosso enorme desnível social, a contínua luta pela erradicação dos bolsões de miséria, e o investimento na infância e na juventude nos darão um futuro melhor”. Para ele, o “combate ao crime organizado só será eficaz com maciços investimentos sociais e em infraestrutura”.

O idealizador desse regime prisional certamente encontrou inspiração nas masmorras medievais, enfatizando os aspectos retributivos e aflitivos da pena, sem se preocupar em proporcionar meios de reeducação e de reinserção social do condenado. O Direito, sobretudo, tem o papel maior de consolidar as conquistas do homem, razão pela qual não se pode admitir, “a pretexto de



restabelecer a paz e a tranqüilidade social, o uso da lei penal para simples aplicação de sentimentos de paga, de vingança, de desforra”. O simples endurecimento da lei penal favorece apenas o crescimento da multidão de seres humanos desesperançados que encontram nas organizações criminosas seu único amparo (FILIZZOLA, 2008, p. 02).

A responsabilidade histórica por esse retrocesso na execução penal e por essas violações de direitos individuais, garantidos pela constituição, será do Congresso Nacional que aprovou a nova lei e do Presidente da República que, podendo e devendo, deixou de vetá-la.

5 CONCLUSÃO

Frentes aos constantes ataques praticados pelo PCC, o Estado de São Paulo se viu diante de um total descontrole do sistema prisional, consequência de anos de descaso e falta de investimentos por parte do Poder Público. Um verdadeiro abandono que não poderia terminar de outra maneira: na rebelião dos detentos e no crescimento, cada vez mais constante, do poder das organizações criminosas, última esperança a estes delinquentes.

A sociedade, a cada agressão sofrida, passa a defender como forma de proteção e saída para a redução da criminalidade normas de punição cada vez mais severas, num senso comum de que o preso, dentro do estabelecimento prisional, deve sofrer além do limite definido pela justiça para pagar o crime cometido, conseguindo assim o êxito da vingança, respondendo à violência com mais e mais violência.

O regime disciplinar surge, então, numa tentativa de amenizar a sensação e insegurança pública da sociedade. O Regime Disciplinar Diferenciado nada mais é do que uma ferramenta de controle social, uma maneira de disciplinar os internos de um estabelecimento penal. Sua finalidade é combater a criminalidade, punindo os que supostamente sejam integrantes de facções criminosas, ou aqueles que apresentem alto risco para a sociedade ou para o próprio cárcere e também aqueles presos que cometam, dentro da prisão, falta grave tida como crime doloso.

Os legisladores, por sua vez, em momento algum, durante a elaboração da Resolução SAP 26/2001 e da Lei 10.792/2003, se preocuparam com o texto constitucional, introduzindo no ordenamento jurídico um regime que claramente viola princípios basilares de nossa Carta Magna, afrontando os princípios da dignidade da pessoa humana, uma vez que submete o preso em RDD a um isolamento de 360 dias em uma cela individual, sem assistência religiosa ou educacional, privando-o do contato com seus familiares, implicando a duração excessiva do isolamento numa violação à proibição de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes já que não existem garantias para a saúde mental do preso. Além disso, a falta de tipificação clara das condutas, bem como a carência de correlação entre a suposta falta disciplinar praticada e a punição decorrente, fere os princípios da legalidade e da tipicidade em matéria penal ao admitir a aplicação de rígida punição sem que haja um comportamento típico delineado, consentindo a remoção arbitrária de presos ao isolamento, não por terem cometido infração disciplinar, mas por supostamente pertencerem a organizações criminosas.

Reflexo de um Estado que não consegue se organizar para combater a criminalidade, o RDD em nada tem a ver com o escopo das sanções disciplinares, de caráter pontual e limitado a uma conduta específica, revelando-se numa tentativa de criar um regime de cumprimento de pena mais severo que o permitido pela legislação, de caráter cruel e desumano, violador da Constituição Federal e do sistema internacional de direitos humanos. Trata-se de um regime “fechadíssimo”, que fere toda a estrutura de um Estado Democrático de Direito, se transformando num verdadeiro Direito Penal do Inimigo, inimigo este criado pela própria sociedade. A adoção deste regime rep-

resenta o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e inimigos.

O Estado tem o indeclinável dever de elaborar e executar políticas públicas que diminuam o sofrimento das pessoas condenadas, reduzindo os efeitos criminógenos das prisões e oportunizando os recursos necessários para que, ao obter a liberdade, os detentos estejam motivados e em condições de viver como cidadãos, pois antes da condição de criminosos os presos, face ao princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser tratados como pessoa humana.

Para isso é preciso definir uma nova arquitetura para as prisões que harmonize a necessidade da custódia e da segurança, com o indispensável tratamento penal voltado para a reintegração social das pessoas presas; instituir novos conceitos de gestão penitenciária baseado no conhecimento e competência; agregar tecnologias tanto nas estruturas físicas das prisões quanto no trabalho dos funcionários penitenciários, buscando melhorar a eficácia; estabelecer mecanismos mais eficazes de participação e controle da sociedade no apoio à execução penal; regionalizar, em cada Estado, o sistema penitenciário de forma que nas microrregiões seja possível o cumprimento da pena, principalmente, nos regimes fechado e semi-aberto evitando, assim, que o preso de uma determinada região seja transferido para cumprir pena em outra região. Esse procedimento evitará, também, que presos de menor grau de periculosidade convivam com outros de maior periculosidade. Outra questão importante nessa proposição refere-se a migração das famílias para o local de cumprimento de pena do seu ente familiar com impacto no agravamento dos problemas urbanos e sociais como a invasão de áreas urbanas, favelas, aumento do desemprego, da miséria, etc.

Se a vida é o mais importante bem jurídico da pessoa individualmente considerada e a segurança pública é o bem mais valioso de uma sociedade, na medida em que somente uma coletividade que dispõe de proteção pode garantir o gozo dos direitos fundamentais e individuais dos cidadãos que dela façam parte, de nada adianta ter declarados direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade, se não existem regras de segurança social que permitam o exercício de tais direitos, iguais para todos.

Pensando no futuro, acreditando no desenvolvimento social do País e na aplicação plena da Lei de Execuções Penais, têm-se que um condenado que, desde o seu ingresso no sistema prisional tenha seus direitos respeitados, como acesso à educação, trabalho, tratamento médico, odontológico, psicológico, assistência jurídica, religiosa e familiar, após o cumprimento da pena, retornará ao seio social com a nítida idéia de gravidade do crime praticado e o quanto é prejudicial a vida do crime, como também, após regenerado, retornará ao convívio social com outros valores introjetados, adaptando-se à coletividade, principal finalidade da pena. Ao mesmo tempo, a sociedade confiará mais na Justiça e no efeito prático da punição, bem como os pretensos criminosos terão seus ânimos arrefecidos ante a exemplaridade da punição. Assim, ter-se-á o sistema penal ideal.

REFERÊNCIAS

BARROS, Ângelo Roncalli de Ramos. A Execução Penal e o Sistema Penitenciário – Política Penitenciária Nacional. CONGRESSO NACIONAL DE EXECUÇÃO PENAL RIO DE JANEIRO - 03 e 05 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/angelo_roncalli.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2007.

BRASIL. Código de Processo Penal – 44 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.



BRASIL. Ministério da Justiça. Brasil inaugura primeira penitenciária federal. 23.06.2006c. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BA7A336A8%2D6B38%2D44AD%2D8768%2DEA712F8B42F2%7D¶ms=itemID=%7BB7CA6153%2D01E5%2D4918%2D83B4%2D02E31C212F2A%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D>>. Acesso em: 14 fev. 2008.

BASTOS, Alessandra. Primeiros presídios federais do país devem ser inaugurados em dois meses. 31.01.2006. Disponível em: <<http://www.radiobras.gov.br/abrn/brasilagora/materia.phtml?materia=251797>>. Acesso em: 23 nov. 2007.

COSATE, Tatiana Moraes. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário? Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/direitopub>>. Acesso em: 12. dez. 2007.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Presídios Federais. Disponível em: <http://www.processocriminalpslf.com.br/presidios_federais.htm>. Acesso em: 12 dez. 2007.

CUNHA, Rogério de Vidal. O regime disciplinar diferenciado, o simbolismo penal e o princípio da humanidade das penas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 25, 31/01/2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=725>. Acesso em 20 maio 2008.

DELMANTO, Roberto. Regime Disciplinar Diferenciado ou Pena Cruel. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.11, n.134, p. 5, jan. 2004.

D'ELIA, MIRELLA. DF receberá presídio federal de segurança máxima. 24.01.2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL273277-5598,00-DF+RECEBERA+PRESIDIO+FEDERAL+DE+SEGURANCA+MAXIMA.html>>. Acesso em: 21 maio 2008.

FONTES, Paulo Álvaro Chaves; FILIZZOLA, Ricardo Brandle. O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/jornal/materias.asp?edicao=108&pagina=2923&tds=7&sub=0&sub2=0&pgNovo=67>>. Acesso em: 10.03.2008.

GOMES, Luiz Flávio. RDD e regime de segurança máxima. 10.2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9061>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. Execução Penal – Comentários à Lei nº. 7.210 de 11.07.1984. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Roberto. Chagas da Tortura. *Revista Visão Jurídica*, nº 27. Escala, 2008.
MOREIRA, Rômulo de Andrade. O monstro Regime Disciplinar Diferenciado. É melhor chamar de Regime Diferenciado da Desesperança. 30.08.2006. Disponível em: <<http://trinolex>>.

com/artigos_view.asp?icase=artigos&id=2656>. Acesso em: 25 ago. 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Execução Penal e Falência do Sistema Carcerário. Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 8, nº. 29. jan./mar. 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PORTO, Roberto. Crime Organizado e Sistema Prisional. São Paulo, Atlas, 2007.

SILVA, Alessandra Magalhães Benjamin da. O RDD à moda da casa. Disponível em: <http://www.frb.br/ciente/2006_2/DIR/DIR.MAGALHAES1.F1_Rev.29.11.06_.revisado.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2007.

SOUSA, Elisa Maria Pinto de. RDD – uma mácula à Constituição. Disponível em: <<http://www.fesmip.org.br/arquivo/publicacao/Rdd.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2007.

SOUZA, Cyliane Rodrigues de. Regime Disciplinar Diferenciado – Uma análise crítica voltada para os Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_40006.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2008.

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. Privatização de Presídios. Revista Brasileira de Ciências Criminais ano 1, nº. 2 – abril – julho – 1993. Revista dos Tribunais.



OS DESAFIOS PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DIANTE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

*Erika Maeoka**

*Patricia Ayub da Costa Ligmanovski***

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir a função da interpretação constitucional para a concretização dos direitos sociais, considerando-se a realidade social e as normas existentes. Esclarece as dificuldades enfrentadas tanto pela doutrina como pelos Tribunais no tocante à interpretação para a fixação dos limites e as possibilidades para a efetivação dos direitos sociais, em razão das contrariedades entre as ilimitadas necessidades oriundas das drásticas exclusões sociais que marcam a realidade brasileira e as limitações materiais enfrentadas pelo Estado que culmina no princípio da reserva do possível. Aponta, como perspectiva para esse embate, a importância dos intérpretes da Constituição em encontrar soluções que possam conjugar a necessidade de concretização dos direitos sociais em consonância com os recursos disponíveis. Por fim, conclui que diante de uma realidade com tantas distorções sociais, a concretização dos direitos sociais e consequente fortalecimento do Estado Democrático de Direito está a depender da consolidação da democracia que permita maior participação de parcela da população hoje excluída, para que, por intermédio da vontade do “povo intérprete” se estabeleçam de modo democrático os limites e as possibilidades para a concretização dos direitos sociais. Nesse sentido, a doutrina está em construção para superar os desafios e encontrar a melhor interpretação constitucional à realidade brasileira e à efetivação dos direitos sociais.

Palavras-chave: Interpretação Constitucional. Efetividade. Direitos Sociais. Princípio da Reserva do Possível.

ABSTRACT

The present objective work to argue the function of the constitutional interpretation for the existing concretion of the social rights, considering it social reality and norms. It in such a way clarifies the difficulties faced for the doctrine as for the Courts in regards to the interpretation for the setting of the limits and the possibilities for the efetivação of the social rights in reason of the oppositions between the limitless deriving necessities of the drastic social exclusions that mark the Brazilian reality and the material limitations faced by the State that culminates in the beginning of the reserve of the possible one. It points as perspective with respect to this shock the importance of the interpreters of the Constitution in finding solutions that can conjugate the necessity of concretion of the social rights in accord with the available resources. Finally, it ahead concludes that of a reality with as many social distortions, the concretion of the social rights and consequent reinforcement of the Democratic State of Right is to depend on the consolidation of the democracy that allows to greater participation of parcel of the population today excluded, so that, for intermediary of the

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

** Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.



will of the “people interpreter” if it establishes in democratic way the limits and the possibilities for the concretion of the social rights. In this direction, the doctrine is in construction to surpass the challenges and to find the best constitutional interpretation for the Brazilian reality and the efetivação of the social rights.

Keywords: Constitutional Interpretation. Effectiveness. Social Rights. Principle of the Reserve of the Possible one.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 AS JUSTIFICATIVAS E A FUNÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS SUAS PARTICULARIDADES. 3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. 4 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS VS O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. 5 OS DESAFIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM CONSONÂNCIA COM A REALIDADE. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Estado passou por muitas transformações para se chegar ao que hoje a Constituição Federal Brasileira denomina Estado Democrático de Direito. Encontra-se nessa Constituição uma grande proteção aos direitos fundamentais em decorrência do país estar saindo de uma ditadura militar quando da sua promulgação.

A Carta Magna trouxe, em seu bojo, regras e princípios, o que caracteriza uma linguagem mais aberta e que exige uma atenção especial de seus intérpretes. Por conseguinte, a efetivação da Constituição, em consonância com os reais propósitos inseridos para a construção do Estado Democrático de Direito, está condicionada ao modo como os direitos e as garantias nela inseridas são interpretadas.

Assim sendo, pretende-se analisar a importância da interpretação constitucional na concretização dos propósitos inseridos no Estado Democrático de Direito, bem como destacar os fundamentos que justifiquem um método diferenciado para a interpretação constitucional; salientar as respectivas dificuldades enfrentadas pelos intérpretes em razão dessas singularidades, especificamente, no tocante às normas constitucionais de proteção aos direitos sociais que se deparam com o grande obstáculo de buscar a conjugação entre a realidade orçamentária e as incontáveis injustiças sociais.

2 AS JUSTIFICATIVAS E A FUNÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS SUAS PARTICULARIDADES

A interpretação constitucional apresenta particularidades em relação à interpretação das demais normas, seja porque a Constituição é a Carta Maior ou ainda porque possui uma linguagem mais aberta, com a inserção de princípios, como se observa com o surgimento do movimento pós-positivista.

A função da interpretação é fazer a ordem jurídica funcionar, tornando o Direito operativo, já que o direito existe para regular a vida em sociedade. Assim, o Direito, geral e abstrato,



precisa de um método que consiga adequá-lo às realidades concretas em função das que existe (BASTOS, 1999, p. 89).

Para a efetivação desse Estado é preciso uma nova¹ hermenêutica que deve vir acompanhada de um novo juiz, preparado e receptivo ao texto constitucional, interpretando as demais normas à luz da Constituição.

Cabe ressaltar que alguns doutrinadores, como Paulo Nader (2004, p. 255), distinguem interpretação de hermenêutica, asseverando aquele que “enquanto a hermenêutica é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica”. Assim, a interpretação é um ato de vontade que imprime à regra uma parcela de construção de significado por parte do intérprete, que tanto quanto possível deverá corresponder aos anseios decorrentes da evolução social.

Nesse sentido, as normas constitucionais carecem de um sentido fixo, imutável, resultando, daí, a importância da construção jurisprudencial interpretativa.

O direito define-se tanto pela busca incessante da certeza, traduzida por sua estabilidade, quanto pela procura incessante da sua legitimidade dinâmica, que se traduza numa mutabilidade que acompanhe a evolução histórica operada no seio da sociedade. A interpretação consiste na atualização constante da regra posta, sem lhe alterar o texto. Bastos (1999, p. 49) afirma que “a interpretação constitucional não despreza a interpretação jurídica de um modo geral, mas apresenta uma série de particularidades que justificam seu tratamento diferenciado”.

Ressalta Konrad Hesse (1983, p. 35) que a interpretação constitucional “resulta necesaria y se plantea como problema cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente”. Dessa forma, onde não há dúvida não há necessidade de interpretação.

Importante salientar que para Bastos (1999, p. 79) o objeto da interpretação constitucional é “o Texto Constitucional com suas regras e princípios, enquanto portador de um significado ou sentido, cuja compreensão plena é o objetivo final da interpretação.”

Hesse (1983, p. 36) defende que a interpretação é fundamental para o direito constitucional, pois a Constituição é mais aberta e ampla que as outras normas. Assim, o papel da interpretação é

hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión (1983, p. 37).

A existência de uma hermenêutica, voltada particularmente para as normas constitucionais, é viável, e a justificativa para tanto “ocorre por força da presença de uma série de ocorrências particulares que exigem uma consideração específica e própria no trato da norma constitucional” (TAVARES, 2003, p. 74-75).

Com efeito, o caráter inicial é uma das bases para a diferenciação que se justifica “em razão da Constituição ser o fundamento de validade último de todas as demais normas do ordenamento jurídico”, ou seja, a Constituição é “o fundamento de validade de todas as demais leis”, motivo pelo qual “a determinação do significado de uma de suas normas poderá importar no afastamento de uma regra infraconstitucional até então vigente” (BASTOS, 1999, p. 52-53).

¹ BONAVIDES (2003, p. 259) explica que para a velha hermenêutica constitucional os princípios eram carentes de normatividade e que esta interpretação está a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável.

Outro fator distintivo está na divisão que sofre as normas constitucionais em princípios e regras. Nesse sentido, Coelho (1997, p. 96) salienta que

sendo a Constituição uma espécie de norma jurídica, apesar de possuir natureza e função que lhe conferem posição diferenciada no universo normativo, aquilo que a distingue, essencialmente, é a sua peculiar estrutura normativa-material, bem diferente da que possuem as regras infraconstitucionais.

Coelho (1997, p. 96) ainda explica que

diferentemente das leis que possuem uma estrutura proposicional do tipo se A, então B -, as normas constitucionais se limitam a enunciar princípios, que, por isso, não contêm elementos de previsão que possam funcionar como premissa maior de um silogismo subsuntivo, a sua aplicação exige que sejam não apenas interpretadas, mas, sobretudo, densificadas e concretizadas pelos operadores da Constituição.

A norma constitucional também é de caráter aberto, pois “relewa-se pelos vocábulos vagos, pelas palavras imprecisas empregadas pelo constituinte, e que necessitam, inegavelmente, de um preenchimento ou integração para tornarem-se compreensíveis e imediatamente aplicáveis” (TAVARES, 2003, p. 78).

Em razão dessa vaguidão, salienta Bastos (1999, p. 54) que “a norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado”. Com efeito, extrai-se como consequência oriunda dessa natureza lingüística das normas constitucionais, segundo Tavares (2003, p. 78), “o agigantamento da tarefa dos intérpretes e, com isso, de sua liberdade de identificar determinado conteúdo ou sentido para a norma positivada”.

Além disso, nota-se que o caráter aberto permite a atualização das normas constitucionais. Salienta Coelho (1997, p. 96) que

[...] em razão dessa abertura e infinitude, toda interpretação é sempre um resultado, entre tantos outros, a que se pode chegar em função de um determinado contexto, mas que deve ser modificado quando se alterarem as coordenadas da situação hermenêutica. As mudanças de jurisprudência comprovam que essa é uma lei de desenvolvimento da experiência interpretativa no âmbito do direito em geral, atestando por outro lado, a unidade dialética do processo hermenêutico, no qual se fundem, necessariamente – como etapas distintas, mas complementares -, a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos.

O caráter sintético do linguajar pode ser observado pelo emprego de termos amplos e pelos princípios, que faz com que “as normas constitucionais mui raramente se apresentam como enunciados particularizados” (BASTOS, 1999, p. 59). Portanto, “pode-se dizer que os próprios termos empregados, ou seja, os vocábulos, são, em sua maior parte, de significação imprecisa, o que reforça a idéia da presença abundante de princípios no Texto Constitucional” (BASTOS, 1999, p. 59). De modo que, “pode-se afirmar que os princípios, embora percam em concretude, ganham em abrangência. Acabam por ser concretizados numa série de normas infraconstitucionais, que a ele dão aplicação” (BASTOS, 1999, p. 60).



Vale ressaltar que os princípios só foram reconhecidos como normas jurídicas com a doutrina do pós-positivismo. Bonavides (2003, p. 259-264), ao dissertar sobre os princípios, explica que a sua juridicidade passou por 3 fases: jusnaturalista (esfera abstrata com normatividade basicamente nula e duvidosa, mas com dimensão ético-valorativa que inspirava o postulado da justiça), positivista (os princípios entram nos Códigos como válvula de segurança, assinala a carência de normatividade estabelecendo sua irrelevância jurídica) e pós-positivista (hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais).

Barroso e Barcellos (2003, p. 336) resumem a contextualização do pós-positivismo como superação do jusnaturalismo e do positivismo ao assinalarem que:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

112

Os princípios consagrados na Constituição são, ao mesmo tempo, objeto de interpretação e diretriz para a atividade interpretativa (BASTOS, 1999, p. 80). A jurisdição constitucional justifica-se pela existência de uma hermenêutica constitucional que faz valer a Constituição como norma suprema. O controle abstrato-concentrado é, pois, um dos maiores indicadores de que a hermenêutica jurídica merece destaque (TAVARES, 2003, p. 75), pois conforme observa Capelletti (1992, p. 129):

[...] É, exatamente, na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra a sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, coroamento do Estado de direito e que, contraposta à concepção do Estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo.

Portanto, em síntese, as razões que justificam a interpretação constitucional são o caráter inicial, a adoção em grande escala de princípios em vez de regras; o caráter aberto, o linguajar sintético e a existência da jurisdição constitucional. Assim, observa-se que a interpretação constitucional exige um método diferenciado pelos fundamentos supramencionados, que por sua vez apresenta a sua devida relevância e propõe particulares desafios que serão analisados em seguida.

3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Verificadas as particularidades da interpretação constitucional que remetem à exigência de uma hermenêutica constitucional, aponta-se o papel fundamental do recurso interpretativo na concretização das pretensões delimitadas na Constituição.

Assim sendo, conforme assevera Gomes (2006, p. 4) que “por meio da hermenêutica constitucional é possível ver a Constituição do Estado Democrático de Direito como um conjunto de valores, princípios, regras, processos e procedimentos cujo objetivo maior consiste na salvaguarda da ‘dignidade humana’”.

Esclarece ainda Gomes (2006, p. 4) que “tal proteção deve-se concretizar-se por meio da efetividade dos direitos humanos e fundamentais, sendo que a hermenêutica constitucional é construtora da democracia, uma vez que se preocupa com a efetividade da Constituição”.

O homem é um ser em constante formação e por isso precisa ser respeitado como indivíduo e como ser integrante da sociedade, daí vem a necessidade de uma democracia consolidada que garanta todas as dimensões de direitos fundamentais.

Por seu turno, Comparato (2003, p. 15) alerta para os riscos de uma interpretação que não se coadune com a verdadeira essência da Constituição, o que poderia determinar a morte do ideário da construção do Estado Democrático de Direito, já que a Constituição

[...] continuará a fazer parte, materialmente, do mundo dos vivos, mas será um corpo sem alma. Todos nós, profissionais do direito, becados ou togados, continuaremos, por dever de ofício, a fazer de conta que vivemos num estado constitucional. Mas as nossas argumentações tomarão, fantasticamente, o aspecto de sábias dissecações anatômicas: serão análises de um cadáver. Afinal de contas, Hitler não precisou revogar a constituição de Weimar para instituir o terrorismo nazista: bastou retirar-lhe toda força interior.

Por conseguinte, denota-se a relevância do papel da interpretação constitucional para realização das diretrizes traçadas na Constituição Federal que pode limitar ou mesmo anular as possibilidades propostas inicialmente pelo constituinte.

4 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS VS O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

As propostas que fundamentam os direitos econômicos, sociais e culturais estão centradas no objetivo de atingir, por meio de ações multifacetárias, o equilíbrio social, tomando a distribuição da igualdade material como resultados dessas ações.

Assim sendo, para conceituar os direitos sociais, na perspectiva de um direito oponível em face do Estado, reporta-se a Silva (1993, p. 258), que delimita o objeto, especifica os sujeitos e demonstra a importância desses direitos. Por conseguinte, direitos sociais são

[...] prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que



se conexiam com o direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade.

Como observa Faria (2002, p. 113), esses direitos estão condicionados a uma dotação orçamentária suficiente para custear as políticas públicas necessárias a sua realização, por isso a suficiência orçamentária é “a condição sine qua non de sua materialização”.

Portanto, levando-se em consideração que os direitos sociais buscam compensar as desigualdades sociais, na maioria das vezes, por intermédio das prestações de serviços públicos essenciais, que por sua vez estão vinculados aos limites orçamentários, as políticas públicas necessárias para a concretização desses direitos devem ser elaboradas conforme as necessidades sociais conjugados com os limites e as possibilidades financeiras.

As dificuldades despontam para o intérprete no momento em que a concretização de determinados direitos esbarra nos limites orçamentários, e por consequência acabam colidindo com os demais direitos de igual ou maior importância, da qual surgem, dependendo da interpretação proposta, os riscos de privilegiar determinado indivíduo ou grupo em detrimento de outros que acabam distorcendo os verdadeiros propósitos constitucionais, de modo que subsistem os desafios para os intérpretes constitucionais em alcançar uma interpretação que seja plausível com a realidade em que se busque uma conciliação entre os direitos garantidos constitucionalmente com os limites materiais.

Assim, em meio ao questionamento dos limites e das possibilidades de concretização dos direitos sociais, surge o princípio da reserva do possível. Destarte, nas reivindicações dos direitos sociais apresenta-se como elemento contestatório o princípio da reserva do possível, que, por sua vez, trouxe divergência no meio doutrinário sobre a sua aplicabilidade quando se impõe limitações aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Barreto (2003, p. 120-121) infere que o argumento referente aos custos dos direitos sociais é falacioso. Entende que a “falácia da “reserva do possível” representa um argumento preponderante no projeto neoliberal contemporâneo”. Observa que, encoberta pela “ilusória racionalidade, que caracteriza a “reserva do possível” como o limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida é consubstancial a todos os direitos fundamentais”.

Diante dessas considerações, assinala que “não podemos nos esquecer do alto custo do aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos”. Salienta Barreto (2003, p. 120) que “a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais”. Além disso, adverte para os riscos da invocação do princípio em questão ao esclarecer que “estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos” (2003, p. 121).

Dentre as questões mais polêmicas, no âmbito do questionamento sobre o dimensionamento das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos sociais, está o direito à saúde, consagrado no artigo 196 da Constituição Federal, em razão dos conflitos que gera entre a necessidade de preservar os direitos sociais e as limitações materiais.

Em análise ao embate formado em torno da questão, Amaral (2001, p. 114) inicia o assunto com a seguinte pergunta: “sem qualquer dúvida, o direito à saúde é um direito social,

uma prestação positiva reclamável perante o Estado e, como tal, exigível. Agora, até que ponto é possível falar em “máxima eficácia”? Em seguida, defende o fato de que “a administração pública é, por definição, a gestão de meios escassos para atender a necessidades ilimitadas. Há nela, intrinsecamente, uma constante escolha”.

Para tanto, sugere o seguinte dilema, onde o Poder Público, “dispõe de um volume de recursos suficientes ou para tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou para tratar pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável” (AMARAL, 2001, p. 114). Diante do fato descrito, além de entender que “nessa situação, não seria possível deslocar a apreciação para o Judiciário, pois a legitimidade da pretensão das duas categorias de doentes é igualmente legítima, mas são faticamente excludentes”, para Amaral (2001, p. 114), “as posições ditas “progressistas”, de exigibilidade direta das prestações positivas, independentemente de mediação legal e orçamentária, levam a um impasse em situações como esta. A resposta comum é, na verdade, uma evasiva: trata-se de problema do executivo” (2001, p. 114).

Por sua vez, Krell (2002, p. 52) assinala que “alguns autores brasileiros acatam a argumentação da ‘reserva do possível’ negando de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimado pelo voto’) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários”.

Contudo, a respeito da problemática mencionada que impõe escolhas cruciais, Krell (2002, p. 53) entende que “a resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos!”. Adotando uma visão holística do direcionamento das verbas públicas, soluciona a questão ao afirmar que “se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde”. Adverte para o fato de que “um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais? etc..”

Partilhando do mesmo entendimento, Cunha Júnior (2004, p. 309-310) pontua a questão sob igual ótica de Krell, de modo que relaciona a questão da distribuição dos recursos orçamentários como um todo, eligendo as prioridades a partir dessa vertente:

[...] num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamento do tipo reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais



do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.

Portanto, diante das contrariedades entre a necessidade de concretização dos direitos sociais e os limites orçamentários que remetem ao princípio da reserva do possível, Krell e Cunha Júnior propõem o redimensionamento das dotações orçamentárias de outros setores para priorizar os direitos fundamentais em questão.

Para Arenhart (2005) a reserva do possível impõe limitações à atuação judicial, uma vez que as decisões judiciais uma vez confrontadas com a falta de recursos orçamentários não surtiriam os efeitos pretendidos. Assim, entende que “estar-se-ia diante de decisão fadada à frustração, já que não seria realizada, ‘nem se podendo cogitar de técnicas para impor a prestação’”.

Todavia, Arenhart (2005) ressalta que, mesmo se reconhecendo a procedência da invocação da cláusula de reserva do possível para limitar a atividade jurisdicional na determinação de políticas públicas, a utilização desse recurso não é absoluta, pois, mesmo o Poder Judiciário não dispendo de autoridade para determinar a realização de certas prestações nas circunstâncias em que os recursos financeiros são insuficientes, tal fato não corresponde à impossibilidade de questionamentos de todos os atos governamentais sob o pretexto da insuficiência orçamentária.

Com efeito, Arenhart (2005) infere que o limite do possível, na realidade, compõe uma barreira para a efetivação de prestação pelo Estado, entretanto, salienta que quando “estas prestações assumem caráter constitucional – de direitos fundamentais (de cunho social) – elas, porque admitem implementação gradual, podem ser satisfeitas em vários níveis”. Portanto, mesmo que esse princípio represente limitação à atuação jurisdicional, tal limite não é absoluto, motivo pelo qual incumbe ao Poder Judiciário “não apenas investigar a razoabilidade da indisponibilidade financeira alegada pelo Poder Público, como ainda apurar – se for o caso – a outra destinação dada ao recurso público, bem assim a garantia do ‘mínimo essencial’ pelo Estado” (2005).

Lembra o mesmo autor (ARENHART, 2005) que “logicamente, está-se aqui diante de conceitos vagos, a serem preenchidos diante do caso concreto”. Desses conceitos vagos emergem as controvérsias acerca dos parâmetros para se alcançar uma interpretação condizente com a realidade. No momento em que o intérprete realiza o preenchimento ante o caso concreto, dependendo do critério utilizado para aplicação das normas deparar-se-á com resultados divergentes como demonstram os julgados relativos à concretização dos direitos sociais.

Por conseguinte, a análise dos acórdãos mais recentes do Tribunal de Justiça do Paraná, sobre as divergências quanto à interpretação dos limites do artigo 196 da Constituição Federal, traz à vista a existência de decisões que vêm deferindo a tutela com fundamento no direito fundamental à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana². Em outros casos a medida vem sendo negada com a fundamentação que esbarra no princípio da reserva do possível. Nesse sentido, o Desembargador J. Vidal Coelho Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que:

[...] a aquisição do remédio em comento constitui espécie de despesa pública que exige previsão orçamentária, na forma dos incisos I e II do artigo 136 da Constituição Estadual. Presente, portanto, a grave lesão à economia pública. Justifica-se a

² DECISÃO: ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso nos termos do voto do relator. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A MENOR DE IDADE CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. AGRAVO MANIFESTADO CONTRA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA EM 1º GRAU. DECISÃO, TODAVIA, CORRETA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC PRESENTES. DIFICULDADES BUROCRÁTICAS QUE NÃO JUSTIFICAM A RESISTÊNCIA DO ENTE PÚBLICO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Processo nº 0421476-2, 22/01/2008 17:00, DJ: 7545.

negativa administrativa do Estado em fornecer o remédio solicitado. Não se perca de vista os gastos realizados pelo Estado do Paraná para com a compra de medicamentos excepcionais.³

O Supremo Tribunal Federal também vem decidindo de modo divergente. Assim, em alguns pleitos tem-se deferido a prestação⁴, e, em outros casos, em razão dos limites orçamentários, as ações desta natureza estão sendo julgadas improcedentes⁵. Destarte, conforme a interpretação atribuída ao artigo 196 da Constituição Federal na fixação dos limites à concretização do direito à saúde, a medida é concedida ou negada pelos Tribunais, não existindo um consenso sobre o modo como esse dispositivo constitucional deve ser interpretado e aplicado.

A falta de convergência acerca dos critérios para a concretização dos direitos sociais acaba permitindo a concessão de direitos para uns e negativa para outros conforme o entendimento dos intérpretes. Portanto, muitas vezes, privilegiando um seguimento da sociedade em detrimento de outros.

Assim, Moro (2001, p. 98) lembra que “mesmo que existam meios para viabilização de determinada prestação material especificamente estatal, não se pode olvidar que são escassos os recursos orçamentários”, por conseqüência admoesta que “viabilizar aqui pode inviabilizar acolá”.

Por conseguinte, essa situação acaba revelando circunstâncias questionáveis sobre a perspectiva da exigência de uma justa distribuição dos recursos orçamentários para todos os componentes da sociedade, pois o que revela os julgados é a aplicação em determinados casos da reserva do possível e a não aplicação em outros, que remete a graves injustiças sociais.

Porém, isso não deve desestimular o Judiciário a interpretar e julgar de forma diferente em razão da falta de recursos para o atendimento dos direitos sociais. É preciso ser bastante cauteloso em relação ao posicionamento a se tomar, pois é sabido que o Estado tem suas limitações orçamentárias, mas é patente também que os direitos sociais são uma conquista árdua do povo. Assim, a invocação à reserva do possível não deve ser tida com caráter absoluto, mas, pelo contrário, deve ser cada vez mais discutida suas limitações e possibilidades.

Nesse contexto de tantas contrariedades acerca da aplicabilidade das normas fundamentais que inspiram os direitos sociais é que nascem os desafios para o intérprete da Constituição para alcançar um consenso sobre os limites e as possibilidades.

³ Processo nº 0467443-9 – TJ-PR, 18/01/2008 16:38, DJ: 7539. Ainda nesse sentido, ver: Processo nº 0467302-3 – TJ-PR, 16/01/2008 16:42, DJ: 7539.

⁴ Nesse sentido, ver: RE-AgR 393175 / RS - RIO GRANDE DO SUL, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 12/12/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 02-02-2007 PP-00140, EMENT VOL-02262-08 PP-01524

⁵ Nesse sentido, ver: Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, na qual a Ministra Ellen Gracie afirmou que: “que a norma do artigo 196 da Constituição, ao assegurar o direito à saúde, “refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas”. O Estado de Alagoas, por sua responsabilidade em fornecer recursos necessários à reabilitação da saúde dos cidadãos não poderia inviabilizar o sistema público de saúde, o que acontece neste caso – com a antecipação de tutela para que o estado forneça os medicamentos relacionados dos associados, “está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade”. A ministra concluiu pelo deferimento parcial do pedido diante da constatação de que o estado de alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados, motivo da suspensão da tutela antecipada, “tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do estado de alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria nº 1318, do Ministério da Saúde”. In: STF. Notícias STF. STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas. Sexta-feira, 02 de Março de 2007.



5 OS DESAFIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM CONSONÂNCIA COM A REALIDADE

Como constatado anteriormente, muitos são os desafios e as necessidades de estudo da interpretação constitucional, tendo os juízes um papel fundamental no desencadear da aplicação do princípio da proporcionalidade para se saber quando e quanto se deve aplicar dos direitos sociais e invocar a reserva do possível.

No entanto, não somente o Judiciário possui papel fundamental nessa empreitada, mas também é preciso uma conscientização dos demais órgãos (Legislativo e Executivo) para melhor destinação dos recursos públicos.

Deve-se ressaltar ainda a importância da participação popular na função de intérpretes da Constituição, pois só com essa participação efetiva é que se pode consolidar a democracia, como salienta Bastos (1999, p. 76).

A interpretação constitucional dos juízes, embora que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituíram forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional.

Em razão dos desafios que impõe a interpretação constitucional, infere Coelho (1997, p. 99) que:

[...] diante desse panorama, em que se evidencia a necessidade de sinalizar os caminhos da interpretação constitucional – para não sucumbirmos às tentações do voluntarismo -, cumpre renovar a advertência de que os resultados de toda atividade hermenêutica só se tornarão legítimos e socialmente vinculantes se as manifestações da consciência jurídica individual dos aplicadores da Constituição puderem ser identificadas como formas de expressão da consciência jurídica geral.

Hesse (1983, p. 43) defende que a interpretação constitucional é concretização, incorporação da realidade e que tem caráter criativo, pois o conteúdo da norma só se completa com a interpretação. Para o autor “la concretización presupone la comprensión del contenido de la norma a concretizar”.

O texto é o enunciado e quem deve dar sentido ao enunciado é a sociedade para que a resultante desse sentido seja a norma. Assim, para Hesse (1983, p. 45-46) é preciso uma

actuación tópica orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir por la norma) habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por via de la inventio, sean sometidos al juego de las opiniones em favor y em contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (topoi).

Soares (2005, p. 44) compartilha desse pensamento ao inferir que “o texto da norma acaba como limite intransponível na interpretação constitucional, mesmo, e principalmente, quando da confrontação com o problema.”

Dessa forma, Soares e Hesse defendem que a concretização é a determinação do

conteúdo da norma feita a partir da inclusão de dados da realidade social por um intérprete que carrega sua pré-compreensão quando da interpretação. É um processo pelo qual a norma jurídica constitucional e o problema constante na realidade social são adequados um ao outro, mas sempre seguindo o que está determinado na norma.

Hesse (1983, p. 51) ensina que

este procedimiento típico vinculado, en coherencia con el carácter de la Constitución, al problema concreto pero siempre guiado y orientado por la norma, tendrá las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables. Ciertamente que la decisión jurídica, y muy en particular en el Derecho constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; pero ello solo puede significar que de lo que se trata es de la racionalidad posible, no que sencillamente se pueda prescindir de una metodología consciente.

A interpretação constitucional, na visão de Hesse (1983, p. 51-52), por dever envolver diretamente o problema, mas ficar vinculado à norma apresenta limites que se situam “allí donde no existe algo establecido de forma vinculante por la Constitución, donde acaban las posibilidades de una comprensión lógica del texto de la norma o donde una determinada solución se encontrase en clara contradicción con el texto de la norma”.

Dessa forma, é preciso estar sempre atento às mudanças ocorridas na realidade social e buscar interpretar a Constituição para não frustrar os fins para o qual foi elaborada, possibilitando mutações constitucionais por meio de interpretação sem reforma do texto constitucional, porém sem jamais ferir princípios fundamentais.

Portanto, ao deparar com o questionamento sobre os limites e as possibilidades de concretização dos direitos sociais, cabe ao intérprete levar em consideração uma realidade que impõe limitações materiais, conjugada com uma realidade de exclusões sociais e com gravíssimos problemas de déficit democrático. Assim, é dentro dessa realidade que o aplicador deve interpretar a Constituição nos limites propostos pelas normas.

119

6 CONCLUSÃO

A interpretação constitucional exerce um papel fundamental na concretização do Estado Democrático de Direito, pois, conforme os parâmetros utilizados para a interpretação, esta pode, inclusive, limitar ou anular os direitos e as garantias albergados por esse arquétipo de Estado. Por sua importância e particularidades, a Constituição exige uma interpretação distinta das demais normas do ordenamento, principalmente com a inclusão de princípios em seu texto, o que lhe deu uma linguagem mais aberta.

Nesse contexto de Estado Democrático de Direito deve-se ressaltar a importância dos direitos sociais como meio de dar ao povo maiores condições para o alcance de sua dignidade e cidadania. Desse modo, a adequada interpretação constitucional aos direitos sociais é de extrema importância para a consolidação da democracia. No entanto, embora alguns direitos estejam previstos na Constituição, como é o caso do direito à saúde, o Estado não se vê capaz financeiramente de garantir a efetivação desse direito, invocando a reserva do possível.

Nasce daí a discussão em todos os níveis estatais e sociais, findando no Judiciário, do que deve prevalecer, os direitos sociais ou o cumprimento da receita orçamentária. Porquanto, os intérpretes da Constituição vêm deparando com o grande desafio em alcançar uma interpretação



constitucional que seja compatível com a realidade hoje enfrentada, que leve em consideração as propostas de superação do problema da exclusão social, mas que também seja compatível com os recursos materiais disponíveis.

Ainda não há uniformidade jurisprudencial e nem doutrinária a respeito do assunto. A discussão acerca da interpretação que se deve dar a Constituição está em pleno desenvolvimento. Nesse contexto, o intérprete possui relevante papel diante da sociedade, pois é ele que deve, dentro de um processo democrático, considerar a realidade de grande exclusão social, pobreza e déficit democrático sem deixar de lado a realidade do Estado que deve proteger seus cidadãos e, ao mesmo tempo, buscar recursos sem onerar o funcionamento da Administração Pública, para, dessa forma, buscar na norma a solução adequada para tais problemas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: LOBO, Ricardo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?d=7177>> Acesso em: 03 jun. 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos fundamentais sociais: estudo constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. BARROSO, Luís Roberto (coord.). A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. Porto Alegre: Safis, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. In: LESBAUPIN, Ivo. O desmonte da nação: balanço do governo FHC. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIA, José Eduardo. Estado, sociedade e direito. In: FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GOMES, Sérgio Alves. Possibilidades da hermenêutica constitucional na construção do Estado Democrático de Direito. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KRELL, Andréas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MORO, Sergio Fernando. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 24 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. Sistematização de princípios e regras constitucionais tendo em vista o princípio da publicidade e a propaganda dos órgãos públicos. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 9, p. 23-50.

STF. Notícias STF. STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas. Sexta-feira, 02 de Março de 2007.

TAVARES, André de Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



COMPETÊNCIA PELA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO *RATIONE PERSONAE*

Edmir Vecili¹

RESUMO

A urgente necessidade de reflexão sobre a competência pela prerrogativa de função, já que existe polêmica discussão não só no meio leigo, como também para parte da doutrina, no que diz respeito à viabilidade da manutenção dessa prerrogativa, leva a mostrar, neste estudo, as principais regras sobre a competência por prerrogativa de função e as diferenças entre prerrogativa pela função e foro privilegiado. A corrupção na administração pública ocupa lugar de destaque no contexto político-administrativo do Brasil, resultando em incalculáveis prejuízos sociais, políticos e econômicos. Nessa linha de análise, a pesquisa objetiva esclarecer toda a sociedade, mostrando o porquê da impunidade aos portadores dessa prerrogativa e se ela deve perdurar depois de cessadas as funções em relação aos crimes cometidos “no” exercício do cargo ou em “pretexto dele” ou nos crimes cometidos “durante” ou “no tempo” do exercício da função e as hipóteses de co-autoria e cisão do processo. O método hipotético-dedutivo, utilizado neste trabalho, longe de ser a arte de descobrir a verdade, é um conjunto de procedimentos que quer encontrar, passo a passo, as grandes hipóteses que servem para guiar a investigação.

Palavras-chave: Competência pela Prerrogativa de Função. Foro Privilegiado. Impunidade. Corrupção.

ABSTRACT

The urgent necessity of reflection on the ability for the prerogative of function, since controversial quarrel in the half layperson not only exists, as also for part of the doctrine, in whom it says respect to the viability of the maintenance of this prerogative, leads to show, in this study, the main rules on the ability for function prerogative and the differences between prerogative for the function and privileged forum. The corruption in the public administration occupies place of prominence in the politician-administrative context of Brazil, resulting in incalculable social damages, economic politicians and. In this line of analysis, the objective research to clarify all the society, showing the reason of impunity to the carriers of this prerogative and if it must last after ceased the functions in relation to the crimes committed “in the” exercise the position or in “excuse it” or the crimes committed “during” or “in the time” the exercise the function and the hypotheses co-authorship and split the process. The hypothetical-deductive method, used in this work, far of being the art to discover the truth, is a set of procedures that wants to find, step by step, the great hypotheses that serve to guide the inquiry.

Keywords: Ability for the Prerogative of Function. Privileged Forum. Impunity. Corruption.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL. Advogado atuando nas áreas: Previdenciária, Trabalhista e Cível. E-mail: edmir.vecili_adv@yahoo.com.br.



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 AS COMPETÊNCIAS RATIONE MATERIAE; RATIONE LOCI; RATIONE PERSONAE. 3 FORO PRIVILEGIADO E COMPETÊNCIA PELA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. 3.1 Princípio da Simetria. 3.2 Competência Funcional. 4 PRERROGATIVA PELA FUNÇÃO, RATIONE PERSONAE, NOS TRIBUNAIS SUPERIORES. 4.1 No Supremo Tribunal Federal. 4.1.1 Crimes de Responsabilidade e Crimes Comuns. 4.2 No Superior Tribunal de Justiça. 4.3 Nos Tribunais de Justiça. 4.3.1 Competência para Julgar Magistrados e Membros do Ministério Público. 4.4 No Tribunal do Júri. 4.5 Nos Tribunais Regionais Federais. 4.6 No Superior Tribunal Militar. 4.7 No Tribunal Superior Eleitoral. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A jurisdição, como uma expressão e manifestação de poder do Estado, é uma e abstratamente atribuída a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário. Caracteriza-se pela imperatividade e imposição das decisões proferidas pelos órgãos que dela são dotados e concretiza-se nas atividades realizadas por estes órgãos no processo. Os órgãos jurisdicionais são, assim, dotados de competência e têm o poder de julgar destinado pela lei a ser exercido sobre algumas matérias, somente em certos lugares e apenas em relação à determinada fase processual.

O poder abstrato da jurisdição torna-se concreto quando da necessidade de solucionar litígios, ficando determinada a competência do juiz que se encontra apto a julgar, conforme sua capacidade jurisdicional. Um dos critérios determinadores da competência, estabelecidos no Código de Processo Penal brasileiro, é exatamente o da prerrogativa de função. É a chamada competência originária *ratione personae*.

Pode-se afirmar que a prerrogativa de foro visa garantir, acima de tudo, o livre exercício de um cargo ou de um mandato de agente público, conferindo a este uma maior segurança no julgamento de processos em que seja parte. Ressalta-se, também, que a prerrogativa de foro não é conferida em função da pessoa julgada, mas sim em virtude do cargo que ocupa, razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional, como o da igualdade ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção.

A competência por prerrogativa de função abrange, ainda, as pessoas que não gozam de foro especial, sempre que houver concurso dessas pessoas, com agentes possuidores da prerrogativa de função. Entretanto, rejeitada a denúncia contra a pessoa que goza de foro privilegiado, a competência para o julgamento das demais retorna para o primeiro grau de jurisdição.

Existe polêmica tanto por parte da doutrina quanto no meio populacional leigo, no que diz respeito à viabilidade da manutenção desta prerrogativa, após a cessação do exercício funcional, ou seja, quando a pessoa já não está mais exercendo a função pública, não havendo, portanto, qualquer interesse público na concessão do privilégio. Se de um lado o ocupante de alguns cargos públicos necessita de prerrogativas de foro por prática de delitos da função, de outro, não compartilha a atual sociedade brasileira com alguns privilégios pessoais.

Cumprir mostrar neste estudo as principais regras sobre a competência por prerrogativa de função e as diferenças existentes entre prerrogativa de função e foro privilegiado. Fala-se sobre a súmula 394, seu teor e cancelamento. Do mesmo modo enfoca a necessidade de se interpretar restritivamente o art. 84 e parágrafos da Lei 10.628/02, publicada em 24.12.02, e que entrou em vigor em 26.12.02, somente dois dias após sua publicação. Ainda há que se considerar o estudo da Reclamação 2.138 e da PEC 358/2005 e seu art. 97-A. Também cabe registrar a legislação



infraconstitucional, pois o foro especial por prerrogativa de função, aliás, por se tratar de regra de competência, pode ser fixado por qualquer hierarquia normativa (constituição, lei complementar, lei ordinária etc.).

Nessa linha de análise, estuda-se se a prerrogativa de função deve perdurar depois de cessadas as funções em relação aos crimes cometidos “no” exercício do cargo ou a “pretexto dele”, ou nos crimes cometidos “durante” ou “no tempo” do exercício da função e as hipótese de co-autoria e cisão do processo. Há a preocupação, também, de mostrar que a prerrogativa não deve vigorar para crimes que não versam sobre o exercício efetivo da função pública. Nunca se pode confundir um crime funcional, cometido “no” exercício da função ou a pretexto de exercê-la, com um crime que nada tem a ver com o cargo ocupado pelo agente.

Este estudo busca esclarecer e beneficiar toda a sociedade, mostrando o porquê da impunidade para alguns portadores desta prerrogativa que, mesmo sendo público e notório o envolvimento em crimes, muitos não são alcançados pela justiça.

2 AS COMPETÊNCIAS *RATIONE MATERIAE*; *RATIONE LOCI*; *RATIONE PERSONAE*

Antes de dar início ao estudo específico sobre a prerrogativa *ratione personae* (em razão da pessoa), faz-se necessária explanação sobre como a organização judiciária atribui a cada órgão jurisdicional, a cada juiz, sua porção de capacidade jurisdicional de acordo com o art. 69 e incisos do CPP.

124

Art. 69 - Determinará a competência jurisdicional:

I - o lugar da infração;

II - o domicílio ou residência do réu;

III - a natureza da infração;

IV - a distribuição;

V - a conexão ou continência;

VI - a prevenção;

VII - a prerrogativa de função

Por vezes, a lei deixa de considerar como principal o critério do lugar da infração ou o domicílio do réu para determinar, pela natureza da infração (*ratione materiae*) (art. 69, III do CPP), a competência e sua fixação.

Nesse caso, importa verificar se o julgamento compete à jurisdição comum dos Tribunais e Juízes dos Estados, arts. 125-126 da CF, dos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, arts. 106 a 110 da CF ou dos juzizados especiais federais e estaduais cuidados pelos arts. 24, X e 98, I, também da CF (MIRABETE, 2004, p. 182).

Se a jurisdição for especial, segundo Julio Fabrício Mirabete (2004, p. 182), processa e julga os casos previstos em lei, abrangendo os crimes da jurisdição eleitorais, art. 118 a 121 do CF; da jurisdição militar, art. 122 a 124 do CF; da jurisdição trabalhista, sem competência de ordem penal, art. 111 a 117 da CF e a chamada jurisdição política, tratada no art. 52, incisos I e II, para crimes de responsabilidade praticados por determinadas pessoas (Senado, Câmara dos Deputados e Assembléias Legislativas) que serão julgadas pelo Poder Legislativo. Em sua competência política, o Senado Federal (atividade jurisdicional atípica) deve processar e julgar, nos crimes de responsabilidade, o Presidente da República e o Vice-presidente, também o Procurador-geral

da República, os ministros do Supremo Tribunal Federal e o Advogado-geral da União, nos seus crimes de responsabilidade e, também, os ministros de Estado se seus crimes forem conexos aos do Presidente e vice (SABATOVSKI; FONTOURA, 2005).

Guilherme de Souza Nucci (2006, p.232) tece comentários sobre a conexão ou continência:

Trata-se de uma ligação, nexu ou união. No processo penal ganha contornos especiais, querendo significar o liame existente entre infrações, cometidas em situação de tempo e lugar que as tornem indissociáveis, bem como a união entre delitos, uns cometidos para, de alguma forma, propiciar, fundamentar ou assegurar outros, além de poder ser o cometimento de atos criminosos de vários agentes reciprocamente.

Como regra, o lugar onde ocorreu a infração é o foro competente para ser julgada a causa, pois nesse lugar é que se encontram os fatos e as provas necessárias para a solução do delito. A aplicação da sanção penal serve, como exemplo, para todos aqueles que tiveram conhecimento do fato, e, entre eles, em primeiro lugar estão os que vivem no local do crime. Quando não se tem certeza do lugar onde a infração foi consumada, utiliza-se a regra do domicílio ou residência do acusado (*ratione loci*) (art. 69, I e II), também chamado foro supletivo ou subsidiário.

Comentada a competência em razão da matéria (*ratione materiae*) e em razão do local (*ratione loci*), passa-se a verificar o grau do órgão jurisdicional competente, juiz, tribunal ou tribunal superior a quem será encaminhada a ação. Tal delimitação é feita pela Constituição Federal e, neste ponto, é dado o início para tratar da prerrogativa de função (*ratione personae*) dos agentes com função pública, ocupantes de cargos com relevância política conforme trata o art. 69, VII do CPP. Assim como a conexão e a continência, quando houver prerrogativa de função, relevam-se as demais regras naturais de fixação da competência, passando-se a respeitar o foro específico, que julga pela dignidade do cargo exercido.

125

3 FORO PRIVILEGIADO E COMPETÊNCIA PELA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O foro privilegiado, privilégios na função, foi instituído para favorecer o acusado, para ser condescendente com ele, isso em decorrência de atributos pessoais, de privilégios de nascimento. Trata-se de foro especial que julga pessoas com atributos pessoais significativos aos olhos e interesse de alguém (MUCCIO, 2001, p. 166).

Na realidade, não pode haver “privilégio” às pessoas, pois a lei não pode ter preferências. A C.F de 1988, em seu artigo 5º, XXXVII, veda e proíbe o “juízo ou tribunal de exceção”, como consequência do princípio de que todos são iguais perante a lei, permite, porém, o foro especial em atenção à relevância, à importância do cargo ou função da pessoa.

Qualquer equiparação absoluta entre agentes políticos e os demais agente públicos é equivocada. Nesse sentido, prerrogativa de foro não se confunde com foro privilegiado, pois foro pela prerrogativa de função é distinto de privilégios na função. O foro pela prerrogativa de função preserva não só o acusado, mas também o prestígio da própria justiça, não permitindo que venha a existir julgamentos vingativos e parciais. Enfim, o foro por prerrogativa de função visa preservar a independência do agente político, no exercício de sua função, garantindo o princípio da hierarquia, não podendo ser tratado como se fosse um privilégio em razão da pessoa. Portanto, não viola o princípio da isonomia (artigo 5º, caput da Constituição Federal), ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal), já que não se



estabelece a prerrogativa em razão da pessoa, das qualidades de nascimento, da majestade, mas em consequência de sua função. O acusado com benefício do foro pela prerrogativa de função, por ser julgado por uma instância superior, não tem direito ao recurso de apelação. Há a supressão do duplo grau de jurisdição, trazendo prejuízo ao acusado (MUCCIO, 2001, p. 164).

Se Pedro pratica um furto em Salvador – BA, é processado e julgado por um Juiz de Direito de Salvador; se for condenado poderá apelar para o Tribunal de Justiça desse Estado, pedindo reexame da decisão monocromática ou de primeira instância, e pode lograr êxito na sua pretensão (MUCCIO, 2001, p. 166).

Tal pretensão não poderia ocorrer se Pedro fosse, como no exemplo, Promotor de Justiça. Ele, pela prerrogativa de função, seria julgado diretamente pelo Tribunal de Justiça do Estado, cuja decisão não admitiria reexame.

Corroborar com essa posição Tourinho Filho (2000, p. 133);

Diga-se, por um lado, que a competência originária se exerce em uma única instância. Não haverá recurso contra as decisões proferidas numa causa da competência originária por prerrogativa de função, salvante as hipóteses de recursos extraordinários, recurso especial, os excepcionais casos de denegação de habeas corpus e os recursos referidos no art. 102, II, “b”, da Carta Magna.

Vale ressaltar que, diferentemente do procedimento processual penal comum, as pessoas que gozam da prerrogativa de foro não estão sujeitas ao inquérito policial. Nesse caso, as informações referentes ao crime serão obtidas através de procedimento disciplinares administrativos, legislativos ou judiciais.

Como não está se tratando de monarquias constitucionais, cujos soberanos são invioláveis pelas infrações penais cometidas, no Brasil, o Presidente e Vice-presidente da República, os chefes de Estado, Ministros do Supremo, Governadores e Secretários de Estado, Ministros de Estado, Desembargadores, Chefes de missão diplomática em caráter permanente, Comandantes das Forças Armadas, Procurador-geral da República, Juizes, membros dos Tribunais Superiores, membros da Assembléia Legislativa, da Câmara dos Deputados e Prefeitos não gozam de uma imunidade absoluta, mas sim, apenas, de prerrogativas de função. Por prerrogativa, essas autoridades, em virtude do cargo ou da função exercida, serão julgadas por seus crimes, comuns ou de responsabilidade, conforme competência atribuída pela Constituição Federal, Constituição Estadual e leis ordinárias, pelos Órgãos Superiores da Jurisdição (MIRABETE, 2004, p. 71-72), pouco importando o local da consumação do crime ou o foro de domicílio ou residência do acusado.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2000, p. 133) confirma que, no Brasil, a competência pela prerrogativa de função tem assento na Constituição Federal, artigos 69, inciso VII, e nos arts. 84, 85, 86 e 87 e seus parágrafos e incisos, nas leis ordinárias e de Organização Judiciária. O artigo 84 do CPP, que é uma decorrência dos dispositivos constitucionais acima descritos, assegura que a competência pela prerrogativa de função é do STF e dos Tribunais de Justiça para processar e julgar pessoas que devam responder por crimes comuns ou de responsabilidade.

Para Tourinho Filho (2000, p.132) “nada mais justo que, pela dignidade do cargo ou função pública, a pessoa que o exerce tenha o privilégio de ser processada e julgada, não como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas, por órgãos superiores”, deixando esclarecido que não se trata de tratamento dispensado à pessoa, mas sim ao cargo, à função que a pessoa ocupa.

O foro pela prerrogativa de função releva a dignidade da função e, uma vez cessada esta função, desaparece também o foro pela prerrogativa de função.

Hidejalma Muccio (2001, 165), concordando com a prerrogativa pela função, cita, como exemplo, a dificuldade de um Juiz de Direito de primeira instância julgar um Desembargador e ou um Ministro do Supremo Tribunal Federal, sendo que estes órgãos de instâncias superiores são que decidem sobre as remoções e promoções nas instâncias inferiores, ou o caso de um juiz local, contrário ao Poder Político instituído, julgar criminalmente o Presidente da República.

Nessa linha de análise, o autor afirma:

O foro pela prerrogativa de função preserva não só o acusado, como também o prestígio da própria justiça, colocando-a a salvo de pressões indevidas ou interferências que comprometam a imparcialidade do julgamento. A supressão do foro pela prerrogativa de função tornaria o julgamento proferido pelos Órgãos Jurisdicionais que julgam as demais pessoas, não só foro fértil de decisões a favor do acusado (seja pelas pressões internas e externas, seja pelos estreitos laços de amizade e de trabalho, seja em razão de interesse pessoais e escusos de julgador), mas também propiciador de julgamento vingativos e parciais (MUCCIO, 2001, p. 165).

Já Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 256), contestando, diz não estar convencido de que o foro privilegiado está correto, ao dar especial relevo ao cargo ocupado pelo agente do delito e jamais estar pensando em estabelecer desigualdades entre os cidadãos. Afirma que se “à justiça cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal”. O fato de se dizer não ter cabimento um juiz de primeiro grau julgar um Ministro de Estado que tenha cometido um delito, pois seria uma “subversão de hierarquia” não é convincente, visto que os magistrados são todos independentes e, no exercício de suas funções jurisdicionais, não se submetem a ninguém, nem há hierarquia para controlar o mérito de suas decisões. Quanto à pretensa proteção que se busca não se vislumbra base para tanto, pois o juiz de segundo grau está tão exposto quanto o de primeiro grau, que, se sofrer algum tipo de pressão, pode denunciar o caso, o que somente prejudicaria a quem buscou influenciar o julgador e, caso se deixe levar pela pressão e decida erroneamente, existe o recurso para sanar qualquer injustiça (NUCCI, 2006, p. 257).

A doutrina nacional procura justificar a prerrogativa de função por meio de uma série de princípios que, segundo Luiz Flávio Gomes (2004), os mais importantes são:

- princípio da hierarquia: a regra é instituída por motivo de hierarquia. Trata-se de competência originária, porque se pressupõe que o órgão superior hierárquico seja mais isento em qualquer julgamento;
- da utilidade pública: maior garantia ao julgado, fornecendo-lhe maior isenção;
- da independência do agente político: constitui uma garantia de liberdade de atuação profissional daqueles investidos em cargos públicos eletivos, constituindo um benefício que está vinculado ao cargo e não à pessoa;
- da igualdade: não há que se falar em ofensa ao princípio da igualdade, já que se trata diferentemente os desiguais, não incorrendo a norma em individualismos de forma a prevalecer certo grupo de pessoas em detrimento de outro, ou não apresentar nexo plausível entre a razão diferencial ou fator de discrimen e a diferenciação ou benefício realizada por meio dela, bem como ter o fundamento de diferenciação



contrário aos fundamentos estatuídos em nossa Carta Magna;

Seguindo o mesmo caminho, alguns doutrinadores afirmam que só faz sentido falar em prerrogativa de foro se ela se estender para além do exercício das funções, pois é nesse momento que presta alguma utilidade ao ocupante do cargo.

Tourinho Filho (2000, p. 133), em sua obra *Processo Penal*, concorda com a prerrogativa de foro e defende que:

mesmo cessada a função, o foro deve continuar, malgrado tenha o Excelso Pretório cancelado a Súmula 394. E assim pensamos em respeito ao princípio do Juiz natural, dogma de fé. Se a infração for cometida durante o exercício funcional, o foro especial persiste mesmo que cessada a função.

Na opinião de Luiz Flávio Gomes (2004), “encerrada a função parlamentar, cessa automaticamente o foro especial por prerrogativa de função, pois, como já se salientou, foi cancelada a Súmula 394 do STF”. Referida súmula continha o seguinte enunciado: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Nos termos do enunciado, cometido o delito durante o exercício funcional, continuava a competência por prerrogativa de função do STF, do STJ e dos Tribunais de Justiça na hipótese de perda de mandato etc. Suponha-se que um Prefeito Municipal, processado por corrupção perante o Tribunal de Justiça, viesse a ter cassado o mandato. O feito prosseguia nesse tribunal. O STF, por unanimidade, em decisão de 25.8.1999, do Plenário, proferida no Inq. 687 (et al.), relator o Min. Moreira Alves, cancelou a Súmula n. 394. Como ficou consignado, ela garantia julgamento perante o Pretório Excelso a ex-Deputados e a ex-Ministros processados por crimes cometidos na atividade funcional, ainda que cessado esse exercício (perda ou término do mandato, demissão do ministério etc.). Diante do cancelamento, cessado, v. g., o exercício funcional, os autos deveriam retornar ao juízo de primeiro grau. A prerrogativa de foro, afirmou o Min. Carlos Velloso por ocasião do julgamento, pressupõe o exercício do cargo ou do mandato, razão pela qual a súmula, ampliando o privilégio, não condizia com o regime democrático. Para o Plenário, a prerrogativa é funcional e não pessoal. Assim, terminado o exercício do cargo ou do mandato, cessa também a competência funcional, sendo válidos os atos praticados e as decisões proferidas com base na referida súmula (decisões com efeito *ex nunc*). O Pleno, por 7 votos a 4, decidiu não editar nova súmula sobre o tema. Para Fernando Capez (2004, p. 57), “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional, nos termos da Súmula 451 do STF”.

128

Súmula 451

A COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NÃO SE ESTENDE AO CRIME COMETIDO APÓS A CESSAÇÃO DEFINITIVA DO EXERCÍCIO FUNCIONAL.

Data de Aprovação

Sessão Plenária de 01/10/1964

Fonte de Publicação

DJ de 8/10/1964, p. 3646; DJ de 9/10/1964, p. 3666; DJ de 12/10/1964, p. 3698.



Referência Legislativa

Constituição Federal de 1946, art. 59, I; art. 62; art. 88; art. 92; art. 100; art. 101, I, “a”, “b”, “c”; art. 104, II; art. 108; art. 119, VII; art. 124, IX, XII.

Lei 1079/1950.

Lei 3528/1959.

Precedentes

HC 33509

Publicação: DJ de 25/8/1955

HC 40382

Publicação: DJ de 13/8/1964

HC 40398

Publicação: DJ de 2/7/1964

HC 40400

Publicação: DJ de 25/6/1964

RHC 28732

Publicação: DJ de 30/11/1944

Observação

Veja Súmula 394.

Indexação

IMPOSSIBILIDADE, EXTENSÃO, COMPETÊNCIA, PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, CRIME, CESSAÇÃO, EXERCÍCIO, FUNÇÃO.

O ilustre Dalmo de Abreu Dallari (2002, p. 27) opina:

129

ao mesmo tempo em que se fala que a competência privilegiada é ‘por prerrogativa de função’ acrescenta-se que tal privilégio permanece ‘após a cessação daquele exercício funcional’, ou seja, quando a pessoa já não está mais exercendo a função, não havendo, portanto, qualquer interesse público na concessão do privilégio.

Embora não seja um tema recente, a corrupção na administração pública ocupa lugar de destaque no atual contexto político-administrativo do Brasil. A relevância da matéria aumenta vez que sua freqüente aparição na seara pública é comprovadamente decisiva para a ocorrência de incalculáveis prejuízos sociais, políticos e econômicos.

3.1 Princípio da Simetria

Aos Estados fica delegado o poder de se regerem e se organizarem pelas Constituições estaduais e leis que adotarem, desde que sejam observados os Princípios da Constituição Federal. No art. 25 da CF; “Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

Formalizando a delegação de poderes às Constituições estaduais, o parágrafo 1º do artigo 125 da CF. reafirma: “A competência dos tribunais será definida pela Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”. Em face desse princípio e da lei expressa, importante o exemplo de Hidejalma Muccio (2001, p. 173);

Se O Deputado Estadual está para o Estado-Membro como o Deputado Federal está



a União, e como os Deputados Federais, em todas as infrações, são processados e julgados pelo mais alto Tribunal do País, STF, parece obvio que os Deputados Estaduais, em todas as infrações, devem ser processados e julgados pelo mais alto tribunal do Estado, o TJ.

Seguindo o mesmo raciocínio, aplica-se aos Secretários de Estado o mesmo princípio, com exceção dos crimes cometidos por estes em conexão com os do Governador de Estado que serão processados e julgados pela Assembléia Legislativa, à semelhança do que ocorre com os Ministros de estado e o Presidente da República. Nesse caso, o processo desloca-se para o Senado Federal, ou, pela Lei 1.079/95, para um tribunal misto, composto de Deputados e Desembargadores (TOURINHO FILHO, 2000, p. 139).

3.2 Competência Funcional

Quando, por lei, dentro de um mesmo processo nas fases de seu desenvolvimento, dois ou mais juízes de uma mesma instância, ou de instâncias diversas, têm jurisdição específica para atuar, realizar determinados atos, ou, ainda, decidir a causa em apenas uma das fases, em decorrência da especialização, da divisão do trabalho e também como garantia de maior ou menor capacidade funcional os Órgãos Jurisdicionais envolvidos, apreciam a causa penal no momento ou fase que são chamados para intervir.

Essa intervenção pode ocorrer em uma das fases abaixo relacionadas do processo.

- a) Na fase da instrução, como acontece no procedimento do Júri, a competência funcional é visualizada quando um Órgão Jurisdicional atua até a sentença de pronúncia e o outro na fase de julgamento.
- b) No julgamento, tratando-se de Júri, aos jurados compete a decisão sobre o mérito da causa (absolvição ou condenação), porém compete ao Juiz-presidente proferir a sentença e aplicar a pena, acatando a decisão dos jurados.
- c) Nos recursos, se houver, na mesma causa penal a participação de dois órgãos jurisdicionais, primeiro e segundo grau, o do primeiro grau é responsável pelo conhecimento e decisão, e o outro, o segundo, pelo reexame desta decisão.

A Competência Funcional pode ser horizontal, quando na mesma relação processual existe concurso de dois ou mais órgãos jurisdicionais de uma mesma instância, ou, vertical, que ocorre quando a intervenção é realizada em órgãos jurisdicionais de instâncias diversas, consagrando o duplo grau de jurisdição.

Mesmo no caso da competência por prerrogativa de função, onde ocorre a supressão da primeira instância, existe, mesmo assim, a competência funcional vertical que, segundo Tourinho Filho (2000, p. 207), ocorre, pois "pressupõem-se as duas instâncias: a inferior e a superior, havendo, por expressa determinação legal, a supressão da primeira. Assim, quem deveria julgar e processar um Desembargador que comete crime, por exemplo em Bauru, seria o próprio Juiz de Direito, segundo as regras normais de competência (art. 70 do CPP), mas, em virtude de preceito expresso, faz-se a abstração dessa competência de primeiro grau e se atribuem o processo e o julgamento a um órgão superior (MUCCIO, 2001, p. 180).

4 PRERROGATIVA PELA FUNÇÃO, RATIONE PERSONAE, NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

4.1 No Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem como atividade principal a “guarda da Constituição Federal”, como tem, também, competência para, na área penal, processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-presidente, seus próprios Ministros, os Senadores e Deputados Federais e o Procurador-geral da República. Julga e processa também os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exército e da Aeronáutica nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, ressalvados os crimes de responsabilidade destes conexos com os do Presidente e Vice-presidente (art. 52, I, e 102, I, “c” da C.F.), os membros dos Tribunais Superiores, composto pelo Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática em caráter permanente (MIRABETE, 2004, p. 199).

Os crimes penais comuns caracterizam-se por todas as modalidades de infrações penais, inclusive eleitorais, bem como as controvérsias penais, enfim o que não for crime de responsabilidade será infração penal comum (TOURINHO FILHO, 2000, p. 134). Já os crimes de responsabilidade são todos os atos atentatórios à CF, especialmente os praticados contra a existência da União, o livre exercício do Poder Legislativo, Judiciário e do Ministério Público, o exercício dos direitos políticos individuais e sociais, a segurança interna do país, a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e decisões judiciais (art. 85, I a VII, da CF).

4.1.1 Crimes de Responsabilidade e Crimes Comuns

Nos crimes de responsabilidade, são os que atentarem à Constituição Federal, especialmente aos praticados contra a existência da União, o livre exercício do Poder Legislativo, Judiciário e Ministério Público, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, a segurança interna do país, a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e decisões judiciais. (art. 85, I a VII). Essas infrações estão reguladas pela Lei n. 1.079/50 e serão julgadas pelo Senado Federal em duas fases: juízo de admissibilidade e julgamento. A admissibilidade tem início perante a Câmara dos Deputados, mediante acusação de qualquer cidadão em gozo de seus direitos políticos, e para ser admitida deverá contar com dois terços dos votos da Câmara, em uma única sessão. Obtido a votação necessária os autos serão remetidos ao Senado Federal, que em acolhendo e instaurando o inquérito causará a imediata suspensão das funções do presidente pelo prazo máximo de cento e oitenta dias, tempo em que o processo deverá estar encerrado. Assumirá a presidência dos trabalhos o presidente do STF, que submeterá a denúncia à votação, exigindo, também, dois terços dos votos para a condenação, sem prejuízo para as demais sanções cabíveis. A pena consiste na perda do cargo, proibição para a função pública por oito anos. A renúncia, antes da sessão de julgamento, não paralisa o processo, uma vez que a sanção não se limita à perda do mandato.

Nos crimes comuns, o processo desenvolve-se também na Câmara dos Deputados seguindo a mesma ritualística dos crimes de responsabilidade, porém, no caso, o presidente será julgado no STF (art. 102, I, “b”). Se se tratar de crime de ação penal pública, caberá ao Procurador-geral da República oferecer a denúncia. Sendo crime de iniciativa privada, o inquérito aguardará a iniciativa do interessado. Recebida a denúncia o presidente ficará suspenso de suas funções por



cento e oitenta dias até o processo ser encerrado. Nesse período, enquanto não ocorrer decisão condenatória, o presidente não estará sujeito à prisão (art. 86, parágrafo 3º CF).

A competência por prerrogativa de função acolhe também pessoas que não gozam de foro especial, quando houver concurso de pessoas entre estas com agentes possuidores da prerrogativa de função (artigos 77, inciso I e 78, inciso III do Código de Processo Penal) e que “não viola as garantias do juízo natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados” (Súmula 704 do STF).

Súmula 704

NÃO VIOLA AS GARANTIAS DO JUIZ NATURAL, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL A ATRAÇÃO POR CONTINÊNCIA OU CONEXÃO DO PROCESSO DO CO-RÉU AO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DE UM DOS DENUNCIADOS.

Data de Aprovação

Sessão Plenária de 24/09/2003

Fonte de Publicação

DJ de 9/10/2003, p. 6; DJ de 10/10/2003, p. 6; DJ de 13/10/2003, p. 6.

Referência Legislativa

Constituição Federal de 1988, art. 5º, LIII, LIV, LV.

Código de Processo Penal de 1941, art. 79.

Precedentes

RE 170125

Publicação: DJ de 9/6/1995

HC 68846

Publicações: DJ de 16/6/1995

RTJ 157/563

HC 75841

Publicação: DJ de 6/2/1998

HC 74573

Publicação: DJ de 30/4/1998

Indexação

AUSÊNCIA, VIOLAÇÃO, GARANTIA, JUIZ NATURAL, AMPLA DEFESA, DEVIDO PROCESSO LEGAL, EXISTÊNCIA, ATRAÇÃO, CONEXÃO, CONTINÊNCIA, PROCESSO, CO-RÉU, FORO, PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.

Entretanto, uma vez rejeitada a denúncia contra a pessoa que goza de foro privilegiado, a competência para o julgamento das demais retorna para o primeiro grau de jurisdição. É o que ocorre quando um deputado federal, ao praticar crime em concurso com um agente público, ambos serão julgados perante o STF, já que a prerrogativa pela função do deputado prorroga para o julgamento no foro especial do co-réu que não goze de tal prerrogativa, nos casos de continência e conexão, em que deve prevalecer a jurisdição de maior graduação (art. 78, III do CPP). Porém, rejeitada a denúncia contra o deputado, o co-autor terá a continuidade de seu processo em juízo de primeira instância.

4.2 No Superior Tribunal de Justiça

Ao Superior Tribunal de Justiça, órgão de 3º grau das justiças comum e especial, compete julgar e processar (art. 105, da C.F.), originalmente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal. Nos crimes comuns (traduzidos aqui como toda e qualquer infração que não seja infração de responsabilidade) e nos de responsabilidade, julgar os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do distrito Federal, também os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, como os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, juntamente com os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que atuem junto dos tribunais (art. 105, I, “a”) (MIRABETE, 2004, p. 200).

4.3 Nos Tribunais de Justiça

Os Tribunais de Justiça têm sua competência originária, em razão das pessoas, fixada na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e no Código de Processo Penal, cujo artigo 87 sofreu profundas alterações. Hoje, como já se viu, os Governadores são julgados e processados, nos crimes comuns, pelo STJ, e os Prefeitos, inclusive o do Distrito Federal, bem como os Juízes locais, dos Estados, e membros do Ministério Público serão processados e julgados pelos Tribunais de Justiça nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (MUCCIO, 2001, p. 169).

A Constituição Federal delegou aos Estados-Membros a atribuição de estabelecer a competência de seus Tribunais por meio de suas Constituições, podendo os entes federados estabelecer nestas o foro por prerrogativa de função em favor daquelas autoridades locais que, pelo desempenho de suas funções estejam a merecer tal prerrogativa.

133

O artigo 29, X da CF, atribui ao Tribunal de Justiça “julgar os Juízes Estaduais, os Juízes do Distrito Federal e Territórios, os membros do Ministério Público dos Estados,” ressalvada a competência da justiça Eleitoral (CF, art. 96, III, in fine) e o Prefeito Municipal (TOURINHO FILHO, 2000, p. 135). Os Prefeitos, nas infrações político-administrativas, (art. 4º, do Decreto-lei n. 201/67), são sujeitos ao julgamento pela Câmara de Vereadores e sancionados, com a cassação do mandato, nos chamados crimes de responsabilidade. Deve ser frisado que alguns doutrinadores questionam o poder conferido à Câmara dos Vereadores para julgar os prefeitos, pois inexistente previsão constitucional dispendo em tal sentido. Aduzem que caberia tão somente ao Tribunal de Justiça o julgamento de prefeitos, seja por crimes comuns, de responsabilidade ou mesmo nas infrações político-administrativas. Assim, estaria se falando em revogação do art. 4º do decreto-lei n° 201/67.

4.3.1 Competência para Julgar Magistrados e Membros do Ministério Público

Antes da Constituição de 1988, havia divergência a respeito do Juízo competente para julgar membro do Ministério Público que praticasse crime de homicídio doloso. Contudo a Constituição Federal em vigor contempla expressamente que os membros do Ministério Público são julgados pelos Tribunais de Justiça, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a



competência da Justiça Eleitoral (artigo 96, inciso III da CF).

Os juízes e promotores estão sujeitos a julgamento perante o Tribunal em que exercem suas funções e, se praticarem delito em outro Estado, o inquérito deve ser remetido ao Tribunal a que estão vinculados.

Dispõe a Súmula 451 do Supremo Tribunal Federal que a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional, ou seja, deixado o cargo não pode mais o ex-ocupante continuar sendo beneficiado com foro especial, salvo se o crime tiver sido praticado durante sua ocupação.

Porém, no Paraná,

O Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade, reconheceu que “projeta-se na aposentadoria o foro privilegiado do juiz. Responde este, assim, ainda depois de inativo, perante o Tribunal de Justiça pelos crimes comuns e de responsabilidade, salvo a competência da Justiça Eleitoral nos crimes eleitorais (art. 144, § 3º da CF), por isso que a prerrogativa é do cargo e não da função” (RT 595/381, 618/338). Em outros fundamentos, no que tange ao juiz, o “cargo é vitalício (n. I do art. 113 da CF), de modo que perdura pela vida inteira do Magistrado, o qual só o perde por sentença judicial transitada em julgado. O juiz é juiz tanto enquanto exerce as funções na atividade como quando deixa de fazê-lo na inatividade. Essa é a prerrogativa, pois é do cargo e não da função. Daí porquê da projeção na aposentadoria”.

Além do que ocorreu no Estado do Paraná, a jurisprudência tem entendido que o juiz ou promotor, demitido ou aposentado, que tenha praticado o delito no exercício da função, continue sob a jurisdição especial do Tribunal em que exerceram seu foro.

134

4.4 No Tribunal do Júri

Para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, a Constituição Federal estabeleceu, como regra, ser competente o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “d”), mas, em virtude da prerrogativa de função, o processo e julgamento dos agentes políticos que gozam da prerrogativa, e esta prerrogativa tiver assento na Constituição Federal, serão julgados e processados pelo TJ. Porém, se a prerrogativa tiver assento na Constituição Estadual, lei processual ou organização judiciária, o agente de crime doloso contra a vida será processado e julgado pelo Tribunal de Júri. Exemplificando, se um agente portador de prerrogativa de função determinada pela Constituição Federal, Promotor de Justiça, comete crime doloso contra a vida, pouco importando o lugar, será processado e julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado onde exerce sua função. Já um defensor Público-geral do Estado de São Paulo que praticar homicídio em Catanduvas-SP, será processado e julgado pelo Tribunal do Júri, pois o seu foro pela prerrogativa de função é estabelecido pelo Constituição paulista, lei infraconstitucional que não pode confrontar-se com ao art. 5º, XXXVIII da CF.

Nesse prisma, relata-se a lição de Maria Lúcia Karan (2002, p. 99):

Não obstante a censura que se possa politicamente fazer ao entendimento e à opção do constituinte, não se apresenta possível uma construção jurídica destinada a fazer aqui prevalecer o direito individual. O afastamento da competência do júri, nos casos em que devem incidir as regras que estabelecem a competência originária



de órgão jurisdicionais superiores em razão do cargo público ocupado pela parte a quem se atribui prática de infração penal, resulta de opção do constituinte, que a deixou expressa ao não fazer qualquer ressalva, naquelas regras, quanto às infrações penais incluídas na competência privativa do júri.

Consolidando sua posição acerca do tema e dando novos subsídios, o STF editou a Súmula 721, nos seguintes termos: “A competência constitucional do tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecida exclusivamente pela Constituição do Estado”.

4.5 Nos Tribunais Regionais Federais

Aos Tribunais Regionais Federais (art. 108, I, “a”): compete processar e julgar originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidades, os Juízes Federais da sua área de jurisdição, incluídos os Juizes da Justiça Militar (auditores da Justiça Militar Federal) e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da justiça eleitoral (CAPEZ, 2005, p. 191).

É do TRF a competência dos crimes que atingem qualquer interesse da União. Exemplificando, a fé pública de seus documentos de que pode resultar-lhe ofensa, mesmo que não seja patrimonial, e também os crimes praticados em detrimento da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, desde que não se trate de crime eleitoral. Crimes praticados contra servidores públicos federais, no exercício de suas funções ou com estas relacionados, e os praticados por servidores contra a União no exercício da função. Dispõe também a Súmula 208 do STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeitos municipais por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.”

135

4.6 No Superior Tribunal Militar

O Superior Tribunal Militar, por força da Lei 8.457/92, Lei de Organização da Justiça Militar da União, já com a alteração dada pela Lei 8.719/93, processa e julga, originalmente, nos crimes militares os Oficiais-Generais das Três Armas, em consonância com o art. 124, parágrafo único, da CF, que diz que “A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência, da Justiça Militar.”

Os crimes militares estão definidos no Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001, de 21/10/90). Nota-se que foram excluídos da competência desta Justiça os crimes definidos na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170, de 14/12/83) e, com a nova redação dada ao art. 9º, da Lei 9.299, de 7/8/96, do CPM, os crimes dolosos contra a vida, cometidos contra civil, passaram a ser da competência da justiça comum.

O Tribunal de Justiça Militar do Estado dependerá do que dispuser a Constituição do Estado.

4.7 No Tribunal Superior Eleitoral

À justiça Eleitoral compete o julgamento dos crimes eleitorais e conexos, bem como os habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção referente a esses crimes. O Tribunal Superior Eleitoral é órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, mas não tem competência *ratione personae*. Por falta de lei complementar, reclamada pelo artigo 121 da Constituição



Federal responsável pela definição de sua competência, então, os membros desse Tribunal, segundo a CF art. 102, I, “c”, serão julgados e processados pelo STF. Já os ocupantes de cargo de juízes, membros do Tribunal Regional Eleitoral, órgão de segundo grau da Justiça Eleitoral, serão julgados e processados pelo STJ (art. 105, I, “a” da CF). Complementando, os Juízes Eleitorais, por crimes eleitorais, são processados e julgados pelo Tribunal Eleitoral. (art. 121, da CF).

6 CONCLUSÃO

Cumpra observar que a prerrogativa pela função foi editada para preservar o acusado, em caso de cometimento de crimes relativos à função, no decorrer da função e em função do cargo. Também para salvaguardar a própria justiça, colocando-a acima de pressões e interferências indevidas que possam comprometer a imparcialidade de um julgamento.

Ocorre que, quando se trata de agente político, sempre existirá temor de que este tirará da prerrogativa, ofertada em virtude de sua função, proveito próprio. Os políticos de tudo fazem para modificar leis que possam lhes trazer empecilho, criar novas leis e novas funções, com o intuito de enfraquecer os órgãos fiscalizadores do Estado, no momento em que estes estão investigando seus atos. É o caso do presidente do Banco Central, Henrique Meireles. Criou-se uma função ministerial para que ele não respondesse a um processo de improbidade.

Nos últimos quarenta anos dos 137 processos, encaminhados ao STF, de crimes cometidos por agentes portadores do privilégio de foro, não ocorreu nenhuma punição. Sabedores que são de que o STF não tem estrutura para conduzir processos que não dizem respeito à guarda da Constituição e causas ligadas a constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis, dando-lhes a certeza de que o processo encaminhado ao Tribunal Superior está fadado a prescrição, estes lutam para que, cada vez mais, seja ampliado o círculo de benefícios oferecidos pela prerrogativa de função. Nos crimes de improbidade administrativa só 7% dos acusados foram punidos.

É o que acontece na Câmara dos Deputados do Paraná que cria duas frentes para enfraquecer o Ministério Público; uma reduzindo o orçamento do MP pela metade e outra criando uma espécie de foro privilegiado onde os deputados somente serão processados pelo Procurador-geral do Estado, impedindo que os promotores das comarcas investiguem irregularidades que se acumulam na cidade. Na verdade o que pode ser apurado é que aos agentes políticos, detentores da prerrogativa pela função, não importa se “no” ou “a pretexto” ou “em função” do privilégio concedido extrapolem o convencionado em lei para levar vantagem em seu proveito.

O Estado do Rio Grande do Sul criou uma Câmara de Desembargadores só para julgar e processar prefeitos que cometem crimes comuns, de responsabilidades e de improbidade, isto em 1994. De lá para cá ocorreram 331 absolvições e 179 condenações, e o número de processos ajuizados nesta Câmara a cada ano que passa diminui.

Como se vê, não é fácil para os doutrinadores e juristas manterem uma posição equilibrada e coerente quando se trata do assunto em questão, pois, somente no tempo em que este estudo está sendo compilado, ocorreu um número expressivo de mudanças no que concerne ao assunto.

REFERÊNCIAS

BIGAL, Valmir. A lavratura do auto de prisão em flagrante nos crimes inafiançáveis cometidos por magistrados e membros do Ministério Público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1260, 13 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9259>>. Acesso em: 04 mar. 2007.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n. 159 e 69. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 03 nov. 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Privilégios Antidemocráticos. Conamp em Revista. out./dez. 2002, n.º 1, 1. ed., p. 27.

GLOBO NEWS. Crimes sem castigo. Disponível em: <http://vídeo.globo.com/Vídeos.Player/Noticias/o,gim91977-7823-crimes+sem+castigos, 00, html> Acesso em: 21 jun.2007, 23:00h.

JESUS, Damásio de. Foro por prerrogativa de função. Jus Vigilantibus. Vitória, 14 abr. 2003. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1512>. Acesso em: 14 jul. 2007.

_____. Foro por prerrogativa de função. Jus Navigandi. Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3879>. Acesso em: 17 mar. 2007.

GOMES, Luiz Flavio. Foro Especial Por Prerrogativa de Função: A Recente Lei 10.628/02 Não tem a Extensão que Parece. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/.php?story=200410091151248&mode=pri> Acesso em : 10 mar. 2007.

KARAN, Maria Lúcia. Competência no processo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

MIRABETI, Julio Fabbrini. Processo penal. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MUCCIO, Hidejalma. Curso de Processo Penal. v.2. Bauru, SP: Edipro, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACELLI, Eugenio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara. Constituição Federal do Brasil 1988. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

PERTENCE, Sepúlveda. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797 Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/adi2797.pdf> Acesso em: 23 de maio de 2006.

SILVA, Célia Maria Daniel. O princípio do juiz natural e o foro por prerrogativa de função. Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/x/24/80/2480>. Acesso em: 15 de ago. 2007.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. (Ajufe) Reclamação 2.138 e PEC 358/05 art. 97-A. Disponível em:

<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=358290> Acesso em: 17 jul. 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 2. 22. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Código de Processo Penal Comentado. v.1. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Ana Paula Seffrin Saladini*

Carolina Augusta Bahls Maranhão**

RESUMO

Tratou-se na presente pesquisa da compreensão dos problemas que circundam o trabalho escravo desenvolvido no país, em especial no meio rural. Dessa forma, pretendeu-se demonstrar como tal conduta é combatida por meio dos dispositivos jurídicos que a albergam, bem como das políticas públicas de combate ao trabalho escravo. Nesse sentido, foram citadas as instituições que desempenham este trabalho de fiscalização e erradicação do trabalho escravo. Tema que sugere grandes debates tanto do ponto de vista teórico, quanto do ponto de vista prático, a compreensão da conduta aviltante do trabalho escravo, sob uma perspectiva interdisciplinar, mostra-se como o caminho correto, para que se alcancem medidas eficazes ao seu combate.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Estado Democrático de Direito. Liberdade. Trabalho Escravo.

ABSTRACT

It is treated present research to search to understand the problems that surround the developed enslaved work in the country, in special in the agricultural way. Of this form, it is intended to demonstrate as such behavior is fought by means of the legal devices lodge that it, as well as of the public politics of combat to the enslaved work. In this direction, the institutions must be cited that play this work of fiscalization and eradication of the enslaved work. Subject that in such a way suggests great debates of the theoretical point of view, how much of the practical point of view, the understanding of the debasement behavior of the enslaved work, under a perspective to interdisciplinary, reveals as the correct way, so that they are reached measured efficient to its combat.

Keywords: Democratic State of Right. Dignity of the Person Human Being. Enslaved Work. Freedom.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO. 3 QUESTÃO JURÍDICA DO TRABALHO ESCRAVO. 3.1 Os Dispositivos Legais que Versam Acerca do Trabalho Escravo. 3.2 Atual Concepção de Trabalho Decente. 3.3 A Escravidão por Dívida no Meio Rural. 4 POLÍTICAS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO. 4.1 Considerações Iniciais. 4.2 As Diversas Frentes de Atuação no Combate ao Trabalho Escravo. 4.2.1 Ministério Público do Trabalho (MPT). 4.2.2 Ministério do Trabalho

* Pós-graduada em Direito do Trabalho (UNIBRASIL) e em Direito Civil e Processual Civil (UEL). Mestranda em Ciências Jurídicas (Faculdade de Direito de Jacarezinho). Professora de Processo do Trabalho da UNIFIL (Londrina) e de Direito e Processo do Trabalho da FIO (Ourinhos). Juíza Titular da Vara do Trabalho de Jacarezinho.

** Bacharel em Administração de Empresas – UNOPAR, acadêmica do 5º ano do Curso de Direito da UNIFIL.



e Emprego (MTE) 4.2.3 Organização Internacional do Trabalho (OIT). 4.2.4 Comissão Pastoral da Terra (CPT) 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A escravidão não é mais justa nem necessária, como entendiam os povos antigos. Não se vive mais na Antiguidade Clássica, na Idade Média, nem no período de colonização. Vive-se, sim, na era dos direitos, ou seja, dos Estados Democráticos, que desenvolvem suas políticas sob a égide da lei, na busca pela diminuição das desigualdades sociais, preservando os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Mas a escravidão, como terrível forma de degradação do ser humano, torna difícil o pleno exercício desses direitos.

O fim da escravidão, que antes era legalmente permitida, deveria realmente significar um marco na história das conquistas do ser humano, já que todos os homens, por serem iguais, devem respeitar uns aos outros, e não explorá-los. No entanto, verifica-se que, independente da sua abolição no campo jurídico (término do direito de propriedade sobre o homem), na prática a referida exploração ainda pode ser constatada.

A exploração hodiernamente tem como vítimas aqueles seres humanos que geralmente vivem em precárias condições, sejam materiais, sociais ou culturais. São pessoas que partem em busca de trabalho e acabam por se submeter às condições equivalentes à de escravo. Atualmente o trabalho escravo se configura quando direitos mínimos que visam preservar a dignidade do ser humano trabalhador são violados, quando um indivíduo se vê privado de sua liberdade de forma compulsória, seja em decorrência da retenção de documentos, pela violência ou grave ameaça, ou em razão de dívidas ilegalmente impostas.

Nesta senda, buscar-se-á apresentar pontos característicos do trabalho escravo, as diretivas normativas que regulamentam a sua erradicação, sendo, por fim, analisadas as atuais políticas de combate ao trabalho escravo.

2 CONCEITO CONTEMPORÂNEO

O atual conceito de trabalho escravo distingue-se daquele praticado na antiguidade ou no período colonial brasileiro. A escravidão, como idéia de propriedade, ou seja, como direito de domínio de um homem sobre outro, foi abolida. Em razão disso, nos documentos internacionais não se utiliza o termo “trabalho escravo”, mas sim “trabalho forçado, formas contemporâneas ou análogas à escravidão” (CASTILHO, 1999, p. 83).

Na antiguidade, o escravo era propriedade do dominus. Dessa forma, poderia ser vendido, alugado, doado ou eliminado, sendo considerado coisa. Para ser escravo não era necessário ser de outra raça: “a condição de escravo derivava do fato de nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de condenação penal, de descumprimento de obrigações tributárias, de deserção do exército, entre outras razões” (BARROS, 2006, p. 50).

No Brasil, a utilização da mão-de-obra escrava se deu com a vinda dos portugueses, e perdurou por quase quatrocentos anos, período que compreendeu entre 1500 até 1888. Nesse período, o escravo era considerado coisa, segundo descreve Jacob Gorender (apud CASTRO, 2004, p. 387):

[...] pode o senhor alugar escravos, emprestá-los, vendê-los, doá-los, transmiti-los por herança ou legado, constituí-los em penhor ou hipoteca, desmembrar da nua

propriedade o usufruto, exercer, enfim, todos os direitos legítimos de verdadeiro dono ou proprietário. Como propriedade, está ainda o escravo sujeito a ser seqüestrado, embargado ou arrestado, penhorado, depositado, arrematado, adjudicado, correndo sobre ele todos os termos sem atenção mais do que à propriedade no mesmo constituída.

Abolida a escravidão no Brasil, em 1888, acreditou-se que essa vergonhosa forma de exploração do homem pelo homem tivesse realmente desaparecido, mas o que se pode constatar é que apenas o direito de propriedade de uma pessoa sobre outra foi abolido, tendo em vista que a exploração do ser humano persiste, ainda que de forma dissimulada.

O trabalho escravo contemporâneo pode ser conceituado como:

O estado ou a condição de um indivíduo que é constrangido à prestação de trabalho, em condições destinadas à frustração de direito assegurado pela legislação do trabalho, permanecendo vinculado, de forma compulsória, ao contrato de trabalho mediante fraude, violência ou grave ameaça, inclusive mediante a retenção de documentos pessoais ou contratuais ou em virtude de dívida contraída junto ao empregador ou pessoa com ele relacionada (SCHWARZ, 2008, p. 117-118).

Segundo a OIT e o Ministério Público do Trabalho, o cerceamento da liberdade do trabalhador, de modo geral, ocorre de quatro formas: com a apreensão de documentos pessoais; com a presença de guardas fortemente armados; com dívidas ilegalmente impostas e em decorrência das condições geográficas do local de trabalho, que inviabilizam a fuga; tudo isso atrelado a péssimas condições de higiene e saúde (NASCIMENTO, 2005).

Vale citar que, no ordenamento jurídico pátrio, o crime de redução à condição análoga à de escravo, tipificado no artigo 149, do Código Penal, foi alterado substancialmente com o advento da Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003, ampliando as formas e os meios pelos quais o crime pode ser executado, trazendo uma idéia do que se deve entender por condição análoga à de escravo.

Esse novo diploma legal, com o fim de reforçar a proteção penal dos bens juridicamente tutelados, determinou que o crime previsto caracteriza-se “quando a vítima for submetida a ‘trabalhos forçados’ ou à ‘jornada exaustiva’, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto” (BITENCOURT, 2007, p. 389).

Diante do exposto, pode-se concluir que o trabalho escravo contemporâneo é uma realidade cruel que ainda assola o país, mostrando pessoas privadas de sua liberdade de diversos modos. Vale ressaltar que o escravizador não os priva apenas da liberdade, mas também não respeita direitos mínimos para manter a dignidade humana dos trabalhadores, que, por diversas vezes, são encontrados em condições piores que a dos escravos no período colonial.

3 A QUESTÃO JURÍDICA DO TRABALHO ESCRAVO

Inúmeras foram as conquistas dos homens ao longo da história, em especial no tocante aos direitos humanos. Reconhecer a igualdade, independente de raça, cor, religião ou etnia, representou uma grande vitória na busca pela proteção dos direitos do homem. Mas a igualdade ideal entre todos os homens ainda não foi alcançada, uma vez que as desigualdades sociais dificultam



seu pleno exercício.

Embora a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 traga os ideais de igualdade e a liberdade entre os homens, “essa liberdade está longe de ser alcançada, em face da ineficiência da fraternidade” (LIMA, 2008, p.1325).

No caso do Brasil, para o ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso, o problema do país não é mais o subdesenvolvimento e sim a injustiça social. “É um problema quase moral. Não se justifica tanta desigualdade e tanta pobreza, dado o nível de desenvolvimento que temos” (CARDOSO, 2009, p. 73).

Embora há mais de cento e vinte anos a Lei Áurea tenha abolido a escravidão no país, ela nunca desapareceu por completo. Mas isso não se trata de um problema exclusivo do Brasil ou de países periféricos, atingindo também países centrais, como os europeus, “que convivem com o escândalo da superexploração da mão-de-obra de estrangeiros em seus territórios para sustentar o seu atual modelo de desenvolvimento” (SCHWARZ, 2009, p. 27).

Deve-se atentar para o fato de que a exploração do trabalho não ocorre apenas no meio rural; embora ali seja mais frequente, ocorre também no meio urbano. Como bem observa Wilson Ramos Filho (2008, p. 270-271), o “trabalho escravo urbano contemporâneo” possui duas espécies: uma prestada nas cidades em condições análogas à de escravo sem suporte contratual válido, e outra com suporte contratual válido, esta última denominada “neo-escravidão”. Na primeira hipótese, um dos exemplos mais frequentes são os trabalhadores imigrantes nas cidades, que por reconhecerem sua condição de clandestinos ou ilegais se sujeitam à exploração, muitas vezes abdicando do direito inalienável de ir e vir. Quanto ao trabalho oferecido nas cidades com suporte contratual válido, prestado em condições análogas à de escravo, geralmente não implica restrição do direito de ir e vir, “mas ‘tão-somente’ se impõe trabalho degradante ou trabalho prestado em jornadas exaustivas”. Vale lembrar que o artigo 149 do Código Penal não exige, para a tipificação da conduta criminosa, a privação ou restrição da liberdade de ir e vir (RAMOS FILHO, 2008, p. 282).

Não obstante todas as diretivas legislativas e toda a realidade fática já identificada na atualidade ainda existem posicionamentos doutrinários contrários à existência do trabalho escravo, que acabam por reconhecer apenas o desrespeito a algumas normas trabalhistas, como assevera Gervásio Castro de Rezende (2009, p. 25): [...] “Isso teria que ver com as condições inadequadas de alojamento e alimentação, ainda mais quando se consideram os padrões, sempre bastante elevados e completamente irrealistas requeridos pelas normas trabalhistas” [...].

Isso indica que ainda existe certa resistência em aceitar que o trabalho escravo é uma realidade no país. Mas o que se observa, na prática, é que não se trata apenas de descumprimento pontual de normas ou “padrões elevados” de direitos trabalhistas, mas sim de desrespeito à própria condição de ser humano.

3.1 Os Dispositivos Legais que Versam Acerca do Trabalho Escravo

Inúmeros são os tratados, pactos, declarações e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos que repudiam o trabalho escravo e o identificam como “grave forma de violação dos direitos humanos”. No direito brasileiro, o repúdio a esta forma de exploração do ser humano está contido desde a Constituição Federal no artigo 5º, incisos III, XIII, XV, XLVII e LXVII, assim como nos artigos 149, 197, 203, 206 e 207, do Código Penal, “além de todas as normas internacionais ratificadas e internalizadas”, sem esquecer que a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento da República Federativa do Brasil (RAMOS FILHO, 2008, p. 278).

Além dos já citados, a Constituição Federal também estabelece no art. 6º que o trabalho

é um direito social, e o art. 7º traz um rol de direitos dos trabalhadores como: “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”; sem excluir “outros que visem à melhoria de sua condição social” (BRASIL, 1988, p. 30-32).

Dentre esses inúmeros dispositivos que versam sobre a questão do trabalho escravo, convém elencar alguns como a Convenção da Liga das Nações, de 1926, que já proibia o comércio de escravos em todos os aspectos, inclusive “todos os atos envolvidos na captura, aquisição ou cessão de uma pessoa com o propósito de reduzi-la à escravidão” (PALO NETO, 2008, p. 89).

As Convenções n. 29 da OIT, de 1930, e a n. 105, de 1957, versam acerca do trabalho forçado ou obrigatório. A Convenção n. 29 estabelece que “trabalho forçado ou obrigatório compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente” (OIT, 1930). Já na Convenção n. 105 os Estados signatários se comprometem a “abolir toda forma de trabalho forçado ou obrigatório e dele não fazer uso” (OIT, 1957).

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, reafirmando a proibição, estabelece em seu artigo 4º que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”; no artigo 5º, que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Ainda consagra o “livre direito à escolha do trabalho” ao dispor no artigo 23, item 1, que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de seu trabalho e à proteção contra o desemprego” (CARLOS, 2006, p. 277).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, proíbe expressamente, em seu artigo 6º, a prática da escravidão e da servidão (PALO NETO, 2008, p. 90).

Em razão de ainda existirem graves violações a direitos dos trabalhadores, em 1998 foi aprovada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. Trata-se de uma “reafirmação universal dos Estados Membros e da comunidade internacional em geral de respeitar, promover e aplicar um patamar mínimo de princípios e direitos no trabalho, que são reconhecidamente fundamentais para os trabalhadores” (OIT, 1998).

Dessa forma, tem-se uma série de dispositivos legais que visam coibir as práticas de trabalho escravo, tanto na seara constitucional, trabalhista e penal, quanto nas diversas frentes internacionais, motivo este que demonstra a tentativa de se estancar tais práticas. No entanto, faz-se necessário alertar que “as leis existentes não têm sido suficientes para resolver o problema [...]. A utilização da mão-de-obra escrava ainda é massiva em certas regiões do País, porque barateia custos com mão-de-obra” (SCHWARZ, 2008, p.126), traço este característico na atualidade.

3.2 A Atual Concepção de Trabalho Decente

Para uma melhor compreensão do que vem a ser trabalho escravo é importante analisar a questão do trabalho decente, que figura atualmente como uma das prioridades da OIT, do Governo Brasileiro e dos demais países do continente americano.

O tema foi discutido em inúmeras conferências e reuniões internacionais, dentre as quais destacam-se a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), realizada em Nova York, em setembro de 2005, e a IV Cúpula das Américas, realizada em Mar Del Plata, em novembro de 2005, onde os Estados participantes se comprometeram a “combater a pobreza, a desigualdade, a fome e a exclusão social” melhorando as condições de vida de seus povos. E ainda conferiram ao direito



do trabalho, “tal como está estipulado nos instrumentos de direitos humanos, um lugar central na agenda hemisférica, reconhecendo assim o papel essencial da criação de trabalho decente para a realização desses objetivos” (OIT, 2006).

Considerando que uma das maneiras de combater a pobreza e as desigualdades sociais é proporcionar trabalho decente para os cidadãos, efetivando, dessa maneira, os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, em especial, a dignidade da pessoa humana, é indispensável que haja uma integração de políticas econômicas e sociais, lembrando que há também um dever social, que impõe a busca pelo combate ao trabalho escravo, através de uma atuação conjunta de setores públicos e privados (OIT, 2006).

O ponto crucial para entender o motivo que leva cidadãos a se sujeitar a condições degradantes de trabalho, bem como a péssimas condições de sobrevivência, é o quadro fático de dificuldade enfrentado por esses humildes trabalhadores no busca do próprio sustento e o de sua família. Mas é inaceitável que, para isso, devam ter sua dignidade e liberdade suprimida.

A OIT define trabalho decente como sendo um “trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho” (OIT, 2006).

Seguindo esse conceito, pode-se dizer que o trabalho escravo nega ao cidadão esse conjunto de direitos convencionados pela OIT como caracterizadores de trabalho decente. Nessa esteira, José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2006, p. 128) aduz que negar o trabalho decente é opor-se aos princípios básicos que regem os Direitos Humanos do trabalhador, e conclui de maneira mais ampla que trabalho decente:

144

[...] é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho em condições justas, incluindo a remuneração, e a preservação de sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais.

Em virtude dessas considerações, conclui-se que o trabalho é um meio pelo qual o ser humano viabiliza sua existência de forma digna, assim como o pleno exercício da liberdade, pois possibilita o direito de fazer escolhas. Mas diante da exploração da mão-de-obra e das inúmeras violações a direitos humanos, faz-se necessário que esses direitos sejam não só garantidos, mas também efetivamente buscados por organizações, governos e toda sociedade.

3.3 Escravidão por Dívida no Meio Rural

Atualmente a forma mais usual de exploração do trabalhador, principalmente no meio rural brasileiro, é a escravidão por dívida. Nela, trabalhadores com pouco poder aquisitivo e poucas opções de emprego em suas comunidades de origem são recrutados com a falsa promessa de que encontrarão trabalho decente. Por tais razões eles partem em busca de melhores condições de vida e acreditam que dessa forma poderão sustentar suas famílias.

Esses trabalhadores são geralmente recrutados em locais distantes daqueles da prestação de serviço. Esclarecendo a forma de recrutamento desses trabalhadores, Patrícia Audi aduz (2006, p. 77):



Esses humildes brasileiros, recrutados em municípios muito carentes, de baixíssimo IDH, são oriundos principalmente dos estados do Maranhão, Piauí, Tocantins e Pará. Caracterizam-se por serem pessoas iletradas, analfabetas ou com pouquíssimos anos de estudo. Quando traçamos um perfil de gênero, descobrimos que são homens em sua grande maioria (98%), entre 18 e 40 anos (75%), que possuem como único capital de trabalho a força bruta e por isso são utilizados em árduas tarefas, principalmente na derrubada da floresta ou na limpeza da área já devastada (o conhecido roço juquirá) para o plantio de pastos (80% dos casos) ou de outros insumos agrícolas.

Inicialmente não conseguem identificar que aquela oportunidade de emprego os levará a uma forma de escravidão. Apenas visualizam uma chance de mudar de vida, já que nesse primeiro momento os recrutadores de mão-de-obra, conhecidos como “gatos”, oferecem boas oportunidades de trabalho, bons salários, transporte, alimentação e alojamento gratuito. Algumas vezes até adiantam dinheiro para a família do trabalhador (SCHWARZ, 2008, p. 119-120).

Todas as despesas decorrentes da viagem são anotadas em um caderno de dívidas que “permanece em posse do ‘gato’ ou do gerente da fazenda, sem que os trabalhadores tenham controle ou conhecimento do que está sendo registrado”. Assim as dívidas são anotadas individualmente, sendo que, além disso, as despesas com os equipamentos para o trabalho, como botinas, luvas, e as “despesas com os improvisados alojamentos e a precária alimentação fornecida também serão anotados no conhecido ‘caderninho’, a preços muito superiores aos praticados no comércio”; ou seja, já no início do trabalho os cidadãos estão em dívida com o proprietário do negócio (AUDI, 2006, p. 79).

Esses trabalhadores são levados para o local da prestação de serviços, que, na maioria das vezes, localiza-se em pontos afastados daqueles em que foram recrutados, facilitando sua dominação. A violação de direitos começa a aparecer de forma mais clara, uma vez que deverão se submeter a jornadas exaustivas de trabalho, geralmente em péssimas condições de sobrevivência. Abordando de maneira cristalina, esclarecem Cristiane Sabino Silva e Renata Cristina Alencar Silva (2006, p. 37):

Ao chegarem ao local de trabalho, propriamente dito, os trabalhadores se deparam não só com hospedarias coletivas inadequadas, como também com péssimas condições de higiene e alimentação, uma vez que, na maioria das vezes, lhes são destinados barracos improvisados incrustados no meio do mato, tendas cobertas com lona preta ou precários galpões de madeira. Há relatos de superlotação, em local onde não havia espaço suficiente para que todos pudessem se deitar ao mesmo tempo; em outros alojamentos não havia iluminação, nem vaso sanitário. Há relatos de trabalhadores que afirmam que a água que bebiam vinha de uma poça, que não era oferecida nem aos animais; a mesma água era utilizada para banho, cozimento de alimentos [...].

As vítimas dessa prática fraudulenta acreditam que realmente estão em dívida com o dono da fazenda ou com o “gato”. Achando-se responsáveis por saldá-las, permanecem meses sem salários e sem poder voltar para casa, com a esperança de que no final do contrato receberão o salário acordado, sujeitando-se àquela condição degradante (AUDI, 2006, p. 79-80). Isso demonstra a boa-fé de tais trabalhadores, o que torna ainda mais vil a atitude de exploração de sua mão-de-obra.

Mesmo depois de terminadas as tarefas para as quais foram contratados, esses trabalhadores, muitas vezes, não conseguem sair das fazendas ou são abandonados nas cidades vizinhas sem nenhum dinheiro. Impossibilitados de voltar para casa, sem comida ou lugar para ficar, são acolhidos em “pensões hospedeiras”. Inicia-se, então, um novo ciclo de exploração de mão-de-obra, como ensina Patrícia Audi (2006, p. 79):

Nessas pequenas pousadas, assumem novas dívidas para sobreviverem e são conhecidas nas cidades como verdadeiras vitrines de mão-de-obra escrava. As despesas de hospedagem e alimentação desses trabalhadores aumentam a cada dia e são pagas novamente pelo “gato”, pelo gerente ou pelo próprio dono de uma outra fazenda, que assumem essas dívidas e reiniciam o ciclo da escravidão. O passe desses trabalhadores abandonados à própria sorte, é comprado para que de novo sejam submetidos às mesmas ou piores condições de trabalho.

Esses infelizes trabalhadores, conhecidos como “peões de trecho”, são comercializados como se fossem mercadorias nas pensões, que os acolhem contabilizando suas dívidas e depois os vendem aos mercadores de escravos contemporâneos (AUDI, 2006, p. 80).

A dívida como forma de coerção é um fator tão forte que, muitas vezes, não é preciso o uso de armas para manter esses trabalhadores sob domínio dos escravizadores contemporâneos (PALO NETO, 2008, p. 74).

Nessa esteira é possível afirmar que a escravidão no Brasil não foi totalmente eradicada. Essa vergonhosa forma de degradação do ser humano continua vitimando inúmeros trabalhadores, principalmente em regiões mais carentes.

146

4 POLÍTICAS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO

4.1 Considerações Iniciais

No Brasil as denúncias sobre a existência do trabalho escravo contemporâneo iniciaram-se por D. Pedro Casaldáliga, Bispo de São Félix do Araguaia, no Mato Grosso, a partir de 1971, e também com as denúncias da Comissão Pastoral da Terra (CPT), que alertavam para a exploração e ocupação da região da Amazônia (SCHWARZ, 2009, p. 27).

A partir do início da década de 90, “algumas importantes ações começaram a ser tomadas”. Em 1995 foi editado o Decreto n. 1.538, criando “estruturas governamentais para atuar no combate ao trabalho escravo, com destaque para o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF) e o Grupo Móvel de Fiscalização, coordenado pelo MTE” (AUDI, 2006, p.75-76).

Em setembro de 2003, durante o primeiro mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o Brasil reconheceu formalmente, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a existência de trabalho escravo no país e sua responsabilidade pelas violações dos direitos humanos relacionados a essa prática abusiva. Isso ocorreu após a denúncia de inércia da justiça brasileira no caso do trabalhador José Pereira, apresentada pelo Centro de Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela CPT. O Brasil então assinou um acordo comprometendo-se a adotar medidas de combate ao trabalho escravo (SCHWARZ, 2008, p. 108).

O Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, implementado em março de 2003, foi um marco para o combate à prática no Brasil. Acerca do Plano, Schwarz comenta (2008, p. 147-148):



O Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo é, sobretudo, um marco significativo, mais do que simbólico, no combate à escravidão contemporânea no Brasil, pois marca a reafirmação institucional da existência da escravidão e alça o compromisso com a sua eliminação ao status de prioridade nacional. Compreende setenta e seis medidas de combate à prática do escravismo, entre elas medidas legislativas pertinentes a expropriação de terras em que for encontrado trabalho escravo, à suspensão do crédito de fazendeiros que se utilizam da prática do escravismo e à transferência para a esfera federal da competência pertinentes ao julgamento dos crimes contra os direitos humanos [...].

No ano de 2008 foi lançado o 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do Relatório Global de Trabalho Forçado, ressalta alguns pontos importantes do 2º Plano, como “a expropriação e a redistribuição das propriedades daqueles empregadores que utilizam trabalho forçado”, assim como “sanções econômicas mais elevadas” contra esses empregadores, “proibindo-os de obter empréstimos, tanto do setor privado como de fontes públicas”, entre outras tantas medidas (OIT, 2009, p. 48).

De acordo com os números do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), de 1995 a maio de 2009 foram resgatados 33.397 trabalhadores em condições análogas à de escravo, em 813 operações. Os infratores foram condenados ao pagamento de indenizações que somadas resultam em R\$ 48.418.642,17. Esses números levaram a OIT a considerar o Brasil como um exemplo no combate ao trabalho escravo. Só em 2009, segundo o relatório do MTE, atualizado em maio de 2009, já foram resgatados 614 trabalhadores em 29 operações, resultando em um pagamento de indenizações no valor de R\$ 866.016,71 (BRASIL, 2009).

Dentre as diversas tentativas de coibir o trabalho escravo está a criação do cadastro de empresas e pessoas autuadas por sua exploração, instituído pelo MTE por meio da Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004, “com observância ao art. 186, III e IV, da CF”. O cadastro traz o nome do infrator, que só é incluído “após decisão administrativa final referente ao auto de infração lavrado em procedimento fiscalizatório no qual tenham sido identificados trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo”, sendo também denominado de “lista suja” (PINTO, 2008, p. 1111).

Outra medida de suma importância nesta luta pela erradicação do trabalho escravo no Brasil é a aprovação da PEC n. 438/01, que prevê a desapropriação de terras “onde forem flagrados trabalhadores” em situação análoga à de escravo, dando nova redação ao artigo 243 da CF. A proposta já foi aprovada pelo Senado Federal, mas ainda depende de aprovação da Câmara dos Deputados (SCHWARZ, 2008, p.152).

A ação prevista no 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo também busca implantar agências locais do Sistema Nacional de Emprego (Sine) “nos municípios de aliciamento para o trabalho escravo a fim de evitar a intermediação ilegal de mão-de-obra”. Ou seja, busca-se eliminar o aliciamento pelos intermediários conhecidos como “gatos” (BRASIL, 2008, p.17).

Essa ação já foi implantada. Trata-se de um “projeto pioneiro no combate ao aliciamento ilegal”, denominado Marco Zero, lançado em 03 de novembro de 2008. É um projeto de intermediação de mão-de-obra no campo, através das agências do Sine, como já ocorre nos centros urbanos (BASÍLIO, 2009, p. 28-29).



4.2 As Diversas Frentes de Atuação no Combate ao Trabalho Escravo

No Brasil diversas organizações governamentais e não-governamentais lutam pela erradicação do trabalho escravo, com destaque para o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), a Associação Nacional dos Juizes do Trabalho (ANAMATRA), a Comissão Pastoral da Terra (CPT), a organização não-governamental Repórter Brasil, a Ordem dos Advogados do Brasil, entre tantas outras. Como se observa, embora muitos busquem acabar com a superexploração da mão-de-obra, a ganância de alguns dificulta o pleno exercício da liberdade do trabalhador.

4.2.1 Ministério Público do Trabalho (MPT)

De acordo com as diretrizes implementadas pela Constituição de 1988, tem atualmente o Ministério Público função primordial no Estado brasileiro, principalmente no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais ao cidadão.

A partir de 2003, “membros do Ministério Público do Trabalho passaram a acompanhar o grupo móvel de fiscalização em quase todas as ações, o que redundou em um aumento do número de ações civis públicas ajuizadas”, o que acrescentou ações no combate ao trabalho escravo também no âmbito judiciário. Vale dizer que um instrumento que pode mostrar especial eficácia no combate ao trabalho escravo é a possibilidade de ingresso pelo MPT de ação civil pública (SCHWARZ, 2008, p. 150).

Convém ressaltar que o Ministério Público tem como missão “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Por tais razões pode-se afirmar que o MPT desempenha papel primordial no combate ao trabalho escravo e, assim o sendo, uma de suas principais metas é a erradicação do trabalho escravo ou forçado (LEITE, 2008, p. 164).

4.2.2 Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 21, XXIV, a competência da União para “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”. A Lei n. 8.028 (art. 19, VII, alínea a) determinou que esta competência é atividade institucional do MTE. Sendo assim, compete ao MTE a responsabilidade pela fiscalização do trabalho. Sobre a importância dessa atribuição João de Lima Teixeira Filho (2005, p. 1301) ensina:

O papel da fiscalização cresce de importância quando sabemos que o brasileiro não alcançou ainda aquele estágio de cultura cívica que o faça ter especial respeito pela ordem jurídica e pelo cumprimento da lei. Ainda há muito cidadão e muito empresário supondo que burlar a lei, em vez de delito, é uma demonstração de superioridade ou de inteligência [...].

O MTE, assim como o MPT, desempenha função essencial ao combate ao trabalho escravo e degradante. Esse combate é identificado através de ações de fiscalização, coordenadas pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, em locais previamente identificados. O intuito dessa fiscalização é a busca pela regularização da relação de emprego existente, bem como, caso seja identificada a

submissão à condição análoga à de escravo, desenvolver os meios necessários à desvinculação por completo desses trabalhadores com a atividade por eles exercida (BRASIL, 2009).

Saliente-se ainda que a criação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) trouxe resultados significativos para o combate ao trabalho escravo. Os números demonstram a importância do GEFM. Neste sentido assevera Cristiane de Melo Mattos Sabino Gazola Silva (2009, p. 89):

A função do grupo não era apenas garantir a liberdade dos trabalhadores, mas também seu retorno ao local de origem, alojamento, alimentação, identificação, posto que muitos deles têm os documentos retidos, além de tratamento médico-hospitalar para tratar doenças como a malária e sequelas de acidentes de trabalho. Existe também o trabalho de conscientização para esses trabalhadores não venham a se submeter, novamente, aos trabalhos forçados. No entanto essa é uma das tarefas mais difíceis porque, com a pobreza, o reinício do ciclo é inevitável.

Cumpra assinalar que o problema do trabalho escravo não se restringe a regiões de extrema pobreza, embora a incidência da exploração do ser humano seja maior nos estados do Pará, Maranhão e Mato Grosso. Esta exploração também ocorre em outras regiões, como no Estado do Paraná, sendo que em abril de 2009 o GEFM flagrou 21 trabalhadores em condições análogas à de escravo na zona rural do município de São João do Triunfo, interior do Paraná. No dia 02 de junho de 2009 auditores fiscais do trabalho da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego do Paraná (SRTE/PR) resgataram 29 trabalhadores em situação análoga à de escravo no município de Doutor Ulysses (PR), distante 140 km da capital do Estado. Esses humildes trabalhadores estavam alojados “em barracos de madeira e até em um curral [...], usavam banheiros sem condições de higiene” e tomavam água de córrego, sem nenhum saneamento básico (BEMPARANA, 2009, p.1).

Nessa mesma esteira, em ação conjunta com o MPT, em setembro de 2009 foram resgatados 98 trabalhadores em regime análogo à escravidão em Goiás, a 370 quilômetros da Capital, Goiânia, enquanto trabalhavam em uma obra que integra o PAC (Programa de Aceleração do Crescimento). Estes trabalhadores estavam sem salário, instalados em alojamentos precários, e acumulavam dívidas em troca de comida. A empresa os buscou distante, parte no interior do Mato Grosso e parte de Minas, o que dificultava o retorno para casa (SCOLESE, 2009). Por essas denúncias pode-se verificar a importância do trabalho desses grupos na erradicação da escravidão.

4.2.3 Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Instituída através da Conferência de Paz, após a Primeira Guerra Mundial, a OIT surge como “uma comissão destinada ao estudo preliminar da regulamentação internacional do trabalho”. Sua “estrutura, seu funcionamento e suas finalidades” estão previstas na Parte XIII do Tratado de Versalhes, assinado pelas potências européias e que encerrou oficialmente a Primeira Guerra Mundial, selando a paz (SÜSSEKIND, 2005, p. 1541-1542).

Essa entidade internacional desenvolve inúmeras campanhas com o intuito de acabar com o trabalho forçado e também na promoção do trabalho decente, além de aprovar Convenções que acabam por ser ratificadas pelos países membros, a exemplo das já citadas Convenções 29 e 105 (vide item 3.1 supra). Com isso tenta criar um ambiente propício ao processo de globalização, onde os interesses econômicos consigam respeitar os interesses sociais, e assim se alcance a tão sonhada equidade social.



4.2.4 Comissão Pastoral da Terra (CPT)

A CPT foi criada em junho de 1975, durante o Encontro de Pastoral da Amazônia, convocado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e realizado em Goiânia (GO). Os primeiros trabalhos desenvolvidos pela CPT estavam vinculados aos trabalhadores da terra através de um serviço pastoral (CPT, 2009).

Originariamente, o trabalho da CPT baseava-se “em situações em que havia uma clara injustiça, mas também certa consciência da injustiça; situações em que a ação de resistência à injustiça era dos próprios trabalhadores”. Naquela época, enquanto alguns trabalhadores tomavam consciência de que se tornaram escravos outros se recusavam a aceitar e não reconheciam “essa qualificação” (MARTINS, 1999, p.132).

No combate ao trabalho escravo desde seus primeiros anos de atuação, a CPT se destaca como importante entidade na busca pela erradicação desse mal no meio rural brasileiro. No desenvolvimento de seu trabalho busca a defesa dos direitos dos trabalhadores, sejam eles: “o direito à terra e de permanecer nela, de trabalhar, de acesso à água, direitos trabalhistas e à dignidade humana” (CPT,2009).

Todos esses esforços da CPT para dirimir os conflitos existentes, se deram porque no país difundia-se, conforme observa José de Souza Martins (1999, p. 137-138) um “modelo asiático de capitalismo” onde os custos do trabalho “são reduzidos ao extremo, mesmo com o comprometimento da sobrevivência do trabalhador, porque é um trabalhador descartável e substituível”.

Pode-se afirmar que a CPT desenvolve sua atuação com o escopo nuclear de defender os direitos humanos. Essa ação é apresentada de maneira explícita ou implicitamente, sempre no que diz respeito ao trabalhador, seja qual for o campo de desenvolvimento de sua atividade (CPT, 2009).

150

5 CONCLUSÃO

Como restou demonstrado ao longo do trabalho, mesmo sendo o Brasil referência no cenário internacional no combate ao trabalho escravo, e embora existam inúmeros dispositivos legais e ações governamentais e não-governamentais no combate desta terrível prática, ela ainda faz inúmeras vítimas. Nessa moldura os trabalhadores são tratados como mão-de-obra altamente descartável, sem nenhum direito humano ou trabalhista respeitado. Esses trabalhadores, normalmente pessoas de origem humilde, são usados como um meio para atingir determinado fim, qual seja: o lucro de seus exploradores.

Progressos tem sido alcançados com a atuação das entidades já citadas, mas ainda não conseguimos alcançar o resultado ideal, que é a erradicação dessa censurável prática. Para que esta forma de degradação do ser humano seja erradicada é preciso que o Estado realmente cumpra seu papel, ou seja, assegure o exercício dos direitos sociais e individuais, como a liberdade, a igualdade e a justiça, e também que a dignidade da pessoa humana seja preservada acima de todos os outros interesses, principalmente os econômicos, para que, assim, a Carta Magna possa ser concretizada.

É imprescindível também que toda a sociedade se conscientize se que o direito de propriedade de uma pessoa sobre a outra foi abolido há tempos, mas não se pode esconder que o trabalho escravo ou trabalho forçado ainda existe no país. E erradicá-lo não é atribuição apenas do Poder Público, sendo necessária também a participação de toda a sociedade, para que esses ideais sejam realmente efetivados. Inaceitável vislumbrar tantos dispositivos legais, convenções,



pactos e acordos, buscando preservar a dignidade e a liberdade do ser humano, e, mesmo assim, o homem se achar no direito de reduzir seu semelhante ao status de coisa.

REFERÊNCIAS

AUDI, Patrícia. A escravidão não abolida. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (co-ord.). Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BASÍLIO, Ludimila. Marco Zero muda a empregabilidade no campo. Revista do Trabalho. 28-jan. / fev. / março de 2009. Disponível em:

<<http://www.mte.gov.br/revista/edicao3/revista.pdf#page=26>>. Acesso em: 03 jun. 2009.

BEMPARANA. Trabalho escravo na RMC é flagrado em operação policial. Curitiba 04 jun. 2009. Disponível em:

<<http://www.bemparana.com.br/index.php?n=109982&t=trabalho-escravo-na-rmc-e-flagrado-em-operacao-policial>> Acesso em: 10 jun. 2009.

BEMPARANA. Fiscalização encontra trabalho escravo em São João do Triunfo. Curitiba 23 abr. 2009. Disponível em:

<<http://www.bemparana.com.br/index.php?n=105253&t=fiscalizacao-encontra-trabalho-escravo-em-sao-joao-do-triunfo>> Acesso em: 10 jun. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial, v. 2 – 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Coletânea de Legislação Administrativa. Organização Odete Medauar. – 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Cadastro de empregadores. Disponível em:

<http://www.mte.gov.br/trab_escravo/cadastro_trab_escravo.asp> Acesso em: 05 jun. 2009.

_____. Resultados da fiscalização para a erradicação do trabalho escravo de 1995 a 2009.

Disponível em:

<http://www.mte.gov.br/fisca_trab/resultados_op_fiscalizacao.asp> Acesso em: 09 jun. 2009.

_____. Inspeção do trabalho: combate ao trabalho escravo. Disponível em:

<http://www.mte.gov.br/trab_escravo/default.asp> Acesso em: 10 jun. 2009.

_____. II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo. Brasília: SEDH, 2008. Disponível em:

<http://www.oitbrasil.org.br/download/2_plano_nacional_te.pdf> Acesso em: 10 jun. 2009.



BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VEL

LOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006.

CARLOS, Vera Lúcia. Estratégia de atuação do Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho escravo urbano. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006.

CASTRO, Flávia Lages. História do Direito: Geral e Brasil. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARDOSO, Fernando Henrique. Entrevista: o país do futuro já está aqui. Revista Época. Ed. 575, p.71-74, 25 maio 2009.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo. In: Comissão Pastoral da Terra. Trabalho escravo no Brasil contemporâneo. São Paulo: Loyola, 1999.

CPT. Comissão Pastoral da Terra. Secretaria Nacional. Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br>> Acesso em: 10 jun. 2009.

152

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 6. ed. São Paulo. LTr, 2008.

LIMA, Manoel Hermes de. A democratização dos direitos humanos. In: Revista LTr. v.72, n. 11. São Paulo. nov. 2008.

MARTINS, José de Souza. A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação. In: Comissão Pastoral da Terra. Trabalho escravo no Brasil contemporâneo. São Paulo: Loyola, 1999.

NASCIMENTO, Sonia Mascaro. A questão do Trabalho Escravo. Disponível em: <<http://www.oabsp.br/boletim-informativo/trabalhista/edição-05-dezembro-de-2005/a-questao-do-trabalho-escravo-dra-sonia-mascaro-nascimento/?searchterm=trabalho%20escravo>> Acesso em: 24 mar. 2009.

OIT. Convenção n. 29. Organização Internacional do Trabalho, de 10 de junho de 1930. Disponível em:

< http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_29.pdf> Acesso em: 20 abr. 2009.

_____. Convenção n. 105. Organização Internacional do Trabalho, de 05 de junho de 1957. Disponível em:

< http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_29.pdf> Acesso em: 20 abr. 2009.



_____. Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento. 86ª. Sessão, Genebra, junho de 1998. Disponível em:
<http://www.oitbrasil.org.br/info/download/declaracao_da_oit_sobre_principio_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 05 jun. 2009.

_____. Relatório Global De Trabalho Forçado. 2009. Disponível em:
<http://www.oitbrasil.org.br/download/relatorio_global_2009_brasil_traduzido.pdf> Acesso em: 25 maio 2009.

_____. Trabalho decente nas Américas: uma agenda hemisférica. 2006-2015. Disponível em:
<http://www.oitbrasil.org.br/trab_decente_2.php> Acesso em: 12 mai. 2009.

PALO NETO, Vitor. Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo. São Paulo: LTr, 2008.

PINTO, Melina Silva. A constitucionalidade da “Lista Suja” como instrumento de repressão ao trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil. Revista LTr. v. 72, nº 09, set. 2008.

PISTORI, Gerson Lacerda. Trabalho: um pouco da história da maldição. Revista LTr. v. 71, nº 12, dez. 2007.

RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho degradante e jornadas exaustivas: crime e castigo nas relações de trabalho neo-escravistas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. n. 61, p. 269-298, jul.-dez. 2008.

REZENDE, Gervásio Castro. Uma crítica à crença generalizada de que existe “trabalho escravo” na agricultura brasileira. Revista Jurídica Consulex. ano XIII, n. 294. 15 abr. 2009.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Trabalho escravo: a abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil. São Paulo: LTr, 2008.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. A cidadania cativa: uma breve perspectiva da escravidão contemporânea no Brasil. Revista Jurídica Consulex. ano XIII, n. 294, p. 26-29, abr. 2009.

SCOLESE, Eduardo. Trabalho escravo é flagrado em obra do PAC. São Paulo: 08.09.09. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0809200907.htm>. Acessado em: 10 set. 2009.

SILVA, Cristiane Sabino; SILVA, Renata Cristiane [sic.] de Oliveira Alencar. Do escravismo colonial ao trabalho forçado atual. Revista Jurídica da UniFil. Ano III, nº 3, 2006.

SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino Gazola. Do escravismo colonial ao trabalho forçado atual: a supressão dos direitos sociais fundamentais. São Paulo: LTr, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de direito do Trabalho. v. 2, 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Inspeção do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo. et al. Instituições de direito do Trabalho. v. 2, 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005.

A ABRANGÊNCIA JURÍDICA DO MERCADO DE CRÉDITOS DE CARBONO

*Danieli Aparecida Cristina Leite*¹

RESUMO

O trabalho tem por objetivo abordar a necessidade da abrangência dos estudos jurídicos acerca do tema meio ambiente. De forma mais específica, elucidar a respeito do mercado de créditos de carbono, seus benefícios e toda a sua estruturação. Vale ressaltar que apesar das necessidades de conhecimentos técnicos para a implantação de projetos de MDL, há uma necessidade muito grande de adequação jurídica para que esse novo mercado se potencialize como alternativa de desenvolvimento sustentável. O mercado de créditos de carbono deve ser compreendido a partir dos princípios de direito ambiental, de modo a garantir uma relação equilibrada tanto para o homem, como para a natureza. Nesse sentido, o Protocolo de Quioto estabelece as metas de redução de emissão de gases de efeito estufa aos países desenvolvidos, a fim de que o caos do aquecimento global seja mitigado.

Palavras-chave: Aquecimento Global. Gases de Efeito Estufa. Protocolo de Quioto. Mecanismo de Desenvolvimento Limpo. Créditos de Carbono.

ABSTRACT

The present essay aims to reach the necessity of the range of the legal studies concerning the environment. In a more specific term, it aims to elucidate the market of carbon credits, its benefits as well as its whole structure. It is worth to emphasize, despite the necessities of technical knowledge concerning the introduction of the issue, that there is the great need of legal adaptation of this new market as an alternative of sustainable development. In fact, the credit carbon market must be seen from the environmental law principles, in a way that guarantees a balanced relation for men as well as nature. In that way, the Kioto Protocol establishes goals for the reduction of greenhouse effect gases emission in developed countries in order to mitigate the chaos of global warming.

Keywords: Environmental Law. Global Warming. Greenhouse Effect. Kioto Protocol. Mechanism of Clean Development. Carbon Credits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 CRÉDITOS DE CARBONO. 2.1 Mecanismo de Desenvolvimento Limpo – Mdl. 2.3 Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3 REDUÇÃO CERTIFICADA DE EMISSÃO – RCE. 3.1 A Natureza Jurídica das Rces e o seu Regime Jurídico Tributário no Brasil. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Bacharel em Direito pela PUCPR, Campus Londrina. Especialista em Educação Ambiental e Graduada em Licenciatura em Biologia.



1 INTRODUÇÃO

O cenário do mercado de créditos de carbono abrange assuntos multidisciplinares por se tratar de aspectos complexos atinentes à vida, pois, quando se refere à preservação, sua essência remete à sobrevivência, seja ela na forma humana ou em qualquer das mais diversas formas de vida existente.

Há que se considerar que a destruição e devastação ambiental acompanham o homem desde os primórdios de sua história, o que denota um desequilíbrio ambiental devido às atividades antrópicas que desconsideravam o meio ambiente como criação divina, ou seja, algo dotado de vida e merecedor de cuidados e respeito.

Com a Revolução Industrial a destruição ficou ainda mais visível, o que refletiu no Brasil, pois, o desmatamento é a principal origem da contribuição brasileira para o aquecimento do planeta. A exploração desenfreada dos recursos naturais acarretou em trágicas consequências, e fez com que a sociedade parasse um pouco para refletir sobre o caos em que poderia chegar. Sendo assim, com os legisladores não foi diferente, pois na Constituição Federal de 1988 há um capítulo destinado ao tema meio ambiente, que é tratado como bem jurídico.

A partir do momento que houve essa reflexão sobre a fragilidade ambiental, ocorreu uma evolução histórica do direito ambiental no Brasil, não apenas no aspecto local, pois tal evolução foi uma revelação do que ocorria no mundo todo. O Brasil, no decorrer do tempo e das legislações, conseguiu atingir o nível de conscientização do meio ambiente à vida humana. Através dos princípios gerais do direito ambiental, que rege as ações humanas, o homem tem como diretrizes princípios como do desenvolvimento sustentável, que basicamente une a industrialização das nações à conservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Vale considerar que os princípios tratados são universais, de tal forma que justifica o sucesso da internacionalização do direito ambiental, visto tratar de assunto amplo e que abrange todas as espécies de vida e todos os territórios, ou seja, é tema que envolve todo o planeta. Afinal, se trata de problemas comuns a todos os Estados, por isso, as relações internacionais são dinâmicas.

Essa diminuição das distâncias entre os Estados e a preponderância da cooperação não só fazem o mundo mais complexo que no passado, mais interdependente, como também parece ser cada vez mais evidente que os problemas ambientais, assim como outros de direitos humanos, finanças e comércio, somente podem encontrar soluções satisfatórias se negociadas e regulamentadas pelo conjunto dos Estados. E a possibilidade de colocar em seu devido lugar os processos sociopolíticos da sociedade internacional é que permite considerar a existência de uma agenda de sustentabilidade.

Para se obter sucesso, os projetos de MDL têm que apresentar uma integração entre os objetivos do Protocolo de Quioto, os aspectos jurídicos que permitem a viabilização da comercialização dos créditos de carbono, e a aplicação dos princípios de direito ambiental, pois estes contemplam os valores arraigados à justiça, que promovem o desenvolvimento humano, pois não se pode levar em consideração somente o desenvolvimento do ponto de vista econômico e os benefícios que esse trará, mas, sim, dar uma clara atenção aos aspectos socioambientais, que provocam intensos impactos se não forem gerenciados de maneiras adequadas.

2 CRÉDITOS DE CARBONO

Os Créditos de Carbono são um instrumento de mercado na tentativa de mitigar os



efeitos danosos do aquecimento global e das mudanças climáticas no estado do planeta terra (CONEJERO, 2007, p. 269). O comércio de créditos de carbono se baseia em projetos que sequestram ou reduzam o volume de CO₂ na atmosfera. Por meio dele, países desenvolvidos comprariam créditos de carbono, em tonelada de CO₂ equivalente, de países em desenvolvimento (ARAÚJO, 2008).

Dentre os diversos segmentos de mercado, destacam-se principalmente: projetos de recuperação de gás de aterro sanitário, de gás de autofornos, biodigestor e outros gases; energias limpas (biomassa, PCHs, eólica, solar, etc.), troca de combustíveis (óleo x gás, biomassa, etc.), eficiência energética e eficiência em transporte (logística), melhorias/tecnologias industriais: cimento, petroquímica, fertilizantes, etc., e projetos florestais (reflorestamento ou florestamento).

Para se evitar o risco desnecessário da não aprovação, o profissional deverá ficar atento à escolha do cenário de linha de base e adicionalidade – que agrega um valor importante, ainda que não seja uma imposição legal. As propostas de metodologia, portanto, devem sugerir procedimentos claramente explicados e detalhados para identificação do cenário de linha de base e da adicionalidade (ARAÚJO, 2008).

A análise de investimento para demonstração da adicionalidade é extremamente sensível a diferentes opções técnico-econômicas. Quando apresentada, a análise deve demonstrar a existência de barreiras que impedem a execução do projeto e como o profissional pretende ultrapassá-las. Nesse ponto, é de fundamental importância a utilização de equações corretas no cálculo das emissões.

Ademais, pode haver negociação de promessas de créditos de carbono antes mesmo ou durante o ciclo de projeto do MDL, caracterizando o mercado a termo de reduções ainda não certificadas de emissão (ou promessas de RCE).

2.1 Mecanismo de Desenvolvimento Limpo – Mdl

157

É um instrumento regulado pelo Protocolo de Quioto, em que suas regras visam atender o mercado de comercialização dos créditos de carbono. Por meio de créditos de carbono, as companhias podem contabilizar como suas essas reduções em seus países de origem ou comercializá-las nos mercados de emissões. Estudos econômicos, baseados em cenários futuros, têm sido cada vez mais necessários para uma compreensão de longo prazo. Em 2007, o mercado global de créditos de carbono quase dobrou, para 40 bilhões de euros (US\$ 61,5 bilhões).

Há uma série de critérios para reconhecimento desses projetos, como, por exemplo, estarem alinhados às premissas de desenvolvimento sustentável do país hospedeiro, definidos por uma Autoridade Nacional Designada, AND. No caso do Brasil, tal autoridade é a Comissão Interministerial de Mudança do Clima. Somente após a aprovação pela Comissão, é que o projeto pode ser submetido à ONU para avaliação e registro.

A troca de créditos de cotas entre países desenvolvidos, que estabelecem limites ao “direito de poluir”, pode ser transformada em títulos comercializáveis em mercados de balcão (contratos de gaveta) ou em mercados organizados (Bolsas, Interbancários, Intergovernamentais, etc.) (VIDIGAL, 2008).

Para que surtam efeitos jurídicos eficazes, os projetos de MDL devem seguir as etapas que os habilitam à aquisição da RCE. O processo de certificação do projeto, disciplinado pelo Protocolo de Quioto, observa as seguintes etapas consecutivas a serem seguidas: Elaboração do Documento de Concepção do Projeto, Validação, Aprovação, Registro, Monitoramento, Verificação/Certificação e Emissão e aprovação das RCEs. Nesse processo de certificação, estão envolvidas algumas instituições, cada uma responsável por uma fase dentro da estrutura de certificação do projeto.



2.3 Ordenamento Jurídico Brasileiro

Sabe-se que o Brasil está em posição de destaque nas negociações internacionais acerca da mitigação do aquecimento global, tendo o próprio MDL surgido da proposta brasileira de fundo de desenvolvimento limpo. Além disso, a regulamentação pátria do MDL continua sendo de vanguarda, cabendo sua análise sob as perspectivas dos princípios jurídicos do ordenamento nacional.

O Brasil aprovou os termos da Convenção por meio do Decreto Legislativo n. 01/94, e os promulgou por meio do Decreto Federal n. 2.652/98, sendo, portanto, instrumento legal válido no ordenamento jurídico pátrio; assim também os termos do Protocolo de Quioto, aprovados por meio do Decreto Legislativo n. 144/02 e promulgados por meio do Decreto Federal n. 5.445/05.

Convém destacar que a recente Lei Federal n. 11.284/06 instituiu a moderna política brasileira de gestão de florestas públicas para a produção sustentável e criou o instituto da concessão florestal de florestas públicas, prevendo em seu artigo 16 que crédito de carbono em decorrência do combate ao desmatamento não poderá ser objeto da licitação, podendo a concessão englobar créditos de carbono somente no caso de reflorestamento de áreas degradadas ou convertidas para uso alternativo do solo. Assim, é possível uma parceria entre os setores público e privado para reflorestamento de florestas públicas degradadas, mediante concessão florestal, devendo o respectivo contrato de concessão explicitar a divisão dos lucros decorrentes da cessão dos créditos de carbono.

Dadas as grandes oportunidades de entrada de divisas relacionadas com projetos de MDL hospedados no Brasil, é necessário dispor de uma regulamentação financeira sobre o assunto no âmbito do Banco Central do Brasil, conforme abaixo exposto. Na prática, já há créditos de carbono emitidos pelo Conselho Executivo do MDL para projetos hospedados no Brasil, bem como diversas negociações privadas de promessas de créditos. Segundo estudo da Trevisan Escola de Negócios, o mercado de carbono representará, em 2007, 30 bilhões de euros, sendo que aproximadamente 20% desse valor decorrerá de projetos brasileiros, somando cerca de 6 bilhões de euros.

Esse é o ordenamento jurídico nacional atual acerca das mudanças climáticas; ressalta-se que ainda não foi definida a natureza jurídica do crédito de carbono, nem o tratamento tributário do assunto.

Vale mencionar a existência de diversos Projetos de Lei Federal que pretendem instituir a Política Nacional de Mudanças Climáticas e criar o Fundo Nacional de Mudanças Climáticas – FNMC, reforçando os princípios e objetivos da Convenção do Clima e do Protocolo de Quioto. Esses projetos ainda prevêm instrumentos de incentivos a ações de combate ao aquecimento global, bem como a adequação da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA e do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA à Política Nacional de Mudanças Climáticas – PNMC.

Além disso, por meio do Decreto Federal n. 6.263/07, o Governo Federal instituiu o Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima, o qual possui como principal incumbência orientar a elaboração, a implementação, o monitoramento e a avaliação do Plano Nacional sobre Mudança do Clima deste Comitê.

Há também o Projeto de Lei Federal n. 4.425/04 que pretende conceder benefícios fiscais às atividades de MDL, e o Projeto de Lei Federal n.3.552/04, que pretende reconhecer a natureza jurídica de valor mobiliário aos créditos de carbono e oficializar a sua comercialização na Bolsa de Mercadorias e Futuros – BM&F.

Por fim, importante frisar os esforços do Governo Brasileiro, por meio do Ministério das Relações Exteriores, em estabelecer acordos bilaterais sobre mudanças climáticas, tais quais

o acordo bilateral firmado com a República Francesa em 15 de julho de 2005, intitulado “Acordo Complementar entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa sobre Cooperação na Área de Mudança do Clima e Desenvolvimento e Implementação de Projetos no Âmbito do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo do Protocolo de Quioto”.

Esse Acordo prevê que os países deverão fomentar o MDL entre entidades brasileiras e francesas, bem como facilitar a transferência de créditos de carbono entre si. Além disso, o Acordo estabelece outras formas de fomento das atividades de projeto de MDL, favorecimentos recíprocos, intercâmbio de informações, entre outras matérias.

Já no escopo das seguradoras e resseguradoras no Brasil, o assunto do aquecimento global tem sido discutido há certo tempo, muito embora ainda não tenha sido lançado um seguro específico no mercado referente ao aquecimento global, talvez em razão da difícil estipulação do prêmio a ser cobrado em decorrência da vulnerabilidade climática do empreendimento a ser segurado.

No escopo de financiamento, empréstimos e project finance, tem-se visto uma participação cada vez maior das instituições do mercado financeiro na questão do combate ao efeito estufa, em especial pelo fato de que empresas ambientalmente sustentáveis apresentam menor risco de crédito, podendo ser cobrados juros mais razoáveis.

3 REDUÇÃO CERTIFICADA DE EMISSÃO – RCE

As RCEs são os títulos emitidos correspondentes aos créditos de carbonos provenientes de projetos de MDL que ocasionaram a redução das emissões de GEE. Esses certificados podem ser comercializados pelos países em desenvolvimento diretamente com os setores públicos e privados dos países desenvolvidos.

Para que o projeto de MDL seja elegível, ele tem que atender aos requisitos listados pelo Protocolo de Quioto, são os critérios de elegibilidade, entre eles, gerar benefícios reais, mensuráveis, de longo prazo e relacionados à mitigação da mudança do clima, contribuir para desenvolvimento sustentável do país no qual a atividade venha a ser implementada e reduções adicionais às que ocorreriam na ausência da atividade do projeto.

A voluntariedade é requisito para que um projeto de MDL seja elegível. A participação voluntária refere-se ao direito de autodeterminação e independência da Parte envolvida. A sua comprovação se dá com a emissão da Carta de Aprovação, autorizando o envolvimento dos participantes do projeto nas atividades.

O critério de adicionalidade e linha de base consiste na diferença na concentração atmosférica de CO₂ que a atividade de projeto irá gerar, quando comparado à linha de base. A linha de base expressa o cenário que representa, de forma razoável, as emissões antrópicas de gases de efeito estufa que ocorreriam na ausência da atividade de projeto proposta. É o principal critério para determinação da elegibilidade de um projeto de MDL, representa o próprio conceito de funcionamento do Mecanismo. Deve ser objeto de uma verificação detalhada para sua determinação, imprescindível para a continuidade do projeto.

Cabe destacar ainda como critério de elegibilidade as chamadas fugas (leakage), que compreendem eventuais emissões de GEE pelo projeto de MDL e devem ser previstas pela parte que apresenta o projeto durante o seu estudo e desenvolvimento com o objetivo de identificar os possíveis impactos negativos referentes à emissão dos GEE.



3.1 A Natureza Jurídica das Rces e o seu Regime Jurídico Tributário no Brasil

Atualmente, não existem legislações acerca do mercado de créditos de carbono que possam legitimar as RCEs e definir sua natureza jurídica, o que impossibilita a definição da incidência de “quais” tributos sobre a comercialização desses certificados. Esse esclarecimento é imprescindível, visto a sua necessidade para aquecer o mercado de créditos de carbono.

No âmbito do Direito Tributário Nacional aplicado aos créditos de carbono, há uma inexistência de lei que defina a natureza jurídica das RCEs, sendo necessário então a aplicação do direito subsidiário, nos termos do art.108 do Código Tributário Nacional². No entanto, há uma divergência jurídica acerca da natureza jurídica do crédito de carbono. Sendo assim, a doutrina fornece possibilidades de espécies tributárias que podem ser conferidas às RCEs, e a posição doutrinária mais unânime, é a que trata os créditos de carbono como commodities ambientais,³ uma vez que o seu valor deriva de um produto/serviço ambiental, negociada na Bolsa de Valores, classificando-se como derivativo, valor mobiliário e bem intangível puro (KHALILI, 2008).

Ainda com essa aproximação das RCEs dos conceitos das commodities ambientais, há muita discussão acerca da tributação, pois, para se caracterizar como commodities, os créditos de carbonos devem ser mercadorias, e para a maioria dos doutrinadores, as RCEs não se enquadram no conceito de mercadoria por não serem bens tangíveis e corpóreos. Além disto, para ser considerada como mercadoria, as RCEs devem representar uma atividade habitual, constante e de forma profissional do titular do projeto realizado no âmbito do MDL, sendo mais um motivo para não classificá-las na categoria de mercadoria.

Há a possibilidade da comercialização de créditos de carbono ser inserida na categoria de cessão⁴ de direitos por envolverem a transferência de um bem intangível, estando sujeitos à incidência dos tributos conforme as regras constitucionais e legais aplicáveis (VENOSA, 2005, p. 34).

4 CONCLUSÃO

Há que se considerar todas as contribuições dos projetos de MDL, visto que não visam somente ao meio ambiente em si, mas também aos aspectos sociais e tecnológicos que abrangem seus resultados. No entanto, se faz necessário políticas públicas aliadas à conscientização de toda a sociedade para que as metas sejam realmente atingidas.

As referidas metas de redução de emissão foram impostas àqueles que no curso do crescimento econômico foram os grandes responsáveis pelo atual estado de poluição atmosférica, contudo o MDL é o único mecanismo de flexibilização que permite a participação de países em desenvolvimento. Dessa forma, apesar dos altos custos de um Projeto de MDL, o Brasil é detentor da terceira colocação, dentre os países em desenvolvimento de projetos de MDL de redução de emissão dos gases de efeito estufa, o que indica um papel de destaque nas negociações. Porém a regulamentação pátria acerca do MDL deixa a desejar.

² CTN, Art. 108: “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada; I – a analogia; II – os princípios gerais de direito tributário; III – os princípios gerais de direito público; IV – a equidade.”

³ São mercadorias originárias de recursos naturais produzidas em condições sustentáveis e que constituem os insumos vitais para a indústria e a agricultura. Obedecem a critério de extração, produtividade, padronização diferenciada, classificação, comercialização e investimentos. “As commodities ambientais dividem-se em sete matrizes: água, energia, madeira, minério, biodiversidade, reciclagem e controle de emissão de poluentes (água, solo e ar).”

⁴ É necessário, obviamente, que a coisa objeto do contrato de compra e venda esteja no comércio, isto é, seja suscetível de alienação. A idéia leva originalmente em conta as coisas corpóreas; todavia, os bens incorpóreos também podem ser objeto do negócio, embora para este assumam a denominação de cessão.

No que se refere ao Brasil, com o aperfeiçoamento da legislação acerca do mercado de créditos de carbono, a tendência é atrair, cada vez mais, ações de preservação e recuperação ambiental através da implantação de mecanismos de desenvolvimento limpo, o que será benéfico para o país, pois estima-se uma grande entrada de divisas para o país por conta do mercado de créditos de carbono.

Cabe ressaltar que não se pode permitir que o comércio de créditos de carbono seja um direito a poluir concedido às nações desenvolvidas, mas, sim, uma forma de mitigação efetiva das emissões de GEE, pois é um aspecto que deve ser bem trabalhado, levando em consideração que, durante toda a existência, o homem é movido pela ganância e não pela qualidade de sua sobrevivência. Em contrapartida, os mecanismos de desenvolvimento limpo são essenciais para incentivar o investimento verde necessário para enfrentar as mudanças climáticas e seguir para uma economia de baixa emissão de carbono.

O presente estudo não tem como fim esgotar o tema, visto que é bem amplo, mas acrescenta de forma singela a análise que deve ser feita acerca da conciliação entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental para se conquistar o ápice das transações relacionadas ao mercado de carbono, que nada mais é que a compreensão do conceito de desenvolvimento sustentável e a aplicação dos seus preceitos, que são de suma importância.

Desta forma, pode-se chegar a sugestões que possam viabilizar o desenvolvimento socioeconômico sem agravar o quadro do aquecimento global, através de políticas públicas e privadas que tenham como escopo de suas diligências o ambiente ecologicamente equilibrado.

Quanto ao Direito, matéria fundamental desta obra, cabe destacar que o seu propósito no âmbito do mercado de créditos de carbono é a proteção e gestão do meio ambiente para a proteção do próprio homem, pois, tendo a vida como propósito basilar em todas as normas, com certeza não haverá imprudência no momento de sua aplicação, contemplando sempre o desenvolvimento para a manutenção dos recursos naturais.

161

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Hugo Netto Natrielli de. Créditos de Carbono – Natureza jurídica e tratamento tributário. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7307>>. Acesso em: 24 out. 2008.

ARAÚJO, Antonio Carlos Porto de. Como comercializar créditos de carbono. 6. ed. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2008.

BOLSA DE MERCADORIAS E FUTUROS. Disponível em: <<http://www.bmf.com.br/portal/portal.asp>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

CONEJERO, Marco Antônio. O Crédito de Carbono do Protocolo de Kyoto como Commodity Ambiental. Aquecimento Global e Créditos de Carbono – Aspectos Jurídicos e Técnicos. São Paulo: 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANGETTO, Flavia Witkowski; GAZANI, Flavio Rufino. Viabilização jurídica do mecan-



ismo de desenvolvimento limpo (MDL) no Brasil – o protocolo de Kyoto e a cooperação internacional. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2002.

GAZONI, Ana Carolina. O Protocolo de Kyoto e o estabelecimento de metas de redução de GG. Aquecimento Global e Créditos de Carbono - Aspectos Jurídicos e Técnicos, São Paulo: 2007.

LOPES, Ignez Vidigal (Coord.). O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo: guia de orientação. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIGUEZ, José Domingos Gonzalez. O Acordo de Marrakesh e a Regulamentação do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo. Disponível em: <http://www.forumclimabr.org.br/artigo_jose_domingos.htm>. Acesso em: 05 out. 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: ano 01 abr./jun. 1996. p. 55.

PIVA, Rui Carvalho. Bem Ambiental. São Paulo: Max Limonad. 2000.

162

REALE, Miguel. Em defesa dos valores humanísticos. O Estado de São Paulo, São Paulo, 13 mar. 2004. Espaço Aberto, p. A2.

SABBAG, Bruno Kerlakian. O protocolo de Quioto e seus créditos de carbono: manual jurídico brasileiro de mecanismo de desenvolvimento limpo. São Paulo: LTr, 2008.

SCHMID, Marcelo. Elaboração de projetos de MDL para comercialização de créditos de carbono. Curitiba: CEAL, 2008.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SISTER, Gabriel. Mercado de Carbono e Protocolo de Quioto. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SOUZA, Rafael Pereira (Coord.). Aquecimento Global e Créditos de Carbono – Aspectos Jurídicos e Técnicos. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STERN, Nicholas. Stern Review: the economics of climate change. Disponível em: <http://www.hm-treasury.gov.uk/media/F/F/Chapter_3_How_climate_change_will_affect_people_a_round_the_world_.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2008.



VIDIGAL, Flávio Augusto Marinho. O Protocolo de Quioto, o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e as formas de circulação dos créditos de carbono. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/temas_juridicos/doutrina/protocolo_kyotoProfFlavio.pdf>. Acesso em: 15 maio 2008.



RESENHA

RESENHA

RELATÓRIO SOBRE O FILME “AMISTAD”

Leila Cristina Pinheiro Franco¹

A história do filme narra fatos realmente ocorridos no ano de 1839, quando cinquenta e três escravos negros se libertaram das correntes, mataram a maior parte da tripulação e assumiram o comando do navio negreiro *La Amistad* (homônimo do filme) que aparentemente seguia rumo a Cuba. Isso se deveu porque muitos negros africanos foram sequestrados de seus lares na África para servirem de escravos em países recém-descobertos.

Eles sonhavam em retornar para casa, na África, mas, como desconheciam a navegação, foram obrigados a confiar em dois tripulantes, propositadamente poupados da morte, que acabaram enganando-os quando, após aproximadamente dois meses, foram capturados por um navio da guarda-costeira americana. Desordenadamente navegaram até a costa do estado de Connecticut, nos Estados Unidos da América.

O protagonista da trama é o negro Cinque, que liderou o motim no navio-negreiro *Amistad*. Ao chegarem no território norte-americano, aprisionados, os negros são levados a um grande julgamento, acusados de assassinato, situação que gera uma enorme polêmica entre os abolicionistas e os conservadores, num período onde as divergências internas do país - o norte, protecionista, industrial e abolicionista, e o sul, livre-cambista, agroexportador e escravista - caracterizavam o prenúncio da importante Guerra de Secessão americana.

As divergências tornaram-se praticamente inconciliáveis depois da eleição do considerado abolicionista moderado Abraham Lincoln em 1860, resultando no separatismo sulista, iniciando-se assim em 1861 (22 anos depois do episódio do *Amistad*) a maior guerra civil do século XIX, a Guerra de Secessão, também conhecida como “Guerra Civil dos Estados Unidos”, que se estendeu até 1865, deixando um saldo de 600 mil mortos.

O episódio do *Amistad*, então, pode ser considerado como o germe das primeiras medidas para a abolição da escravatura naquele território.

A discriminação racial nos Estados Unidos, questão muito próxima da realidade brasileira, em meados do século XIX, era ainda mais pronunciada. Os negros eram, em sua maioria, ainda escravos, principalmente nas lavouras. Um ou outro já possuía certa liberdade e, poder-se-ia dizer até, certo espaço para a formação de uma comunidade negra organizada. Essa organização começa a surgir a partir de 1866, logo que a escravidão é abolida, com a criação da 13ª emenda da Constituição Norte Americana: “Separate but equal”.

Já havia, por exemplo, um grupo de alfabetizados no idioma inglês. No filme é destacada uma redação que se ocupa de duas edições do mesmo jornal, quais sejam, uma para brancos que noticia o fato como “O massacre no mar”; e outra destinada aos negros, com a manchete “Luta pela liberdade no mar”.

Apesar de racistas, os Estados Unidos não concordavam com o tráfico de escravos. Criou-se, nesse episódio, portanto, um tremendo impasse. Mesmo que de forma implícita, fica claro que a questão econômica é o maior pilar da Corte de Justiça americana. Isto também diz respeito ao posicionamento da Espanha, que reclamava a posse dos escravos, pois o *Amistad* era um navio

¹ A autora é médica e estudante de Direito pela UniFil.



espanhol que, naquela época, expandia seu mercado consumidor, tendo os negros trabalhadores como principal alvo dos seus negócios.

Como o navio Amistad foi interceptado e sua “carga” – os negros comprados na Fortaleza de Lomboko, Serra Leoa - aprisionada até o julgamento, a questão crucial foi: - A quem pertencem os negros do navio Amistad?

A partir daí, toda a trama do filme se desenrola mostrando, vez por outra, características dos povos (membros de várias tribos) africanos, toda forma de tortura e humilhação por que passavam tais negros durante sua penosa viagem nos navios negreiros e o julgamento do caso pela Corte Norte Americana.

Os dois sobreviventes da tripulação pleiteavam a posse da “mercadoria” humana transportada no Amistad; foram contestados pela rainha da Espanha, que também queria se apropriar do conteúdo da embarcação (com base no fato de que o navio Amistad era de bandeira espanhola); além deles, também os oficiais norteamericanos que apreenderam o barco e controlaram o motim desejavam a posse dos cativos para vendê-los, já que eram valiosos.

Contra eles se levantam alguns abnegados defensores da liberdade humana, lutando contra a espoliação e a exploração características da escravidão dos negros naquela época. Liderados por Theodore Joadson, um negro livre, proprietário de um jornal e defendidos no tribunal pelo jovem e impetuoso advogado (branco) Roger Baldwin, os escravos, liderados por Cinqué, desafiaram as leis e impingiram um recomeço para a história republicana norteamericana. Contaram, para isso, com o auxílio inestimável do ex-presidente John Quincy Addams, um homem extremamente inteligente, que, inicialmente, negou-se a intervir no caso.

A sorte deles dependeu muito do jovem advogado que os representou. Porém, como se tratava de uma época de reeleição, o destino dos cinquenta e três escravos se tornou uma questão política ainda mais complicada em razão das já relatadas disputas constantes entre o sul (escravocrata) e o norte (menos conservador e aberto ao abolicionismo).

Inicialmente, os negros africanos foram julgados pelo assassinato da tripulação, mas o caso tomou vulto e o presidente americano Martin Van Buren, que sonhava ser reeleito, tentou forçar a condenação dos escravos, pois agradaria aos estados do sul e também fortaleceria os laços com a Espanha. A jovem Rainha Isabella II alegava que tanto os escravos quanto o navio eram seus e deveriam ser devolvidos.

Durante o julgamento inicial, de primeira instância, o advogado de acusação questionou a legitimidade da escravidão. Ele argumentou que os africanos, assim como os europeus e americanos, sempre utilizaram desta arma contra os mais fracos e em benefício próprio em guerras ou como pagamento de dívidas. E isso não era fato inédito. Ao contrário, em toda história, ouviu-se falar em trabalho forçado, servidão, etc., o que não justifica nem autoriza moralmente um ato tão cruel como este, ou seja, além de escravizar um grupo apenas pela cor, desrespeitavam a ética, já que invadiam países livres para contrabandear seres humanos, condenando todos a uma vida prisioneira e dolorosa, totalmente contradizente com os mínimos valores humanos e com a dignidade humana.

A brilhante defesa do jovem advogado, Roger Baldwin, conseguiu provar, através do inventário da carga do navio Amistad, que os negros não foram comprados em Cuba, mas eram africanos e tinham sido capturados na Fortaleza de Lomboko, Serra Leoa – Africa - transportados até Cuba, onde trocaram de navio e embarcaram no navio negreiro espanhol La Amistad para, mais tarde, serem novamente comercializados. Acrescentou Baldwin na sua defesa que, se a Constituição dos EUA reconhecia a situação de pessoas que prestavam serviços, possuíam direitos e, de nenhuma forma, poderiam considerá-los como propriedade de alguém. Mas se fossem considerados

como “coisa” (escravos eram então tidos como coisa) não poderiam ser julgados. Assim sendo, o Tribunal Distrital rejeitou a acusação do governo dos EUA e logicamente negou licença para processar os escravos por assassinato ou para extraditá-los para a Espanha.

Entretanto o governo do Sr. Martin Van Buren apelou, a causa foi para o Tribunal de Circuito e, finalmente, chegou à Suprema Corte Americana, na época, já a mais alta instância judicial do país. Este quadro fez o ex-presidente John Quincy Adams, um abolicionista não-assumido, sair da sua aposentadoria voluntária para defender os africanos.

Assim, nessa última fase, a defesa dos africanos ficou a cargo de John Quincy Adams, como já mencionado, o antigo Presidente dos EUA, e de Roger Baldwin, que atuara em Connecticut na primeira instância. Todavia foi decisiva a sustentação de Adams para o convencimento dos julgadores da Suprema Corte.

John Adams, ao iniciar a sua extensa e consistente defesa, se reportou à noção de Justiça, definida pelas Institutas de Justiniano (obras didáticas romanas, visando à iniciação dos estudantes no aprendizado sistemático da ciência do direito) como a vontade constante e perpétua de assegurar a cada um o seu direito, destacando que a decisão da Corte incidiria sobre a liberdade e a vida de cada uma das pessoas que ele estava representando.

A defesa, sustentada por John Adams, foi calcada nos valores da fundação do país, sobre a importância da tradição cívica republicana em Roma e nos EUA e reflexões sobre o papel da Suprema Corte americana como guardião dos valores constitucionais. Sob o olhar da Constituição, estava implícito o reconhecimento da situação escrava em vários artigos que dispunham sobre a representação dos Estados no Congresso, princípios de limitação tributária, medidas relativas aos escravos fugitivos ou a atuação de tropas federais na repressão de rebeliões de escravos. Reportava-se, sobretudo, àqueles que haviam idealizado a República em Roma, o período da Antiguidade em que mais se inspiraram os fundadores dos EUA, notadamente Cícero e Tácito. Frisou bem que essa noção de Justiça, que figura nas Institutas, teria sido, precisamente, ignorada pelo executivo norte-americano, em correspondência do Secretário de Estado com o Embaixador da Espanha, em que o termo Justiça fora substituído por simpatia, ou seja, simpatia pela causa dos brancos, remanescentes da tripulação, e antipatia pelos escravos negros. Todavia enfatizou-se a decisão em primeira instância, que julgara os atos de violência de ambas as partes, mostrando que a Justiça não se deixara levar por impulsos de simpatia ou de antipatia e dando ganho de causa aos negros. “Eu não conheço nenhum direito que se aplique ao caso dos meus clientes, salvo o direito natural e de natureza divina, sob o qual nossos pais colocaram a nossa própria existência nacional” • E arrematou: “acredito que será com base neste Direito que a Corte decidirá o caso de meus clientes.” Salientou, portanto, que a lei maior a ser aplicada ao caso concreto era o direito natural, pois as circunstâncias eram tão peculiares, imprevisíveis, que apenas um direito acima dos códigos e tratados, como o direito natural, poderia ser aplicado a ele.

Adams, no Caso Amistad, em sua defesa perante a Suprema Corte, evocou, exatamente, aqueles princípios proclamados pelos Pais Fundadores como sendo os alicerces do Estado norte-americano. Aqueles negros que, diversamente do alegado, não eram propriedade de ninguém, nem em Cuba, nem na Espanha, mas provinham da Costa do Marfim, África, onde haviam sido capturados, tinham os direitos à vida e à liberdade. Desconhecê-los era renegar o passado, romper com a tradição, fragilizar a autoridade moral detida pelos continuadores da fundação. O efeito decisivo de tais argumentos sobre o espírito dos Ministros da Suprema Corte confirmaria a profundidade da convicção de serem eles destinados a preservar os valores que haviam embasado a fundação dos EUA.

Se na Roma antiga cabia ao Senado exercer a sua auctoritas moral na preservação dos



valores da fundação, nos EUA era a Suprema Corte incumbida de velar pela manutenção dos princípios consagrados na Constituição. Alguns consideravam que seria necessário ir além do constitucionalmente explicitado para identificar a intenção mais profunda dos Pais Fundadores.

Adams, em sua visão ampliada pelo exemplo da longevidade da fundação de Roma, soube reativar, nos julgadores do caso do Amistad, a consciência de sua responsabilidade na preservação dos princípios do direito natural, muito acima dos desígnios imediatistas dos próprios Fundadores. Assim, após o emocionante discurso proferido pelo brilhante Quincy Adams, todos os negros foram libertados, e Cinque, líder do motim, lembrou que os seus ancestrais diziam que todos são resultado da soma de seus ancestrais. Por esse motivo, a defesa que lhes fora concedida, além da liberdade alcançada, foi fruto da justiça que já vinha no sangue de cada um deles, negros ou brancos, mas que pesava em seus valores humanos.