

Revista
Eletrônica

Edição Eletrônica n° 4 Ano 2
Outubro 2011
ISSN: 2177-1472



Jurídica



FACULDADE DE
DIREITO



Fesurv
Universidade de Rio Verde



Dr. João Barbosa Netto

Revista
Eletrônica

Jurídica

ISSN n. 2177-1472

Edição Eletrônica nº 4 abril 2011

Publicação da Faculdade de Direito
FESURV - Universidade de Rio Verde.

Coordenação:

Profa. Ms. Patrícia Spagnolo Parise

Conselho Editorial:

Alexandre Ernesto
Arício Vieira da Silva
Helena Maria Campos
Patrícia Spagnolo Parise
Rejaine Silva Guimarães
Rildo Mourão Ferreira
Wagner de Pina Cabral

Capa e Diagramação:

Hellyandro de Sousa Ferraz
Gueuren Vilela Siqueira Ferraz

Colaboradores:

Arício Vieira da Silva, Danilo Ribeiro Proto, Ana Paula Bernardes Araújo, Patrícia Spagnolo Parise, Lúria Costa de Araújo, Maria Fernanda Telles Algeri, Carolina Mérida Mendes, Renata de Almeida Monteiro, Aliny Moreira Borba, Neilia Maria da Silva Barbosa, Alexandre Ernesto, Josiane Dias Antunes, Helena Maria Campos, Tami Cristina Maboni, Jorge Henrique Morais Evangelista, Jaqueline Camargo Machado de Queiroz, Nathália Polyana Couto Lacerda, Denize Pommer, Pauliney Costa e Cruz, Murilo Couto Lacerda

SUMÁRIO

A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NO MERCOSUL.....07
Arício Vieira da Silva
Danilo Ribeiro Proto

A ERGONOMIA COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO INFLUENCIADOR NO AUMENTO DA PRODUTIVIDADE DOS FUNCIONÁRIOS DO FÓRUM DA CIDADE DE RIO VERDE-GO.....16

Ana Paula Bernardes Araújo
Patrícia Spagnolo Parise

ANÁLISE DA EFICÁCIA DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL.....22

Lúria Costa de Araújo
Maria Fernanda Telles Algeri

DA IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS BENFEITORIAS ACRESCIDAS AOS IMÓVEIS DOADOS PELO MUNICÍPIO DE RIO VERDE A PARTICULARS QUANDO DA REVERSÃO DO BEM AO PATRIMÔNIO PÚBLICO.....29

Carolina Mérida Mendes
Renata de Almeida Monteiro

DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LIMITAÇÃO DO DIREITO DE CREDITAMENTO DE PIS/PASEP- IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO CONFORME O REGIME DE TRIBUTAÇÃO.....35

Aliny Moreira Borba
Renata de Almeida Monteiro

DEFENSORIA PÚBLICA – PARA ASSEGURAR O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA.....42

Neilia Maria da Silva Barbosa
Alexandre Ernesto

EM BUSCA DE UM EFETIVO DIREITO COMUNITÁRIO REGIONAL: 20 ANOS DE MERCOSUL.....49

Alexandre Ernesto

HOMOSSEXUALIDADE X UNIÃO ESTÁVEL: UMA DISCUSSÃO ACADEMICA NO ÂMBITO DO DIREITO.....53

Josiane Dias Antunes
Helena Maria Campos

INCLUSÃO SOCIAL DO IDOSO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. UM OLHAR BIOÉTICO.....61

Tami Cristina Maboni
Patrícia Spagnolo Parise

LIMITES DECORRENTES DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.....69

Jorge Henrique Morais Evangelista
Patrícia Spagnolo Parise

O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS.....76
Jaqueline Camargo Machado de Queiroz

O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E O EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO COMO CAUSAS EXCLUDENTES DE TIPICIDADE.....82

Nathália Polyan Couto Lacerda

Jaqueleine Camargo Machado de Queiroz

POLÍTICAS INCLUSIVAS DO PORTADOR DE HIV/AIDS SOB O OLHAR DA BIOÉTICA.....90

Denize Pommer

Patrícia Spagnolo Parise

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA PARA O PORTADOR DA SÍNDROME DE DOWN NO MUNICÍPIO DE RIO VERDE.....97

Pauliney Costa e Cruz

Patrícia Spagnolo Parise

SENTENÇA DETERMINATIVA NO DIREITO BANCÁRIO CRÉDITO RURAL.....104

Murilo Couto Lacerda

TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA LEI.....110

Renata de Almeida Monteiro

Carolina Mérida

Normas Editoriais.....116

Contato:

Fazenda “Fontes do Saber”,
Campus Universitário I, Bloco 3,
Caixa Postal 104, CEP: 75.901-970,
Rio Verde-GO
Núcleo de Pesquisas e Estudos Jurídicos da
Faculdade de Rio Verde - Sala 20.
Fone: (64) 3321-2409
e-mail: parise@fesurv.br



SOBRE A REVISTA

A Revista Jurídica Eletrônica da Faculdade de Direito tem como ideal a veiculação, no meio acadêmico e jurídico, de trabalhos de diferentes áreas e orientações teóricas, de diferentes procedências - professores e alunos da graduação e pós-graduação, pesquisadores e profissionais do Direito - com o cunho de proporcionar aos colaboradores, meios de expressão e discussão dos mais diversos temas jurídicos, de forma aberta e democrática.

Essencial para o debate e o confronto das idéias inovadoras, a Revista busca, ainda:

- Explicar a realidade e fundamentar a ação para modificá-la;

- Servir como um espaço de criação científica para os docentes da Instituição, bem como à contribuição de professores externos;

- A produção de artigos científicos do corpo discente, estimulando-os desde o início à pesquisa jurídica;

- Agregar valor científico ao debate jurídico, trazendo a contribuição de trabalhos escritos vinculados a cursos de graduação e programas de pós-graduação;

- Fornecer à comunidade local e regional, soluções de problemas sócio-jurídicos que possam de alguma maneira contribuir para as políticas jurídicas nas esferas administrativas mais amplas.



A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NO MERCOSUL

Arício Vieira da Silva¹
Danilo Ribeiro Proto²

RESUMO

Introdução à Arbitragem como solução extrajudicial de conflitos para resolver litígios que possam a surgir entre as partes, tornou-se plenamente importante com o advento da Lei 9.307/96, que regulamentou tal instituto em nosso Ordenamento jurídico. No direito internacional, a arbitragem teve sua plenitude na década de 60, quando a globalização expandiu as relações internacionais, quando então diversos tratados internacionais foram assinados, e constava a cláusula do compromisso arbitram, como forma de resolução dos conflitos, prismao sempre por uma agilidade maior para dirimir as questões embaraçosas. O Mercosul (Mercado Comum do Sul), que abrange o Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, como um mercado em busca de um desenvolvimento via mercantilismo, também adotou a Arbitragem como forma de resolver os conflitos nas relações comerciais envolvendo os países membros, a fim de operacionalizar de forma tranquila as negociações. Assim, a arbitragem serviu como uma proteção jurídica capaz de dar sustentabilidade legal nas relações entre os países membros do Mercosul.

Palavras-chave: Arbitragem; Mercosul; Relações Internacionais.

1 Introdução

O principal objetivo deste artigo é demonstrar que a Corte de Arbitragem implantada

no Mercosul, com a finalidade de dirimir controvérsias que viesssem a surgir quando da realização de transações comerciais entre os países membros do Mercosul.

A integração regional envolve a criação de organizações internacionais formais, estabelecidas em um acordo constituinte e que possuem sedes físicas. O Mercosul é um exemplo claro de uma organização intragovernamental, tendo em vista que todas as decisões envolvendo o bloco, são tomadas por consenso, suas normas são consideradas direito internacional e somente representantes dos Estados membros atuam nas suas instituições.

Se verificar a origem e o objetivo de criação do Mercosul, pode-se concluir que os tratados ali firmados têm por objetivo alcançar apenas o nível de mercado comum, como o próprio nome da organização indica: Mercado Comum do Sul. Se comparar com outros tratados institucionais, como por exemplo a União Europeia, esta se divide em três pilares: sendo o primeiro chamado pilar comunitário, primordialmente supranacional, e tendo competências, por exemplo, nas áreas de comércio e ajuda ao desenvolvimento, e o segundo e terceiro pilares, primordialmente governamentais, e tendo competências, por exemplo, nas áreas de segurança, e assuntos judiciais e policiais internos, respectivamente. Por ser o Mercosul de origem estritamente comercial, e não tendo o mesmo o poder de legislar, necessário se fez implantar formas jurídicas e extrajurídicas capaz de resolver os conflitos, com ênfase nas relações comerciais.

¹Bacharel em Direito pela FESURV (Universidade de Rio Verde Goiás), Advogado Criminalista, Especialista em Direito Processual Civil, Penal e do Trabalho pela FESURV, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC de Goiás e Professor de Direito Penal e Processo Penal da FESURV.

²Graduado em Ciências da Computação, Acadêmico do curso de Direito da FESURV.

Neste estudo, pretende-se demonstrar a eficácia da Arbitragem, como suporte legal para proporcionar aos países membros do Mercosul, tranquilidade na realização de seus negócios comerciais e ainda oferecer aos países que estão fora do bloco maior confiabilidade para transacionar com Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.

2 A CRIAÇÃO DO MERCOSUL

Em 1991, quando criou-se o Mercosul, segundo o estabelecido no Tratado de Assunção, a sua estrutura Governamental, contaria com dois órgãos: o CMC (Conselho do Mercado Comum) e o Grupo Mercado Comum (GMC). O CMC formado pelos ministros de Relações Exteriores e pelos ministros de Economia de cada um dos Estados membros, além da participação dos presidentes dos Estados membros em pelo menos uma reunião anual. O GMC tinha por objetivo zelar pelo cumprimento do Tratado, tomar as providências necessárias para sua implantação e para efetivar o cumprimento das decisões adotadas pelo Conselho, propor medidas concretas para a aplicação do Programa Liberação Comercial, com a finalidade de assegurar o avanço para a constituição do Mercado Comum do Sul.

Em 1994, o Protocolo de Ouro Preto, de dezembro, ampliou a estrutura institucional do Mercosul, com a criação de mais quatro órgãos: A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM); a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); o Fórum Consultivo Econômico-Social (FCES) e a Secretaria de Desenvolvimento do Mercosul (SAM).

Todos esses órgãos tiveram como objetivo fundamental a organização institucional e administrativa do Mercosul, com a preocupação de efetivar e promover o intercâmbio comercial entre os Estados membros.

2.1 As Fases do Mercosul

A primeira fase compreende o período entre 1991 e 1997, foi a fase de formação estrutural do bloco institucional do Mercosul. Destacou-se pela

ênfase dada ao aspecto comercial, com a criação de órgãos responsáveis pela legalização e operacionalização das atividades mercantis. Também conhecida como fase de expansão comercial entre os membros do Mercosul.

A segunda fase, que vai de 1998 a 2002, destaca-se a maior crise sofrida pelo Mercosul. Período crítico com a queda substancial de indicadores comerciais. A maior marca desse período, foi a queda do PIB de todos os países membros. Durante esse período surgiram diversos conflitos entre esses países, que foram levados à arbitragem para solução das controvérsias suscitadas. Aqui o que prevaleceu ao final foi a união entre os Estados membros, que por muito pouco não abandonaram o tratado e passaram a agir de forma isolada nas relações comerciais.

A terceira fase, se formou a partir de 2003, caracterizada por um esforço incomum dos países membros, no sentido de revitalizar e renovar o processo de integração. A retomada caracterizou com a mudança de paradigma: aos poucos a ideia de um Mercosul puramente comercial vai dando lugar a uma preocupação maior com a integração física e social dos países. A criação de novos órgãos com ênfase aos aspectos de direitos humanos, democracia e questões sociais. Aqui os indicadores econômicos voltam a atingir patamares exorbitantes, indicando uma nova fase positiva para o Mercosul.

2.2 Conflitos Comerciais

Por todas as fases que passou o Mercosul, desde a sua criação, nota-se que os índices de desenvolvimentos dos países membros se alteraram bastante, como o início do Mercosul que se deu em função puramente de relações comerciais, conflitos surgiram e precisavam de soluções.

A falta de uma legislação específica para resolução de grande parte dos conflitos, gerou uma insegurança entre os Estados membros, que demoraram a se adaptarem às novas regras do Mercado Comum do Sul, muitos estudiosos

atribuem o período de crise no tratado, à dificuldade de resolução das controvérsias comerciais que surgiram na efetivação do Mercosul, no que se refere ao aspecto puramente mercantilista.

Os conflitos de interesse na sociedade sem embargo da afirmação, estes alimentam em parte a competitividade criadora na sociedade, inquestionável é que tais conflitos, inócuos para o Direito enquanto embate de meros interesses não levados à reivindicação prática, mostram-se como elementos perturbadores da paz social, ao se transformarem em lide, conflitos de interesses marcados pela pretensão resistida ou não satisfeita.

3 Arbitragem

3.1 Evolução Histórica - No Mundo

Nos primórdios, prevalecia a vingança privada, evoluindo para a justiça privada. Por outro lado, segundo o Código de Hammurabi – qualquer cidadão poderia recorrer ao rei. Já na Babilônia - livre era o homem que tinha todos os direitos de cidadão e era enominado awilum.

Entre os povos antigos, a arbitragem e a mediação constituíam meio comum para sanar os conflitos entre as pessoas. Na Grécia antiga – arbitragem compromissória e obrigatória.

No ponto de vista histórico a arbitragem se evidencia nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privsatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per fórmulas*, evidenciando a busca de caminhos mais ágeis na solução dos conflitos. No primeiro período do processo, as *legis acciones* em muito se assemelhavam às câmaras ou às Cortes Arbitrais.

Na Idade Média, arbitragem entre os nobres, cavaleiros, barões, proprietários feudais e, fundamentalmente, entre comerciantes. O Direito Talmúdico também se aplica à arbitragem. Composta por um rabino ou pelo conselho de rabinos. Seguindo os costumes judaicos, os judeus submetiam à arbitragem todas as disputas entre a comunidade e a pessoa ou entre as pessoas.

A Igreja Medieval valia-se da arbitragem. O poder jurisdicional da Igreja se fundava no poder arbitral e disciplinar. O Alcorão - 4^a Surata: se houver disputa entre marido e mulher, estes devem-se valer de um árbitro da família dela ou dele. Versículo 35, diz que trata de um plano excelente para ajustar as dissidências familiares. O versículo 9 da 49^a Surata prega que, se dois grupos de crentes combaterem entre si, devem eles se reconciliar.

3.2 No Brasil

Na fase do Brasil Colônia - as Ordenações Filipinas, que vigoraram, até após a proclamação da República, disciplinava a arbitragem no Livro III, que tratava dos juízes árbitros e dos arbitradores. A Constituição de 1824, no artigo 160, facultava às partes nomear juízes-árbitros, nas ações cíveis e nas penas civilmente intentadas, cujas sentenças eram executadas, sem recurso, desde que as partes assim convencionassem.

Encontra-se ainda a Resolução de 26 de julho de 1831 e a Lei nº 108, de 11 de outubro de 1837 regulavam acerca da arbitragem.

O Código Comercial, de 1850, prevê a arbitragem para as questões sociais entre os sócios, durante a existência da sociedade, ou da companhia, sua liquidação ou partilha (artigo 294) e, no artigo 245, todas as questões de contrato de locação mercantil deviam ser resolvidas pela arbitragem. Da mesma forma, o Código Civil de 1916 e o Código Processual de 1939 dispunham no seu artigo sobre a arbitragem.

3.3 Tratados Internacionais

A Convenção das Nações Unidas para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras – Convenção de Nova York de 1958, teve as seguintes características:

a) Aberta para assinatura dos Estados Membros em 10 de junho de 1958 em Nova York, sendo depositado seu instrumento na Sede da ONU;

- b) Foi ratificada pelo Brasil – Decreto Federal nº. 4.311 de 23/07/2002;
- c) Sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras; substitui entre os Estados Contratantes, o Protocolo e a Convenção de Genebra;
- d) Contava ela em 1995 com a adesão de cerca de 106 Estados.

3.4 Na América Latina

Temos aqui registro da Convenção Interamericana (do Panamá) sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1975, com as seguintes características:

- a) Foi aberta para assinatura ou adesões no Panamá em 30 de janeiro de 1975, seu instrumento foi depositado na Secretaria Geral da OEA;
- b) Foi ratificada pelo Brasil em 06 de junho de 1995 pelo Decreto Legislativo nº 90;
- c) Celebrada para validar, nos territórios dos Estados Membros, o acordo das partes dos mesmos Estados em relação à submissão, à decisão arbitral das divergências que possam vir a surgir entre elas em relação a um negócio de natureza mercantil;
- d) Trata da homologação e execução de sentenças arbitrais oriundas dos países vinculados juridicamente a essa Convenção.

3.5 Na América do Sul

A Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros firmada em Montevidéu em 1979, surgiu com as seguintes características.

- a) Feita em Montevidéu, Uruguai, em 08 de maio de 1979 e aprovada pelo Brasil através de Decreto Legislativo nº. 93 de 20.06.95

- b) Teve como objetivo estabelecer a cooperação judiciária mútua entre tais Estados a fim de assegurar a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos em suas respectivas jurisdições territoriais.
- c) Esta Convenção se aplica às sentenças judiciais e laudos arbitrais proferidos em processos civis, comerciais e trabalhistas em um dos Estados-Partes, a menos que, no momento da ratificação, tenha sido feita por algum desses Estados reserva expressa, limitando os efeitos da Convenção a sentenças condenatórias em matéria patrimonial.

O Protocolo de Olivos, de 02 de fevereiro de 2002, para a Solução de Controvérsias no Mercosul, foi firmado entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai – Estados Partes. Estabelecia a vontade dos Estados-Partes do Mercosul de pactuar soluções jurídicas comuns para o fortalecimento do processo de integração do Mercosul.

3.6 Conceito, Finalidade e Amparo Legal

O professor Francisco Maia Neto, em sua obra Arbitragem: A Solução Extrajudicial de Conflitos, em 2008, assim reporta ao referido instituto: “No caso da arbitragem, sua legitimidade jurídica encontra respaldo no princípio de contratar e na solução alternativa de conflitos, por meio da autonomia da vontade, que oferece às partes total liberdade em escolher a forma de solucionar seus litígios.”

Segundo preleciona Carlos Alberto Carmona: “a arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de um convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo tal decisão destinada a assumir a mesma eficácia de sentença judicial, considerada título executivo judicial.”

A arbitragem é o mecanismo pelo qual a resolução de conflitos relativos aos direitos

patrimoniais disponíveis é feita sem a intervenção do Poder Judiciário, sendo solucionada por árbitros escolhidos entre pessoas da confiança das partes, usualmente com conhecimento na matéria objeto da controvérsia, com sigilo, rapidez e eficácia.

Na mediação, as partes na resolução do conflito elegem um terceiro, neutro e imparcial, denominado mediador, que procura facilitar a comunicação e o entendimento entre elas, com credulidade, comprometimento e sigilo, cuja função principal é a tentativa de estabelecer um ponto de equilíbrio na controvérsia.

O assento constitucional e legal da arbitragem encontra respaldo na Constituição Federal em seus artigo 5º, inciso XXXV, que assim dispõe:

“Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A norma infra-constitucional por sua vez, regula o referido instituto na Lei 9.307 de 23 de setembro de 1.996, denominada Lei MARCO MACIEL, que foi um dos grandes idealizadores do referido instituto, dispondo sobre suas regras de aplicação, traçando em seu conteúdo as situações e a processualidade do instituto da arbitragem.

3.7 Principais Características da Arbitragem

A Convenção Arbitral se faz com fundamento da arbitragem que é uma forma de resolver extrajudicialmente os conflitos entre as partes, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, através dos quais as partes envolvidas na relação jurídica específica decidem, de comum acordo, afastar a atuação do Poder Judiciário, conferindo poderes a um terceiro imparcial,

denominado árbitro, para que profira a decisão a respeito do conflito que tenha surgido ou que venha a surgir entre elas. Com a finalidade de proferir independência e validade à convenção, a mesma é respaldada pelo princípio da autonomia das partes.

Prevê a Lei 9.307/96, em seu artigo 4º a figura da Cláusula Compromissória, que trata-se de uma convenção escrita, que pode estar ou não inserida no contrato, através do qual as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente ao contrato. Nos contratos de adesão, deverá há ver aceitação expressa da cláusula. É importante que a cláusula seja bem redigida, sem contradições.

O Compromisso Arbitral, diferentemente da cláusula compromissória, que visa resolver um litígio futuro, ainda não suscitado, o compromisso deve prever a solução de um litígio já ocorrido e atual. A previsão legal se encontra no artigo 9º da Lei 9.307/96.

3.8 Principais Vantagens da Arbitragem

Como forma legal de resolver os litígios com maior e celeridade e informalidade de seu procedimento, que pode ser definido pelas partes.

Importante frisar a fala do imortal Rui Barbosa: “ a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”. Assim, surge a arbitragem para desafogar o judiciário e, ao mesmo tempo, permite às partes a utilização de um meio alternativo de solução de controvérsias.

Elencamos como principais vantagens do aludido instituto sobre o sistema estatal:

a) Especialização de Árbitros: a possibilidade de escolha de árbitros gera entre as partes maior segurança quanto ao resultado do litígio. Tendo em vista, que a especialização do julgador permitirá a produção de resultados mais equitativos e ajustados à questão técnica sob exame, sobretudo

na arbitragem internacional em que poucos juízes estatais estão preparados para lidar com litígios de conexão internacional e relacionados ao comércio.

b) **Tempo:** por ser menos burocrática, informal e não estar submetida prazos cartoriais, a arbitragem apresenta uma celeridade processual muito maior do que a justiça convencional. Com base no seu artigo 23 a Lei Brasileira de arbitragem, estabelece que a arbitragem não pode ultrapassar 6 (seis) meses. Importante frisar ainda que o laudo arbitral tem caráter definitivo, não estando portanto, sujeito ao duplo grau de jurisdição.

c) **Sigilo:** ponto de grande relevância às partes, por em determinadas situações, o litígio envolver grandes quantias e valores patrimoniais.

d) **Despesas:** em geral, o procedimento arbitral é menos dispendioso se comparado às custas e emolumentos judiciais.

e) **Flexibilidade Procedimental:** prevê o procedimento que as partes em comum acordo podem estabelecer critérios procedimentais visando a maior celeridade da efetivação da arbitragem;

f) **Neutralidade:** as partes podem eleger um local neutro para a decisão de suas questões a fim de assegurar maior tranquilidade;

g) **Efetividade:** a maior satisfação quanto ao resultado obtido confere às sentenças arbitrais um alto índice de efetividade pelo cumprimento espontâneo das partes, fato dificilmente observado no âmbito judicial, no qual, na maioria das vezes, submete-se aos graus recursais, como forma de procrastinar a efetividade da decisão.

3.9 As Instituições Arbitrais

No direito moderno, encontram-se duas formas de arbitragem: arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucional. Na primeira modalidade,

tem-se o procedimento que segue as disposições fixadas pelas partes, é uma arbitragem específica para aquela finalidade. Em relação à arbitragem institucional ou administrativa, os procedimentos seguem as normas estipuladas por uma instituição de arbitragem que as prevê em seu regulamento interno próprio.

Observando ambas as modalidades de arbitragem, a mais praticada é a institucional, por oferecer maior comodidade e segurança para as partes. Existe, à disposição das partes, ampla lista destas instituições, cada uma com especialidades em áreas das mais diversas possíveis com o fim de atender a todas as modalidades de litígios a ela apresentada.

4 A Arbitragem no Direito Internacional

No estabelecimento das relações internacionais, principalmente, no que se refere as de caráter comercial, no mundo globalizado, é inexorável tendência dos novos tempos. Com o mercado interno muitas vezes escasso, necessário se faz pular obstáculos e realizar transações comerciais externas. Tais relações se consolidam formalmente através dos contratos internacionais que, muitas vezes, vêm acrescidas de cláusulas compromissórias quanto à adoção da arbitragem, como tentativa de alcance da solução dos eventuais conflitos dele decorrentes.

Segundo o professor Irineu Strenger, *"a arbitragem, amplamente considerada, é realidade irreversível em nossos dias. Ignorar o fato significa colocar-se em plano jurídico cultural de inferioridade e de desatualização. A modalidade arbitral é o procedimento de maior eficácia para resolver os litígios ocorrentes no comércio internacional."*

As regras internacionais de comércio são um conjunto de regras de direito observadas no âmbito da comunidade comercial internacional, designadas de *lex mercatoria*, fundamentadas em usos e costumes, cláusulas e contratos – padrão e normas não-vocacionais criadas pelas organizações do comércio e pela prática comercial.

Vejamos o que diz a Lei de Arbitragem:

"Art. 2º - A Arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critérios das partes.

§ 1º- Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º- Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio."

Cumpre esclarecer que a Lei de Arbitragem em sua parte final cuidou de tratar do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que seguirá as convenções internacionais, bastando, não sendo mais exigida a homologação pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça, não sendo mais exigida a homologação pelo Poder Judiciário do país de origem.

"Art. 34 – A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35 – Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal."

O artigo supra-mencionado recebeu alteração da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que por sua vez alterou o Artigo 105, inciso I, alínea "i" da Constituição Federal, atribuindo competência ao Superior Tribunal de Justiça para homologar sentenças estrangeiras.

4.1 Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul

Editado pelo protocolo de Brasília, em abril de 1993. Por esse documento havia previsão de que as disputas deveriam, prioritariamente, ser negociadas diretamente entre as partes. Caso não

fosse possível chegar a um acordo, as partes poderiam submeter a disputa à consideração do GMC. Por fim, caso nenhuma solução fosse acordada, o Protocolo previa a possibilidade de recurso a tribunais ad hoc.

A necessidade cada vez mais aparente de resolução de alguns conflitos surgidos no desenvolver das atividades comerciais do Mercosul, com ênfase no de 1999, principalmente pela crise em que estavam passando os Estados membros, foram levadas diversas questões aos órgãos de solução das controvérsias com a finalidade de resolvê-las por meios institucionais. Nesse período, foram emitidos diversos Laudos Arbitrais. (Tabela em anexo)

Importante frisar que dos Laudos Arbitrais emitidos pelo Tribunal Arbitral do Mercosul, apenas dois foram levados à nova arbitragem perante a Organização Mundial do Comércio (OMC). O Brasil no ano de 1999, levou ao Tribunal Arbitral do Mercosul uma reclamação a cerca da aplicação das medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis, por parte da Argentina. Ante a inércia do Tribunal em externar sua decisão em fevereiro de 2000, o Brasil solicitou manifestação da OMC. Em 10 de maio de 2000, o Tribunal Arbitral do Mercosul considerou que as medidas adotadas pela Argentina não eram compatíveis com a normativa do Mercosul e deveriam serem revogadas. Assim que a decisão foi prolatada ambos os países comunicaram à OMC que haviam chegado a uma solução negociada.

4.2 Protocolo de Olivos

No ano de 2002, foi assinado na cidade argentina de Olivos pelos membros do Mercosul, entrando em vigor no ano de 2004, com o objetivo de solucionar controvérsias e de minimizar as suas diferenças. Foi criado neste tratado o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), com o fim de controlar a legalidade das decisões arbitrais, podendo ainda receber recursos de revisão de laudos do Tribunal Ad Hoc.

O Tribunal Permanente de Revisão é

formado de cinco árbitros designados um por Estado, por um período de dois anos, renovável por até duas vezes consecutivas. A escolha do quinto árbitro será feita por unanimidade, para um período de três anos, não renovável, salvo acordo em contrário.

Estabelece ainda este protocolo que as controvérsias entre os Estados membros poderiam ser submetidas a outros sistemas de solução de controvérsias, como na OMC. No entanto, uma vez iniciado o processo no foro escolhido, o Protocolo proibiu o recurso a outro mecanismo de solução de controvérsias, de qualquer uma das partes, para julgar a mesma matéria.

Pelas normas estabelecidas neste instrumento, os Estados membros quando se envolvem em uma controvérsia, esta será resolvida em primeira instância por arbitragem Ad hoc, por árbitros escolhidos dentre uma lista de nomes previamente fornecida pelos Estados. Podendo existir recurso do laudo arbitral ao Tribunal, caso em que será integrado por três árbitros. Dois deles serão nacionais dos dois Estados-partes litigantes e o terceiro, que será presidente, será sorteado entre os demais árbitros que não sejam nacionais dos referidos Estados. Caso a controvérsia envolva mais que dois Estados, o Tribunal contará com a totalidade de seus árbitros. As votações e deliberações seguirão o princípio majoritário e serão confidenciais. Os laudos do TPR possuirão força de coisa julgada. A sede do Tribunal é na cidade de Assunção mas poderá reunir, em caso de necessidade devidamente justificada em outras cidades do Mercosul.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, os países cada vez mais reivindicam em suas ações comerciais buscando métodos efetivos para resolução dos conflitos surgidas nas relações comerciais internacionais, criando normas contratuais procurando estabelecer o equilíbrio entre os contratantes, enaltecendo a lealdade contratual. O estabelecimento de leis e normas inserindo cada

vez mais uma solução extrajudicial de conflitos.

O principal pilar da arbitragem, bem como o sustentáculo de todas as leis, é a segurança jurídica, que no Estado democrático de direito constitui atributo do Judiciário, o intérprete da lei. Quando se dispõe de um sistema jurídico célere e acessível para a solução de controvérsias, o Estado demonstra lealdade para com seus membros, proporcionado tranquilidade na efetivação de negócios comerciais, sempre amparados por legislações robustas no sentido de resolver as lides.

No caso específico do Mercosul, observando todas as fases, desde a sua implantação até os dias atuais, seguindo as regras do direito internacional, o Tribunal Arbitral do Mercosul, serviu como instrumento capaz de proporcionar segurança jurídica aos Estados membros, pois na atualidade, é impossível imaginar um contrato internacional sem a existência da cláusula arbitral. Ao estabelecer os árbitros Ad Hoc o tratado do Mercado Comum do Sul, adaptou-se à seara internacional pois a arbitragem vem demonstrando ser preferência dos contratantes que, respaldados pela neutralidade, rapidez e confidencialidade inerentes ao método arbitral, sentem-se mais seguros e confiantes no resultado conseguido pela arbitragem do que em relação à via judicial.

Para as relações internacionais o instituto da arbitragem é um mecanismo facilitador do desenvolvimento comercial, por permitir decisões mais técnicas, sendo estas mais satisfatórias e harmônicas para as partes.

No âmbito do Mercosul, a arbitragem funciona com um importante instrumento facilitador do desenvolvimento das práticas comerciais internacionais, no seio doméstico do mercado comum do sul, a solução extra-judicial de conflitos (arbitragem), serviu como instrumento de efetivação das questões econômicas, empresariais, e etc... na órbita dos direitos disponíveis.

REFERÊNCIAS

- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei 9.307/96. Malheiros Editores, São Paulo, 1988.
- FONTOURA, José Augusto. Direito Internacional Público. Ed. Saraiva. São Paulo, 2009.
- NETO, Francisco Maia. Arbitragem: A Solução Extrajudicial de Conflitos. Del Rey, Belo Horizonte 2008.
- Protocolo de Olivos, disponível em <http://www.mercosur.int>
- STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado. Ed. LTR. São Paulo, 2000.

A ERGONOMIA COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO INFLUENCIADOR NO AUMENTO DA PRODUTIVIDADE DOS FUNCIONÁRIOS DO FÓRUM DA CIDADE DE RIO VERDE-GO

Ana Paula Bernardes Araújo ¹

Patrícia Spagnolo Parise ²

RESUMO

A ergonomia, ciência que estuda a adaptação do trabalho ao homem, busca formas de melhorar as condições de trabalho, fazendo com que no ambiente de trabalho tenha conforto, bem-estar e segurança. Sabe-se que se há um aumento da capacidade para o trabalho, consequentemente, existe um aumento da produtividade de forma qualitativa e quantitativa. O objetivo deste trabalho é verificar os índices de capacidade para o trabalho dos funcionários forenses da cidade de Rio Verde e seus respectivos níveis organizacionais e ergonômicos para, a partir daí, apresentar possíveis soluções para melhoria do ambiente de trabalho, caso haja necessidade e, consequentemente, contribuir para produtividade e celeridade do Judiciário e, dessa forma, colaborar para a sociedade como um todo. Inicialmente, para a confecção do presente artigo, valeu-se da pesquisa bibliográfica para construção do referencial teórico. Este estudo irá utilizar, posteriormente, a pesquisa de campo, tendo como principal instrumento o questionário ICT (índice de capacidade para o trabalho), que é um questionário autoaplicável que verifica os níveis de capacidade para o trabalho. Também será aplicado um outro questionário que avaliará as condições ergonômicas e organizacionais. A amostra será composta por 35 funcionários do fórum de Rio Verde, distribuídos nas varas de fazendas públicas, civil, criminal, Juizado especial civil e criminal, Varas de família e Sucessões e em suas respectivas

escrivanias. Levando-se em consideração que o trabalho ainda está em andamento, conclui-se, a partir da confecção do referencial teórico que existem poucos estudos que falem sobre saúde no ambiente forense, as pesquisas são mais voltadas para trabalhadores em empresas. Constatou-se que o ICT é um questionário de validade no Brasil, portanto merecendo credibilidade, e que a ergonomia como ciência e norma pode contribuir com o conforto, segurança, satisfação e saúde dos trabalhadores.

1 INTRODUÇÃO

A ergonomia é uma ciência que se preocupa com o ambiente de trabalho e que busca formas de melhorar o meio laboral, não apenas com medidas corretivas de mobiliários, adaptações ergonômicas, suportes ergonômicos, mas como um todo, desde fatores físicos e estruturais a psicoemocionais.

Há tempos que a sociedade reclama da morosidade do judiciário, estando certa de que o judiciário brasileiro passa por estas dificuldades em decorrência da falta de juízes, dos processos extensos, da ausência de informatização dos processos, estruturas físicas ruins. Portanto, uma série de fatores que fazem com que os processos não tramitem da forma pela qual teriam que caminhar. Os objetivos deste trabalho são mensurar, através dos questionários aplicados, o índice de capacidade para o trabalho, ou seja,

¹ Fisioterapeuta, acadêmica do 4º período do Curso de Direito da Fesurv.

² Orientadora, professora mestre de Direito Constitucional do Curso de Direito da Fesurv.

como os funcionários do fórum definem sua própria capacidade para realizar as tarefas, verificar seus níveis organizacionais, o que os próprios funcionários dão como sugestão de melhorias, para, assim, poder elaborar uma proposta de implantação de melhorias ergonômicas. Este trabalho busca formas de melhorar o ambiente de trabalho e, consequentemente, aumentar a produtividade e reduzir a morosidade dos processos judiciais.

Em se tratando dos procedimentos metodológicos da pesquisa, o primeiro passo foi a realização de visita no ambiente de trabalho do fórum de Rio Verde, delimitando o número de indivíduos que fariam parte da pesquisa, bem como o número de varas. A pesquisa será limitada aos cargos efetivos de escrevente, escrivão, oficial de justiça, auxiliar administrativo, auxiliar de juízes e juízes de direito. Foram excluídos os cargos comissionados e de outras áreas. Serão aplicados dois questionários: ICT e avaliação dos níveis organizacionais e ergonomia. A amostra será escolhida através de sorteio, onde serão colocados os nomes de todos os funcionários participantes da pesquisa em uma caixa e será pedido que eles próprios retirem os nomes. Participarão da pesquisa apenas 35 funcionários.

Saliente-se que a pesquisa ainda está em andamento quanto à coleta de dados e que, portanto, o presente artigo limitou-se à análise bibliográfica do tema.

2 SAÚDE DO TRABALHADOR NO DIREITO BRASILEIRO

Em várias partes da Constituição Federal existem artigos que fazem referência à saúde e à segurança do trabalhador, seja de forma implícita ou explícita. Tome-se como exemplo inicial o art. 1º da CF, in verbis:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da

livre iniciativa (BRASIL, 2011, p. 5).

A saúde é fator essencial para que todo indivíduo consiga realizar suas atividades laborais, encontra-se estabelecida no art. 196 da CF

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 2011, p. 95).

No contexto de proteção jurídica, vale mencionar que o Ministério do Trabalho e Emprego, órgão responsável pela saúde e segurança do trabalhador. Ele traz, dentre tantas normas, a NR 17, que é uma norma responsável em fiscalizar as condições ergonômicas do ambiente de trabalho.

Esta Norma Regulamentadora visa a estabelecer parâmetros que permitam a adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente.

Além disso, a Resolução nº 70 de 2009 diz que é fundamental “padronizar os projetos de novas unidades, instalações e mobiliário, com foco em funcionalidade, economicidade, desenvolvimento sustentável e ergonomia”.

Diante da mencionada Resolução, observa-se que não adianta a construção de fóruns imponentes, parecidos com catedrais góticas medievais, se as varas judiciais continuam minúsculas e mal-estruturadas, o que dificulta sobremaneira a gestão dessas unidades, já que o espaço exíguo impossibilita a alocação sistematizada da imensa e constante quantidade de processos, terminando, consequentemente, por dificultar a prestação jurisdicional.

2.1 Capacidade para o trabalho

Segundo Williams (1997, p. 244), citado por Meira (2004, p. 7):

A capacidade para o trabalho significa a aptidão do trabalhador para desempenhar suas funções no trabalho. Ela pode ser influenciada pelo estado geral de saúde física e mental do indivíduo e também por questões específicas do trabalho como os aspectos organizacionais, interferindo na motivação e na satisfação pessoal e as adequações relacionadas às atividades do trabalho, como possíveis mediadores de lesões ou desgastes indevidos.

Acredita-se que a capacidade para o trabalho é influenciada por mudanças sensoriais, intelectuais e motoras, existindo diferenças de acordo com o tempo. Assim sendo, o melhor rendimento nas habilidades motoras, como rapidez, agilidade, destreza e força muscular, é obtida até os 30 anos de idade. Já para os aspectos intelectuais, cognitivos, a interferência na capacidade para o trabalho sofre variações diferentes, tendo relações diretas com fatores físicos e emocionais (VAHL NETO, 1999, p.28).

Em um estudo de Moscovici (1996) sobre motivação e satisfação no trabalho, sugeriu que o ciclo de vida pessoal interfere diretamente nas questões profissionais destacando cinco fases: dos 20 aos 25 anos-choque da realidade, dos 26 aos 35 anos-socialização e crescimento, dos 36-45 crise do meio da carreira, dos 46 aos 55-aceitação e dos 56 aos 65, pré-aposentadoria. Considerando como fases de baixa satisfação no trabalho aquelas entre os 20 e 25 anos e entre os 36 e 45 anos, como fase de insatisfação relativa, e como fases de maior satisfação com o cargo no trabalho aquelas entre os 26 e 35 anos e entre os 46 e 55 anos.

2.2 Índice de Capacidade para o Trabalho

O índice de capacidade para o trabalho (ICT) é um questionário elaborado a partir de estudos realizados por um instituto de saúde ocupacional da Finlândia (Finnish Institute of Occupational Health), com o acompanhamento de uma corte de trabalhadores de 1981 a 1992, em pesquisas sobre capacidade para o trabalho com base no modelo

teórico estresse-desgastes (TUOMI et. al, 1997).

O desgaste resultante das cargas físicas e mentais do trabalho, mediado por características do trabalhador, pode gerar diminuição da capacidade para o trabalho e desencadeando doenças. Esses estudos permitiram consolidar a base teórica sobre os principais determinantes, consequências e medidas de intervenção relativos à capacidade para o trabalho e embasar a estruturação do ICT, que possibilita avaliar e detectar precocemente alterações e subsidiar informações direcionando medidas preventivas. No Brasil, os estudos sobre capacidade para o trabalho iniciaram após a tradução e adaptação do questionário para uso no País. Sendo feitas algumas alterações, visando garantir o entendimento das questões e para que assim pudessem ser auto-aplicáveis desde que a escolaridade mínima fosse a quarta série do ensino fundamental (TUOMI et. al, 1997).

O índice de capacidade para o trabalho pode ser definido como o quanto bem está, ou estará um trabalhador presentemente ou num futuro próximo e quanto capaz ele pode executar seu trabalho, em função das exigências de seu estado de saúde e capacidades físicas e mentais (BELLUSCI, 1999, p. 603). Retrata a avaliação do próprio trabalhador sobre sua capacidade para o trabalho, e segundo amplos estudos de acompanhamento do Instituto de Saúde Ocupacional da Finlândia tem prognosticado, com confiabilidade, alterações na capacidade para o trabalho em diferentes grupos ocupacionais (TUOMI, et. al, 1997).

Em um estudo realizado com 475 trabalhadores de uma empresa elétrica no Estado de São Paulo, verificou-se que a versão brasileira do índice de capacidade para o trabalho mostrou propriedades psicométricas satisfatórias quanto à validade de construto, de critério e de confiabilidade, representando uma opção adequada para avaliação da capacidade para o trabalho em abordagens individuais e inquéritos populacionais (MARTINEZ, LATORRE, FISCHER, 2009, p. 528).

Segundo Tuomi et. al (1997, p. 8) citado por Martinez, Latorre, Fischer (2009, p. 527):

O Índice de Capacidade para o Trabalho é composto por dez questões sintetizadas em sete dimensões: (1) “capacidade para o trabalho atual e comparada com a melhor de toda a vida”, representada por escore de 0 a 10 pontos; (2) “capacidade para o trabalho em relação às exigências do trabalho”, por meio de duas questões sobre a natureza do trabalho (físico, mental ou misto) e que, ponderadas, fornecem um escore de 2 a 10 pontos; (3) “número atual de doenças autoreferidas e diagnosticadas por médico”, obtida a partir de uma lista de 51 doenças, definindo um escore de 1 a 7 pontos; (4) “perda estimada para o trabalho devido a doenças”, obtida a partir de uma questão com escore variando de 1 a 6 pontos; (5) “faltas ao trabalho por doenças”, obtida a partir de uma questão sobre o número de faltas, categorizada em cinco grupos, com escore variando de 1 a 5 pontos; (6) “prognóstico próprio sobre a capacidade para o trabalho”, obtida a partir de uma questão com pontuação de 1,4 ou 7 pontos; e (7) “recursos mentais”, a partir de um escore de 1 a 4 pontos obtido pela ponderação das respostas de três questões. Os resultados das sete dimensões fornecem uma medida da capacidade para o trabalho que varia de 7 a 49 pontos.

2.3 A Morosidade do Poder Judiciário e as Possíveis Influências da Ergonomia para o Aumento da Produtividade dos Funcionários Forenses em Rio Verde

A morosidade da justiça não é um problema que acomete apenas ao País. Atingindo a todos os países de forma mais ou menos grave. Não sendo fato novo, nem inesperado. No Brasil no ano de 2010 foram autuados 71.670 processos pelo STF, destes apenas 10.814 receberam acórdãos. (STF, 2011. s/p.)

São vários os fatores que contribuem para lentidão do judiciário, a deficiência material que vai desde as instalações físicas precárias até as obsoletas organizações dos feitos, o arcaico papelório dos autos, os fichários datilografados ou até manuscritos os inúmeros vaivens dos autos numa infindável prática burocrática de acúmulo de documentos, crescimento da demanda ou seja aumento da conscientização por parte dos

cidadãos dos seus direitos, falta de juízes e serventuários da justiça e muitos outros (OLIVEIRA, 2003, p. 2).

Em uma entrevista da Corregedora de justiça Eliana Calman à Agência Brasil, o entrevistador perguntou como fazer a lei ser aplicada se não há estrutura. A tal questionamento, ela respondeu:

Estamos fazendo mutirões justamente por isso. No Pará encontramos uma vara que é um absurdo. Um número enorme de processos, tudo desorganizado, e isso levava à venda de facilidades, que levava à não prisão, não aplicação das penas alternativas, à venda de comutação de pena, uma série de negociatas feitas dentro do cartório. Nos mutirões estamos organizando, levando pessoas técnicas em resolver esses problemas (AGÊNCIA BRASIL, 2011. s/p.).

Em 2004, houve a reforma do judiciário com o intuito de diminuir a morosidade, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o inciso LXXVIII no Artº 5 da CF/88, in verbis: a todos, no âmbito judicial e administrativo são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 2009, p12).

Segundo Bastos Junior (2009, p. 1), para que o princípio da razoável duração do processo seja célere é preciso ter uma junção de vários elementos trabalhando em conjunto, denominados de elementos normativos, elementos objetivos, que dizem respeito a estrutura física dos órgãos responsáveis pela jurisdição, e os elementos subjetivos, constituídos pelos sujeitos que participam, comumente ou eventualmente, das relações processuais, envolvendo tanto os operadores do direito quanto os litigantes, pois se apenas um dos elementos forem aplicados de forma isolada, mesmo assim a justiça será morosa, para que os processos ganhem rapidez a jurisdição tem que ser eficiente.

A ergonomia, ciência que estuda a adaptação do trabalho ao homem, não está preocupada somente com questões físicas, estruturais, mobiliário, computador, mas também com questões organizacionais que ocupa-se da otimização dos sistemas sociotécnicos,

abrangendo a estruturas organizacionais, políticas e processos, incluem comunicações, projeto de trabalho, programação do trabalho em grupo, projeto participativo, trabalho cooperativo, cultura organizacional, organizações em rede, e gestão da qualidade. A ergonomia cognitiva ocupa-se dos processos mentais, como a percepção, memória, raciocínio e resposta motora, relacionados com as interações entre as pessoas e outros elementos de um sistema. Incluem a carga mental, tomada de decisões, interação homem-computador, estresse e treinamento. (LIDA, ITIRO, 2005. p. 3).

Portanto, a ergonomia estuda tanto as condições prévias como as consequências do trabalho e as interações que ocorrem entre o homem, máquina e ambiente durante a realização do trabalho. Tudo isso é analisado de acordo com a conceituação do sistema, onde os elementos interagem continuamente entre si. Modernamente a ergonomia ampliou o escopo de sua atuação, incluindo os fatores organizacionais, pois muitas decisões que afetam o trabalho são tomadas em nível gerencial (LIDA, ITIRO, 2005, p. 3).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do referencial teórico estudado, conclui-se que a ergonomia é uma ciência de importância para se avaliar a capacidade laboral e, também, fornecer instrumentos para um maior bem-estar do trabalhador. Dessa forma, é possível que ela possa contribuir para a melhoria do ambiente de trabalho no fórum de Rio Verde, colaborando com a saúde e qualidade de vida, primária e secundariamente, aumentar produtividade e celeridade do trabalho no Fórum da cidade.

A morosidade do Judiciário é um problema não apenas do Brasil, mas também de outros países. Várias medidas já foram iniciadas com o intuito de acelerar o andamento dos processos. Por exemplo, com emenda constitucional nº 45/2004, garantindo a todos a razoável duração do processo. Além da reforma do judiciário, necessita-se de uma gestão organizadora para que os processos possam

ser finalizados. A ergonomia pode ajudar nesta fase de organização com programação do trabalho em grupo, projeto participativo, trabalho cooperativo, cultura organizacional, organizações em rede, teletrabalho e gestão de qualidade.

Saliente-se que o estudo ainda não possui resultados conclusivos, uma vez que a coleta de dados ainda será realizada. As conclusões são, apenas, parciais.

REFERÊNCIAS

BASTOS JUNIOR, Ronaldo Carvalho. A eficiência na jurisdição. Notas ao Estado Democrático de Direito a partir do comando da razoável duração do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2333, 20 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13883>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

BELLUSCI, S, M; FRIDA, M, F. Envelhecimento funcional e condições de trabalho em servidores forenses. *Rev. Saúde Pública*. Volume 33, número 6, p. 602-609. 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Vade Mecum Acadêmico de Direito*/ Anne Joyce Angher, organização. – 8 ed. – São Paulo: Rideel, 2009.

CALMOM, ELIANA. Corregedora da justiça quer combater morosidade com mutirões e gestão racional de processos. *Agência Brasil*. 24/05/2011. s/p. Entrevista concedida a Débora Zampier.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 70, de 18 de março de 2009, que dispõe sobre o planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnj.jus.br> acessado em 09 de setembro de 2010.

LIDA, ITIRA Ergonomia: projeto e produção. 2ª edição, São paulo: Editora Blucher, 2005, p. 614.

MARTINEZ, C.M; LATORRE, M.R.D.O.; FISCHER, F.M. Validade e confiabilidade da versão brasileira do Índice de Capacidade para o Trabalho. *Rev. Saúde Pública*, 2009; 43(3): 525-32.

MARTINS, MARILÚ MATTÉI. Qualidade de vida e capacidade para o trabalho dos profissionais em enfermagem no trabalho em turnos. 2002.

Dissertação(Mestrado em Engenharia de Produção) – Programa de Pós –Graduação em Engenharia de Produção, UFSC, Florianópolis.

MEIRA, LEANDERSON FRANCO de. Capacidade para o trabalho, fatores de risco para as doenças cardiovasculares e condições laborativas de trabalhadores de uma indústria metal-mecânica de Curitiba. 2004 Dissertação (Mestrado em Engenharia Mecânica). Programa de pós-graduação em Engenharia Mecânica, setor de tecnologia. UFP, Curitiba.

MOSCOVICI, F. Renascença organizacional. 6 ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1996. 129 p.

OLIVEIRA, Moisés do Socorro de. O Poder Judiciário: morosidade. Causas e soluções. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 96, 7 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4306>>. Acesso em: 2 jun. 2011.

SELL, I. Projeto do Trabalho Humano: melhorando as condições de trabalho. Florianópolis: Editora UFSC, 2002.

TUOMI, K, Ilmarinen J, Jahkola A, Katajärinne L, Tulkki A. Índice de capacidade para o trabalho. São Carlos: EDUFSCAR; 2005.

TUOMI, K.; ILMARINE, J.; JAHKOLA, A.; KATAJÄRINNE, L.; TULKKI, A. Índice de capacidade para o trabalho. Tradução: Frida Marina Fischer. Instituto de Saúde Ocupacional Helsinki. Finlândia, 1997.

VAHL NETO, E. Qualidade de vida e capacidade de trabalho em diferentes faixas etárias dos funcionários da CELESC. 1999. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ANÁLISE DA EFICÁCIA DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL

*Lúria Costa de Araújo*¹

*Maria Fernanda Telles Algeri*²

*Patrícia Spagnolo Parise*³

RESUMO

A pesquisa dedicou-se à moradia como um dos direitos fundamentais essenciais da pessoa humana. A partir da pesquisa bibliográfica, delimitou-se como objetivo central do estudo, a análise da eficácia do direito à moradia com o advento da Emenda Constitucional n. 26 de 14 de fevereiro de 2000. Buscou-se, também, apontar possíveis causas para o problema da moradia no País. A partir do desenvolvimento deste artigo, concluiu-se que a falta de políticas públicas e a baixa renda da sociedade brasileira são as principais causas influenciadoras na ineficácia do direito à moradia. Cabe a toda sociedade brasileira cobrar do Estado a efetivação do direito à moradia, como forma de consolidação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: direito à moradia – efetividade – políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

Com a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais, expressamente disposto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, passa a ser preciso uma especial atenção daqueles que se ocupam com o tema, na medida em que este vem se mostrando de essencial importância em um cenário de visível desigualdade no que tange ao referido direito.

Este trabalho tem por escopo mostrar como a moradia é tratada no Brasil, bem como a sua efetividade com ênfase nas políticas públicas, sendo primordial tratar de tal direito, frisando sua importância como direito fundamental e essencial à vida das pessoas. Abordando inicialmente o conceito de moradia digna, considerado como um direito humano fundamental, além de questionar sobre os fatores que determinam a não efetividade do direito à moradia destacando-se o papel do Estado, bem como da sociedade.

Seguindo, analisam-se os problemas causados pela ausência de recursos para a moradia, as dificuldades que as pessoas têm enfrentado devido à inefetividade do direito e, ainda, a omissão do Estado em elaborar políticas públicas que produzam resultados. Faz-se, também, necessário mencionar sobre as consequências que a falta de políticas públicas podem ocasionar.

Quanto à metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, tomando como parâmetro as obras de renomados autores, bem como artigos de internet.

2 CONCEITO DE MORADIA

Existe certa dificuldade em conceituar moradia, pelo fato de que há vários sinônimos em nossa língua que são empregados muitas vezes. Como por exemplo: habitação, residência e domicílio.

Assim, faz-se necessário antes de buscar a definição do conceito de moradia, distingui-lo dos

¹Acadêmica do 4º período de Direito da Fesurv.

²Acadêmica do 4º período de Direito da Fesurv.

³Orientadora, professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da FESURV.

demais. Deste modo o domicílio na visão de Diniz, (2005, p. 157) é: "a sede jurídica da pessoa". No que concerne o termo residência, Gomes (1971,s/p.), citado por Stefaniak, assim define: "é o local onde a pessoa se estabelece habitualmente, com a intenção de permanecer, ainda quando se afaste definitivamente". Já o termo moradia ou habitação para Gagliano & Pamplona Filho (2004, s/p.) é: "o lugar onde a pessoa natural se estabelece provisoriamente" Todavia, Souza (2004,p.42) diferencia habitação de moradia:

Observa-se que ambas as conceições sobre a habitação e moradia estão muito próximas e identificáveis, porém desde já alertamos que partirmos da análise de uma e outro, sob a diferença axial que assim consideramos, qual seja, a posição de que na habitação se tem o seu exercício de forma temporal, acidental, ainda que nela não se permaneça o ânimo. No caso de habitação, o enfoque é o local, o bem imóvel, ou seja, o objeto verbi gratia, porque se exerce a habitação numa hotelaria, numa casa de praia, em flats, etc. E, no caso do conceito da moradia, concebemo-la sob o enfoque subjetivo, pois pertence à pessoa o exercício da moradia, sendo-lhe inerente, havendo o dever de outrem possibilitar o exercício da moradia à coletividade, dever este não só do estado, mas também de quem por ele atua, facilita ou representa.

Souza (2004, p. 44) define moradia para além da simples habitação: "trata-se de um direito inerente ao homem, reconhecido juridicamente, essencial a personalidade e independe de objeto físico, indisponível tendo seu exercício no local protegido juridicamente". Deste modo, pode-se dizer que moradia, é um bem fundamental em que fornece às pessoas conforto, segurança e um ambiente saudável. Assim, afirmam Saule e Osório, (2002, s/p.): "Que todas as pessoas têm o direito humano a uma moradia segura e confortável, localizada em um ambiente saudável que promova a qualidade de vida dos moradores e da comunidade".

Além da distinção de tais termos, é importante fazer a análise sociológica de moradia. Vale, portanto, dizer que moradia não trata somente de uma construção erigida ao solo. Com o passar do tempo, a moradia passa a ser uma

identidade física da pessoa, ou seja, passa a traçar a personalidade, as características do sujeito que nela vive, nesse sentido muito bem explana Alves, citada por Clemente (2010,p.5024) ao discorrer sobre o assunto na Revista Tempo e Presença: "Morar é instintivo. Todos os animais moram; mas para o homem moradia é mais do que abrigo e proteção. Quando moramos, expressamos nossas identidades, construímos um modo de viver." Portanto, moradia, na visão sociológica de Clemente (2010, p.5025) : " Ela é requisito indispensável para que a vida humana possa existir; e mais: são suas condições que vão determinar o bem-estar daquelas pessoas que ela guarnece o que refletirá na formação de suas integridades físicas e morais".

2.1 Moradia como Direito Social

Fazem parte dos direitos sociais aqueles que se encontram elencados no art.6º, da Constituição Federal: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL,2011,p.10). Assim, Paulo e Alexandrino (2010, p.233) lecionam sobre direitos sociais:

Os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

Para Silva, citado por Lenza (2009,p.977), os direitos sociais :

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Portanto, os direitos sociais, direitos de segunda dimensão se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas. Nesse sentido, afirma Lenza (2009,p.758):

Os direitos sociais, de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida.

O direito à moradia foi previsto de modo expresso como direito social pela EC n. 26.2000. Antes dessa previsão, já existiam várias outras normas que amparavam tal direito, bem como o art.23, IX da Constituição Federal.

Partindo da ideia de dignidade da pessoa humana segundo Lenza (2009, p.759) :

(art. 1.º, III), direito à moradia e à privacidade (art. 5.º, X) e de ser a casa asilo inviolável (art. 5.º, XI), não há dúvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto é assim que o art. 23, X, estabelece ser atribuição de todos os entes federativos combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Em suma, os direitos sociais são aqueles que possuem metas de garantir às pessoas condições materiais de satisfazerem suas necessidades, impondo ao Estado que busque a efetividade para aplicação de tal norma.

2.2 A eficácia do direito social à moradia

Para o presente estudo, moradia é um bem. Bem, do ponto de vista de Stefaniak (2010, s/p.):

É tudo aquilo que é suscetível a se transformar em um objeto do direito da pessoa humana. Mais do que isso a moradia é um bem essencial reconhecido constitucionalmente como indispensável para a dignidade do homem. Portanto, o direito à moradia é um direito humano e fundamental.

A alteração constitucional elevou a moradia ao status de direito constitucional, ampliando o rol dos conhecidos direitos sociais, com a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que modificou a redação do art. 6º da Constituição Federal. O referido direito está também expressamente previsto em vários tratados internacionais, assim como no artigo 7º, IV da

Constituição Federal.

Embora esteja elencado em diversas normas, tal direito ainda não possui a efetividade necessária para satisfazer, no mínimo o propósito de cada ser humano ter um lar, com dignidade, conforto e segurança para sua família.

A ausência de condições financeiras para que esse propósito se realize, transformou-o em uma grande decepção e frustração.

Hodiernamente, no Brasil já são mais de 8 milhões de famílias sem estas condições, tais pessoas compõem o que denomina-se de déficit habitacional, assim expõe Stefaniak nos dizeres de Santos (1993, s/p.):

está ligado diretamente à capacidade financeira dos interessados em poder comprar as suas residências, em outras palavras, grande parte da humanidade não tem acesso à moradia ou pelo menos a uma moradia digna e adequada para exercer a condição de pessoa humana em sua plenitude.

Este cenário se dá em decorrência do descaso do estado, uma vez que, a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais, nos termos do artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal. Observa-se então, que é dever dos órgãos estatais zelarem por esse direito. Considerando o grande acervo de políticas sociais conquistadas no Brasil e sua grande importância para a vida da população brasileira, que em sua maioria esteve relegada à própria sorte, pode-se visualizar que a política habitacional mais especificamente, não tem sido vista como prioridade para os gestores municipais, nem ao menos tratada como pública, considerando que as medidas adotadas, não solucionam nem tão pouco atingem a totalidade da população que dela necessita.

Assim é a política habitacional implementada pelo atual governo federal. O programa denominado “Minha Casa, Minha Vida” é focado exclusivamente na concessão de crédito imobiliário:

91% da população que compõe o déficit habitacional no Brasil ganha entre zero e três salários mínimos. Essas pessoas não têm renda suficiente para ter crédito (...). No Brasil, um plano de ampliação do crédito imobiliário teria um agravante. Como não há política efetiva para o uso consciente do solo urbano, é bem possível que o crédito financie a construção de imensas e novas periferias (ROLNIK, 2009).

Em tese apresentada no 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, sobre o Direito à Moradia, Aith (2001, s/p.) demonstrou-se o problema enfrentado para assegurar a efetividade dos direitos sociais:

Os Direitos individuais possuem muito mais respaldo jurídico e garantias judiciais efetivas do que os direitos sociais. Enquanto existem instrumentos como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança, o princípio da legalidade, entre outros, destinados à garantia do cidadão contra arbitrariedades estatais, verificamos a absoluta falta de instrumentos e garantias jurídicas que protejam, com a mesma eficácia, os direitos sociais, culturais e econômicos. Enquanto os direitos civis e políticos exigem, basicamente, uma abstenção por parte do Estado, os direitos sociais exigem uma ação efetiva do Estado.

Correlacionando os temas, Saule (2002, s/p.) esclarece que :

A dignidade da pessoa humana como comando constitucional será observada quando os componentes de uma moradia adequada forem reconhecidos pelo Poder Público e pelos agentes privados, responsáveis pela execução de programas e projetos de habitação e interesse social, como elementos necessários à satisfação do direito à moradia.

No Brasil, o Ministério das Cidades conta com a Secretaria Nacional de Programas Urbanos para planejar e implantar políticas urbanas e habitacionais. Rolnik (2009,s/p.), responsável pelo órgão, explica que não é apenas o Governo que deve ter responsabilidade com a questão: "Esse direito tem que ser um compromisso também da sociedade para garantir moradia adequada a todos". Para Rolnik, um dos elementos principais para sair da teoria para a prática é assegurar o acesso à terra urbanizada e bem localizada. "Para isso, é necessário subsídio e financiamento porque

o custo de moradia é alto e a renda das pessoas é baixa".

Nesse contexto, a renda é a principal causa das desigualdades da moradia no Brasil. De acordo com o IBGE, 83% das pessoas que não têm casas ou que moram em condições precárias, possuem renda familiar mensal de até três salários mínimos. Patrícia Cardoso, 2009, advogada do Núcleo de Direito das Cidades do Instituto Pólis (ONG voltada a estudos de políticas públicas para a cidadania) diz que quem tem habitação de qualidade são os que "pagam por esse direito". E complementa: "Quem não tem acesso à renda e uma moradia digna passa a ser marginalizado na cidade. Nessas regiões periféricas, o Estado não chega e as pessoas têm que construir suas casas sozinhas".

Em suma, pode-se observar que a omissão do Estado no que tange à eficácia ao direito à moradia, está correlacionado com os inúmeros problemas que grande percentual da população brasileira vem sofrendo, destaca-se como exemplos as pessoas que constroem suas casas em áreas de risco devido à falta de renda, sem segurança, e sujeitas aos fenômenos da natureza e, consequentemente, na maioria das vezes ficam desabrigadas. Pode-se citar as pessoas morando nas ruas, embaixo de viadutos e pontes nestes locais, as pessoas possuem uma condição inadequada de vida, sem nenhuma possibilidade de terem saúde, sujeitas a todos os tipos de violência e criminalidade. Os efeitos negativos destes problemas são imensos e sempre correlacionam com outros, desemprego, falta de escolaridade para estas pessoas e, ainda, nunca são aceitas na sociedade, sofrendo discriminação por parte das que estão em melhores condições.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se notar que a falta de medidas públicas e a baixa renda da sociedade brasileira são as principais causas influenciadoras na ineficácia do direito à moradia. É fato que o novo dispositivo constitucional, por si só, não solucionará a crise de moradia no país, tampouco proporcionará a

imediata alocação de recursos para a resolução do déficit habitacional.

No entanto, seu advento normativo sinaliza para o Congresso, a sociedade e para os governos federais, estaduais e municipais a urgência de intervenções governamentais, que visem à imediata superação de um dos mais graves problemas sociais do Brasil. A ausência de moradia é desagregadora às relações familiares, invalida a dignidade humana, desampara o futuro de crianças e sonega a condição essencial que deve ser priorizado pelo sistema governamental.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Abujamra. O direito à moradia nos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8344/direito-de-habitacao/3>>. Acesso em: 05 de maio de 2011.

ALEXANDRINO,M.; VICENTE,P. Direito Constitucional Descomplicado. 6º ed. São Paulo: Método,2010.1053 p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168p. (Série Legislação Brasileira).

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 1º. Volume. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. O direito constitucional à moradia e os efeitos da Emenda Constitucional 26/00. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/579>>. Acesso em: 11 de maio de 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 1971.

LENZA.Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13º. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 926p.

ROLNIK, Raquel. Só crédito não resolve habitação. Entrevista para JoãoLoes. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoe/edicoes/2053/artigo128346-1.htm>>. Acesso em 05 de maio de 2011.

ROLNIK, Raquel; SAULE JUNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade: novas perspectivas para a reforma urbana.<http://www.polis.org.br/publicacoes_interno.asp?codigo=92>. Acesso em 04 de maio de 2011.

SANTOS, Milton. A urbanização brasileira. São Paulo: Editora Hucitec, 1993 (Coleção estudos urbanos).

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAULE JUNIOR, Nelson; OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia no Brasil. Disponível em:<<http://www.unhabitat.org/content.asp?cid=2649&catid=491&typeid=3&subMenuld=0&AllContent=1>>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

SILVA,José Afonso da. Ação Popular constitucional: doutrina e processo.2.ed,ver.ampl.e aum.São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STEFANIAK, João Luiz. A efetividade do direito humano e fundamental à moradia. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, jul/dez 2010, v.8, n.8, 29/11/2010. Disponível

em:<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/348/254>>. Acesso em: 03 de maio de 2011.

DA IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS BENFEITORIAS ACRESCIDAS AOS IMÓVEIS DOADOS PELO MUNICÍPIO DE RIO VERDE A PARTICULARS QUANDO DA REVERSÃO DO BEM AO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Carolina Mérida Mendes¹

Renata de Almeida Monteiro²

RESUMO

O presente artigo trata da indenização administrativa pelas benfeitorias acrescidas a imóveis públicos doados pelo Município de Rio Verde a particulares, com a finalidade de implantação de indústrias ou empresas prestadoras de serviços, na hipótese de reversão dos bens doados ao patrimônio público em razão do não atendimento dos encargos legais que condicionaram a doação.

O objetivo do estudo em questão é demonstrar que a indenização administrativa, na hipótese aqui aventada, encontra obstáculo legal na legislação municipal em vigor, além de violar os princípios da legalidade, da moralidade, da impensoalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica documental por meio do método dedutivo.

Em suma, conclui-se que, em observância aos princípios constitucionais a que está adstrita a Administração Pública e, ainda, da análise atenta à Lei de Improbidade Administrativa e à legislação municipal aplicável ao tema, a indenização administrativa nos processos de reversão de bens

doados ao patrimônio público do Município de Rio Verde não encontra amparo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Indenização; Doação; Bens Públicos; Reversão.

1 INTRODUÇÃO

É cediço que o caput do artigo 37 da Constituição Federal estabelece os princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, dispondo que: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impensoalidade, moralidade, publicidade e eficiência(...)".

Todavia, além dos cinco princípios constitucionalmente previstos, todas as esferas da Administração Pública, incluindo a Municipal, devem pautar a sua atuação nos ditames do caput do artigo 2º da Lei federal 9.784/1999, o qual estabelece que: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público

¹Professora da Faculdade de Direito – Universidade de Rio Verde – GO. Especialista em Direito Empresarial. Procuradora do Município de Rio Verde – GO.

²Professora da Faculdade de Direito – Universidade de Rio Verde – GO. Especialista em Direito Tributário. Advogada.

eficiência.

Sabe-se que, em função dos princípios impostos à Administração Pública em suas relações jurídicas, tem-se que os bens públicos seguem regime jurídico próprio, sendo gravados por certos ônus que, via de regra, não atingem os bens privados, quais sejam, a inalienabilidade, a impenhorabilidade e a imprescritibilidade.

Ocorre que, mesmo nas hipóteses específicas em que a lei autoriza a alienação de tais bens, sempre com vistas ao alcance do interesse público, como é o caso das doações de bens públicos a particulares para o desenvolvimento de determinadas atividades com vistas à geração de empregos e rendas à população local, muito comum nos municípios brasileiros, é preciso ter-se em mente que os princípios administrativos hão de ser preservados.

Em virtude do acima exposto, não raras vezes as leis municipais que instituem a doação de bens públicos a particulares com os propósitos já mencionados, estipulam que o não atendimento da destinação especificada em lei aos imóveis doados implica a possibilidade de reversão desses bens ao patrimônio público do município doador, justamente como forma de garantir a observância dos princípios da legalidade, da moralidade e, em especial, do interesse público, que deve se sobrepor ao interesse privado, sob pena de ofensa também ao princípio da impessoalidade.

Entretanto, nos casos em que o particular não tenha conferido ao imóvel doado pelo ente público a destinação determinada em lei, portanto, nas hipóteses em que a lei autoriza a reversão dos bens doados ao patrimônio público, surge uma questão de grande importância, qual seja, como tratar o direito ao percebimento, pelo particular que não atendeu aos encargos legais que condicionaram a doação, de indenização por eventuais benfeitorias acrescidas aos imóveis públicos doados.

Os juristas pátrios se dividem quanto à legalidade da indenização por essas benfeitorias. Diante disto, presta-se o presente estudo a demonstrar que, no caso do Município de Rio

Verde, no Estado de Goiás, a indenização administrativa das benfeitorias acrescidas a imóveis públicos doados a particulares com a finalidade de implantação de indústrias ou empresas prestadoras de serviços fere não apenas a legislação local, como, sobretudo, os princípios constitucionais administrativos.

2 DA DOAÇÃO DE BENS PÚBLICOS E DE SUA PREVISÃO LEGAL NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE RIO VERDE

Conforme é sabido, os bens públicos municipais tanto podem ser utilizados pela própria Administração, como podem ser suscetíveis de uso por particulares, existindo diversos institutos jurídicos por meio dos quais essa utilização pode se dar, seja de forma gratuita ou onerosa; por ato precário, como ocorre nas hipóteses de autorização ou permissão, ou através da celebração de contrato administrativo, como é o caso da concessão de uso, dentre outros.

No que respeita ao Município de Rio Verde, objeto do presente estudo, optou-se pela adoção do instituto da doação como meio de viabilizar o uso de bens públicos por particulares com o fito de incentivar as atividades industriais locais e, por conseguinte, a geração de empregos e rendas ao município.

Consoante leciona Costa (2010, p. 191), “a doação é contrato pelo qual o doador, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o donatário, que os aceita, de acordo com o art. 538 do Código Civil”.

Muito embora o instituto de doação seja de natureza privada, com previsão no Código Civil Brasileiro, pode ser empregado pelos entes da Administração. Entretanto, nos caso de doação de bens imóveis públicos, ensina Di Pietro (2010, p. 367):

“Com relação à doação de bens imóveis, o § 1º, do art. 17 estabelece que, cessadas as razões que justificaram sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada sua alienação pelo beneficiário.(...) A idéia evidente é a de manter o

bem doado vinculado ao fim de interesse público que justificou a doação. Se deixar de atender a esse objetivo, o bem volta ao patrimônio público." (grifo nosso)

Neste particular, a redação atual do artigo 2º da Lei Municipal 4.775/2004 (conforme alterado pela Lei Municipal 5.871/2010), que autoriza a doação dos imóveis que menciona, dispõe o seguinte:

"Art. 20 – A doação tratada pelo artigo anterior será gravada de ônus de inalienabilidade e reversibilidade ao Patrimônio Municipal, se porventura o donatário não implantar no imóvel o empreendimento a que se propôs no prazo de 06 (seis) meses." (grifo nosso)

No mesmo sentido são as disposições contidas no artigo 9º, parágrafo 1º do Regulamento do Setor Municipal de Pequenas Empresas aprovado pelo Decreto Executivo Municipal 877/2011, "in verbis":

"Art. 9º ...

§ 1º - É obrigatório o cumprimento do prazo máximo de 6 (seis) meses para a implantação da empresa. Na hipótese de descumprimento do cronograma de implantação no tempo estabelecido, a empresa perderá o direito à área a ela destinada, sem qualquer direito a indenização pelas benfeitorias que tenha acrescido ao imóvel." (grifo nosso)

Destarte, a cláusula de inalienabilidade impede a transferência do imóvel público, pelo particular donatário, a qualquer título e forma, e independentemente da finalidade, de maneira a assegurar que o interesse público pretendido com a doação, no presente caso, a implantação de indústria ou de empresa prestadora de serviços no imóvel público doado, seja alcançado.

Já a cláusula de reversibilidade garante que, caso o particular donatário não cumpra as condições para se estabelecer e se manter no imóvel doado no prazo definido em lei, esse seja revertido em favor do patrimônio público municipal, de modo a preservar o patrimônio do Município de Rio Verde, mas, sobretudo, como forma de permitir que esse bem cumpra sua função social, produzindo riquezas e gerando empregos à população local, em atendimento ao interesse

público.

Em síntese, a legislação do Município de Rio Verde prevê a possibilidade de doação de determinados bens imóveis que compõem o acervo do patrimônio do municipal a particulares, bens estes localizados no Setor Municipal de Pequenas Empresas, estabelecendo, como encargo, a implantação de empresa na área doada pelo particular beneficiado pela doação, e estipulando a reversão do bem doado ao patrimônio público municipal na hipótese de não atendimento das exigências legais dentro do prazo definido em lei.

2.1 Dos Princípios Constitucionais Administrativos da Legalidade, da Moralidade, da Impessoalidade e da Supremacia do Interesse Público

Não é novidade que a Administração Pública está sujeita, em suas atividades, à observância de princípios que são inerentes ao regime jurídico de direito público. Alguns destes princípios vêm consagrados na própria Constituição Federal, no caput do artigo 37, quais sejam, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além dos cinco princípios constitucionalmente previstos, todas as esferas da Administração Pública, incluindo a Municipal, devem pautar a sua atuação nos ditames do caput do artigo 2º da Lei federal 9.784/1999, que colaciona, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Para fins do presente estudo, mostra-se imprescindível se ocupar mais atentamente dos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Em linhas gerais, por força do princípio da legalidade, a Administração, bem como o administrador público, no exercício de suas

funções, estão adstritos ao atendimento do disposto em lei. Enquanto o particular está autorizado a fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração somente pode agir quando e como a lei autorizar.

Segundo ensina Meirelles (2010, p.89):

"A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. (...) Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos."

Ademais, além de obedecer à legalidade, a atuação da Administração Pública deve ser pautada pela moralidade, porquanto existem atos que, não obstante legais, ferem à moral. E destes deve se afastar o poder público. Conforme estabelece o inciso IV, do parágrafo único, do artigo 2º, da Lei federal 9.784/1999, a Administração está obrigada a agir: "segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé."

De mesma sorte, a Administração deve observar o princípio da imparcialidade em suas relações com os administrados, não podendo agir de forma distinta, conforme aquele a quem se dirija o ato administrativo.

Ao contrário, de acordo com o que preleciona Di Pietro (2010, p. 67): "a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento."

Por fim, no exercício de suas atribuições, o poder público deve ater-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Segundo os ensinamentos de Bandeira de Mello (1999, p.59), o interesse público: "se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, (...) que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual." Portanto, os interesses individuais de um administrado ou de um grupo de administrados jamais podem se sobrepor aos interesses da sociedade, sob pena de ofensa não apenas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, como também aos princípios

da legalidade e da imparcialidade.

2.2 Da Impossibilidade de Indenização Administrativa pelas Benfeitorias Acrescidas aos Imóveis Doados pelo Município de Rio

A questão central que envolve o tema é como tratar as situações em que, inobstante os encargos legais que condicionaram a doação do imóvel público pelo Município de Rio Verde ao particular não tenham sido atendidos na integralidade e dentro do prazo estabelecido (logo, nas hipóteses em que a lei determina a reversão dos bens doados ao patrimônio público), o particular tenha acrescido benfeitorias aos bens públicos doados. Nesta hipótese, as benfeitorias e acessões acrescidas ao imóvel público pelo particular, durante a vigência da doação, são passíveis de indenização administrativa?

A resposta a esta pergunta passa necessariamente pelo exame da legislação municipal que regula a doação de imóveis públicos no Município de Rio Verde e da Lei de Improbidade Administrativa em cotejo com os princípios norteadores da Administração Pública, em especial, aqueles tratados no capítulo anterior.

Nesse diapasão, o Regulamento do Setor Municipal de Pequenas Empresas aprovado pelo Decreto Executivo Municipal 877/2011, afasta o direito à indenização por eventuais benfeitorias acrescidas ao imóvel público objeto de doação tanto quanto da reversão do bem pelo não atendimento dos encargos que justificaram a doação como em caso de devolução espontânea pelo donatário, senão, veja-se:

"Art. 9º ...

§ 1º - É obrigatório o cumprimento do prazo máximo de 6 (seis) meses para a implantação da empresa. Na hipótese de descumprimento do cronograma de implantação no tempo estabelecido, a empresa perderá o direito à área a ela destinada, sem qualquer direito à indenização pelas benfeitorias que tenha acrescido ao imóvel."

(...)

Art. 15 - Após 6 (seis) meses de outorgada a escritura de doação, sem que seja dada à área doada a

destinação constante da escritura, o imóvel será revertido ao Patrimônio Público do Município, sem qualquer direito a indenização à empresa donatária pelas benfeitorias e acessões que tiverem sido incorporadas ao terreno doado.

Art. 16 – Sem prejuízo das demais disposições deste regulamento, a empresa donatária poderá, a qualquer tempo e independentemente do motivo, proceder à devolução da posse e/ou da propriedade do imóvel ao Município, sem qualquer direito à indenização pelas benfeitorias e acessões que tiverem sido incorporadas ao terreno doado.”

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/1992), por seu turno, estabelece em seu artigo 10, inciso IX, o seguinte:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; (...)

Diante do conjunto de dispositivos legais municipais e federais acima transcritos, bem como da análise destes em consonância com o princípio da legalidade estrita a que se submete a Administração Pública, que, conforme já visto, somente pode agir como e quando a lei autorizar, resta clara a impossibilidade de indenização administrativa, por parte do poder público municipal, das benfeitorias e acessões acrescidas pelos particulares aos imóveis públicos doados pelo Município de Rio Verde, quer em razão da devolução espontânea do bem ao ente doador, quer em virtude de reversão do bem doado ao patrimônio público pelo não atendimento dos encargos legais que condicionaram a doação.

Outrossim, a concessão de indenização, por via administrativa, ao administrado que não conferiu a correta destinação ao imóvel público recebido em doação nos termos da legislação aplicável, é atentatório aos princípios da impessoalidade e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, já que, em muitos casos, as benfeitorias, ao invés de

beneficiarem a Administração Pública, acabam por gerar custos ao erário em razão da necessidade de demolição e recuperação das áreas doadas.

Finalmente, não se pode olvidar dos dizeres do artigo 10, inciso IX, da Lei de Improbidade Administrativa, por força do qual o pagamento de indenização, nas hipóteses aventadas no presente estudo, além de ilegal, implicam a prática de ato de improbidade pelos agentes públicos municipais envolvidos na expedição do ato administrativo que o determinar, sujeitando-os a cominações que vão do ressarcimento integral do dano, passando pela perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do interessado, se cabível, incluindo a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, sem prejuízo de outras sanções legais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, pode-se concluir pela ilegalidade do pagamento de indenização das benfeitorias e acessões porventura acrescidas a imóveis públicos doados a particulares pelo Município de Rio Verde com a finalidade de implantação de indústrias ou empresas prestadoras de serviços pela via administrativa, seja na hipótese de reversão dos bens doados ao patrimônio público pelo não atendimento dos encargos legais que tenham justificado a doação, seja no caso de devolução espontânea do bem pelo donatário.

Isto porque, no caso ora examinado, o pagamento de indenização administrativa pelo poder público municipal fere não apenas a legislação local, como, sobretudo, os princípios constitucionais administrativos da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, assim como a Lei de Improbidade Administrativa.

Todavia, apesar da evidente impossibilidade de indenização, nada obsta que o particular remova as benfeitorias e acessões que puderem ser dissociadas do bem imóvel revertido ou devolvido ao patrimônio público municipal.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 12. ed. – São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Constituição, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.
- BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.
- COSTA, Nelson Nery. DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. DIREITO ADMINISTRATIVO. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes et all. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. 36. ed. – São Paulo,: Revista dos Tribunais, 2010.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. CONCESSÃO, PERMISSÃO, AUTORIZAÇÃO, CESSÃO E DOAÇÃO: QUAIS SÃO AS DIFERENÇAS?. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, v. 3, n. 35, nov. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30112>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LIMITAÇÃO DO DIREITO DE CREDITAMENTO DE PIS/PASEP- IMPORTAÇÃO E COFINS- IMPORTAÇÃO CONFORME O REGIME DE TRIBUTAÇÃO

Aliny Moreira Borba¹

Renata de Almeida Monteiro²

RESUMO

O trabalho tratou-se da instituição do PIS/PASEP-importação e a COFINS-importação, prevendo hipótese de creditamento em relação ao PIS/PASEP e à COFINS. Todavia, a análise da legislação revelou que somente os contribuintes optantes pela tributação pelo lucro real têm direito a esse creditamento. Este artigo teve por objetivo demonstrar que não há violação ao princípio da isonomia na vedação de creditamento em favor de contribuintes optantes pelo SIMPLES e pela tributação pelo lucro presumido. A metodologia adotada foi de natureza exploratória onde consistiu na pesquisa bibliográfica e por meio eletrônico, uma vez que este tema é preposto de muitos debates. A técnica adotada foi documental, ou seja, necessitou de leis para compreender a fonte primária do tema. Conclui-se que, por haver distintos regimes de tributação, haverá distinto tratamento, sem que isso resulte em violação ao princípio constitucional. Sendo assim, neste caso, a limitação do direito de creditamento previsto no art. 15 da Lei 10.865/2004 em favor dos contribuintes optantes pela tributação pelo lucro real não representa violação do princípio da isonomia em relação aos optantes pelo SIMPLES e pela tributação pelo lucro presumido.

PALAVRAS CHAVE: Creditamento; Pis/Pasep; Cofins e isonomia

1 INTRODUÇÃO

O artigo 195 da Constituição Federal estabelece que: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios (...).” Diante de tal normativa, é sabido que foram criadas diversas contribuições com o fim de financiar a seguridade social e, dentre elas, a que se refere o inciso IV do art. 195 acrescentado pela Emenda Constitucional 42/2003, que institui que o importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele se equiparar será uma fonte de custeio da previdência social.

Este acréscimo constitucional tem por inteligência promover a isonomia entre os produtos e serviços importados e os nacionais, os quais são sujeitos à tributação.

A MP nº 164/04 criou as contribuições sociais ao PIS-PASEP-importação e COFINS-importação com fundamento no art. 195, IV, que foi alterado pela Emenda Constitucional nº 42, de 30 de dezembro de 2003 (EC 42/03), prevendo hipótese de creditamento em relação ao PIS/PASEP

¹Aluna do curso de Direito – Universidade de Rio Verde – GO.

²Professora da Faculdade de Direito – Universidade de Rio Verde – GO – Orientadora/Advogada. (e-mail: monteirorenata@rocketmail.com)

e à COFINS. Todavia, as Leis nº 10.637/03 e 10.833/03 revelam que somente os contribuintes optantes pela tributação pelo lucro real têm direito a esse creditamento (RAPOSO, 2009, s/p).

Há impropriedades quanto ao PIS-PASEP-importação e COFINS-importação, diante disto o presente artigo vem demonstrar que não há violação ao princípio da isonomia na vedação de creditamento em favor de contribuintes optantes pelo SIMPLES (sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte) e pela tributação pelo lucro presumido.

2 DISTINÇÃO ENTRE PIS/PASEP IMPORTAÇÃO E A COFINS IMPORTAÇÃO E PIS/PASEP E A COFINS

Programa de Integração Social, mais conhecido como PIS/PASEP ou PIS, é uma contribuição social de natureza tributária, devida pelas pessoas jurídicas, esta contribuição tem como finalidade financeirar o pagamento do seguro-desemprego e do abono para os trabalhadores que ganham até dois salários mínimos (WIKIPEDIA, 2011, s/p).

O PIS foi criado com o intuito de promover a integração do empregado da iniciativa privada na vida e no desenvolvimento das empresas. Na prática é um programa de transferência de renda, que possibilita a melhor distribuição da renda nacional (WIKIPEDIA, 2011, s/p).

O sistema tributário brasileiro geralmente é criticado pelo fato de suas tributações serem a maioria de efeito “cascata”, ou seja, os tributos geralmente são cumulativos, isto é, pela incidência de tributos em diversas fases da cadeia produtiva (RAPOSO, 2009, s/p).

Conforme já mencionado, a reforma tributária empreendida pela Emenda Constitucional 42/2003 instituiu nova fonte de custeio da seguridade social, mediante inclusão do inciso IV no art. 195 da Constituição Federal que fundamenta:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)” (BRASIL, 1988, p.73).

Com a Lei 10.865/2004, foi instituído o PIS/PASEP-importação e a COFINS-importação, exigíveis na importação de produtos ou serviços provenientes do exterior, que diz:

“Art. 1º. Ficam instituídas a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços - PIS/PASEP-Importação e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior - COFINS-Importação, com base nos arts. 149, § 2º, inciso II, e 195, inciso IV, da Constituição Federal, observado o disposto no seu art. 195, § 6º”. (BRASIL, 2004, s/p).

Verifica-se que são tributos diferentes apesar de as nomenclaturas serem parecidas. Em síntese, o PIS/PASEP e a COFINS têm como fato gerador o auferimento de receita e como base de cálculo a receita bruta, ao passo que o PIS/PASEP-importação, assim como a COFINS-importação têm como fato gerador o ingresso de mercadorias no país ou o pagamento de serviços prestados no exterior e como base de cálculo o valor aduaneiro da mercadoria ou o valor pago pelo serviço (RAPOSO, 2009, s/p).

2.1 Da Inaplicabilidade do Art. 15 da Lei 10.865/2004 para os que Optam pelo SIMPLES e pela Tributação pelo Lucro Presumido

Depreende-se que os contribuintes do PIS/PASEP e a COFINS se beneficiaram com o princípio da não cumulatividade, uma vez que as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, assim instituíram. Nesse sentido, a Lei 10.865/2004

previu o seguinte em seu art. 15, caput:

"Art. 15. As pessoas jurídicas sujeitas à apuração da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, nos termos dos arts. 2º e 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, poderão descontar crédito, para fins de determinação dessas contribuições, em relação às importações sujeitas ao pagamento das contribuições de que trata o art. 1º desta Lei, nas seguintes hipóteses: (...)" (BRASIL, 2004, s/p)

Visualiza-se que o direito ao creditamento é somente permitido se obedecido o disposto nos arts. 2º e 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, ou seja, o direito ao creditamento não se aplica a todos os recolhimentos de PIS/PASEP e a COFINS (RAPOSO, 2009, s/p).

De acordo art. 8º da Lei 10.637/2002:

Art. 8º. Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 6º:

I – as pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º, 8º e 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998 (parágrafos introduzidos pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001), e Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983;

II – as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

III – as pessoas jurídicas optantes pelo Simples; (...). (BRASIL, 2002, s/p).

Vale ressaltar também o art. 10 da Lei 10.833/2003 que salienta:

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º: (Vide Medida Provisória nº 252, de 15/06/2005).

I - as pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º, 8º e 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e na Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983;

II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

III - as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES; (...). (BRASIL, 2002, s/p).

Conclui-se que, o creditamento previsto no art. 15 da Lei 10.865/2004 não inclui as pessoas jurídicas tributadas pelo regime do lucro

presumido, assim como aquelas optantes pelo SIMPLES, simplesmente porque elas não estão submetidas ao regime de não cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS previsto nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. (RAPOSO, 2009, s/p).

2.2 Da Inexistência de Violação ao Princípio da Isonomia na Limitação do Direito de Creditamento Previsto no Art. 15 da Lei 10.865/04

Primeiramente, deve-se entender o que é o SIMPLES e o que é lucro presumido ou arbitrado. O Simples (sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte) é um nome fantasia dado ao sistema de tributação simplificada criado em 1996 através de medida provisória e convertida na Lei nº 9.317, de 1996 que tem por finalidade recolher as contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte (WIKIPÉDIA, 2010, s/p).

O lucro presumido é uma forma de tributação simplificada para determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido) das pessoas jurídicas que não estiverem obrigadas à apuração do imposto de renda pelo lucro real.

O art. 3º da LEI Nº 9.317, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1996 trata dos tributos que são abrangidos pelo SIMPLES, veja-se:

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

- a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;
- b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;
- c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;
- d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS;
- e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;
- f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996, os arts. 22 e 22A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 e o art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994. (Redação dada pela

Lei nº 10.256, de 9.10.2001). (BRASIL, 1996, s/p).

O regime do SIMPLES Nacional – Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte previsto na Lei Complementar 123, que revogou a Lei 9.317/96, não traça diferença com a lei anterior. E ainda engloba em um só recolhimento mensal diversos tributos, inclusive o PIS/PASEP e a COFINS (RAPOSO, 2009, s/p). O valor a ser recolhido é apurado a partir da receita bruta, conforme disposto nos arts. 13 e 18 da Lei Complementar 123, como segue:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

- I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;
- II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;
- III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;
- IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;
- V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;
- VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;
- VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;
- VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

(...)

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração. (...). (BRASIL, 2006, s/p).

Vale ressaltar que a Lei Complementar 123 foi publicada após a instituição do PIS/PASEP-importação e da COFINS-importação, sendo necessário, então, considerar o disposto no art. 13, inciso II da Lei Complementar 123:

Art. 13. (...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XII - Contribuição para o PIS/Pasep, Cofins e IPI incidentes na importação de bens e serviços; (...) (BRASIL, 2006, s/p).

A tributação pelo lucro presumido se trata de uma faculdade posta à disposição do contribuinte, cujas vantagens não se identificam apenas quanto ao montante de tributo a ser recolhido, mas especialmente quanto ao cumprimento de todo um conjunto de obrigações acessórias (RAPOSO, 2009, s/p).

Depreende-se que aquele que optar pelo lucro presumido, de suas obrigações acessórias e do foco sobre a identificação da receita bruta, deve se fundamentar nos artigos do Regulamento do Imposto de Renda abaixo transcritos:

Art. 516. A pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a vinte e quatro milhões de reais, ou a dois milhões de reais multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido. E seus parágrafos 1º aos 5º (...). (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13).

Art. 518. A base de cálculo do imposto e do adicional (541 e 542), em cada trimestre, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida no período de apuração, observado o que dispõe o § 7º do art. 240 e demais disposições deste Subtítulo (Lei nº 9.249, de 1995, art. 15, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 1º e 25, e inciso I).

(...)

Art. 527. A pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter (Lei nº 8.981, de 1995, art. 45).

I - escrituração contábil nos termos da legislação comercial;

II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término do ano-calendário;

III - em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal.

Parágrafo único. O disposto no inciso I deste artigo não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano-calendário, mantiver Livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária (Lei nº 8.981, de 1995, art. 45, parágrafo único) (BRASIL, 1995, s/p).

Diante do conjunto de dispositivos normativos referenciados acima, demonstra-se que nenhuma pessoa jurídica está obrigada a submeter-se à tributação pelo lucro presumido, assim como não é compelida a optar pelo SIMPLES. Aqueles que adotam tais modalidades de tributação o fazem por reputar mais conveniente no plano prático restringir o volume de obrigações acessórias ou por vislumbrar possibilidade de dispensar menos recursos com o pagamento de tributos. (RAPOSO, 2009, s/p).

Nesse sentido, nos casos de tributação pelo lucro presumido ou de opção pelo SIMPLES, torna-se até mesmo impossível segundo o mesmo autor, proceder ao creditamento, na medida em que a contabilidade da pessoa jurídica não é capaz de evidenciar a multiplicidade de condicionamentos descritos nos incisos e parágrafos do art. 15 da Lei 10.865/2004, a saber:

Art. 15. As pessoas jurídicas sujeitas à apuração da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, nos termos dos arts. 2º e 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, poderão descontar crédito, para fins de determinação dessas contribuições, em relação às importações sujeitas ao pagamento das contribuições de que trata o art. 1º desta Lei, nas seguintes hipóteses:

I - bens adquiridos para revenda;
II - bens e serviços utilizados como insumo na

prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustível e lubrificantes;

III - energia elétrica consumida nos estabelecimentos da pessoa jurídica;

IV - aluguéis e contraprestações de arrendamento mercantil de prédios, máquinas e equipamentos, embarcações e aeronaves, utilizados na atividade da empresa;

V - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos para locação a terceiros ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços. E seus parágrafos seguintes. (parágrafos 1º aos 12). (BRASIL, 2004, s/p).

Pode-se concluir, que a limitação do direito de creditamento previsto no art. 15 da Lei 10.865/2004 em favor dos contribuintes optantes pela tributação pelo lucro real não representa violação do princípio da isonomia em relação aos optantes pelo SIMPLES e pela tributação pelo lucro presumido.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo explanado, pode-se concluir que somente haverá vedação ao crédito previsto no artigo 15 da Lei 10.865/04 para aqueles contribuintes que optaram pelo SIMPLES e pela tributação pelo lucro presumido, ou seja, o contribuinte que escolheu obter sua base de cálculo através do SIMPLES e pelo lucro presumido não poderá dispor do seu direito ao crédito, no entanto aqueles que optaram pelo lucro real poderão, sendo assim, o legislador disponibiliza opções para o contribuinte e por ser uma faculdade, este direito ao creditamento não representa violação do princípio da isonomia.

A opção por distintos regimes de tributação autoriza distinto tratamento entre os contribuintes, sem que isso, por si só, resalte para violação de qualquer princípio constitucional.

Parece bastante evidente que os contribuintes que se submetem à tributação pelo lucro real tem direito ao creditamento, mas aqueles optantes pelo lucro presumido ou optam pelo SIMPLES não possuem o direito ao creditamento,

uma vez que estas últimas não estão submetidas ao regime de não cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS previsto nas Leis 10.637/02 e 10.833/03.

O contribuinte não está obrigado a submeter-se à tributação pelo lucro presumido e tampouco a escolher pelo SIMPLES, sendo assim, este possui a faculdade de escolher o tipo de tributação que achar mais conveniente, pois ele também poderia escolher o lucro real, com isto, fica claro que não há violação ao princípio da isonomia para aqueles que optaram pelo lucro presumido e pelo SIMPLES.

REFERÊNCIAS

RESENDE . Raposo. Da inexistência de violação ao princípio da isonomia na limitação do direito de creditamento de PIS/PASEP-Importação e COFINS-Importação conforme o regime de tributação, 11 de 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18417/da-inexistencia-de-violacao-ao-princípio-da-isonomia-na-limitação-do-direito-de-creditamento-de-pis-pasep-importação-e-cofins-importação-conforme-o-regime-de-tributação>>. Acesso em: 20/04/2011.

RT. Ed. Revista dos Tribunais. Vade Mecum. Pgs: 1920. Ano de publicação: 2011.

Conceito de PIS/PASEP. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/PIS/PASEP_\(contribuição\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/PIS/PASEP_(contribuição))>. Acesso em: 20/04/2011.

Conceito de SIMPLES. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Simples>>. Acesso em: 20/04/2011.

BRASIL, Lei nº9317 de 05 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 06 de dezembro de 1996, pág. 25.973/7.

BRASIL, Lei complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da

Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de dezembro de 2006, republicada no Diário Oficial da União 31 de janeiro de 2009 (edição extra).

BRASIL, Lei nº 10.833 de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 30 de dezembro de 2003.

BRASIL, Lei nº 10.865 de 30 de abril de 2004. Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 30 de abril de 2004.

BRASIL, Lei nº 10.637 de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de dezembro de 2002.

DEFENSORIA PÚBLICA – PARA ASSEGURAR O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

*Neilia Maria da Silva Barbosa*¹
*Alexandre Ernesto*²

RESUMO

Este artigo tem a intenção de causar uma reflexão em torno das dificuldades que os cidadãos encontram em relação ao acesso à justiça, o qual lhes é garantido constitucionalmente. Analisa a evolução na busca do cumprimento dessa garantia por meio das lutas sociais ao longo da História, que culmina na criação da Defensoria Pública e, a forma como a instituição surgiu no Brasil. Sob um olhar crítico desvela as circunstâncias em que se encontra a Defensoria no país, colocando como objeto de reflexão a necessidade da preocupação por parte do poder público, bem como da sociedade, para manter, melhorar e implantá-la nos Estados em que ainda não existe.

PALAVRAS-CHAVE : Defensoria Pública. Acesso à justiça. Direito fundamental. Direito de Ação. Gratuidade processual.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina clássica tentou explicar a existência do Estado criando uma possível história da evolução humana, onde a insegurança e instabilidade da posse de bens os levaram a se unirem criando regras para que todos obedecessem e vivessem em paz uns com os outros.

Criou-se assim, a ideia de que os homens primitivos, para defender seus interesses, se reuniram formando um corpo social que configurou, de forma fictícia, o Estado soberano. Este se reveste do Poder que lhe foi conferido pelo

corpo social. Para existir realmente necessita garantir a vigência desse Poder, o que é feito por meio da força e coerção, ou seja, o exercício imperativo do poder materializa a pessoa fictícia do Estado, já que ao contrário (sem ser imperativo, coercitivo), o Estado não poderia se manifestar como um ente real, personificado, capaz de interagir com o corpo social e organizá-lo por meio dos agentes políticos que lhe dão corpo.

Para que o Estado possa interagir com o corpo social de forma a organizá-lo conforme os princípios idealizados é necessário que desmembre o poder que lhe foi conferido formando uma divisão fictícia (já que, tal poder continua uno).

No Brasil, a divisão acima referida constitui os três poderes independentes e harmônicos entre si nos dizeres da Constituição Federal brasileira de 1988, que são: o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

O Poder Executivo tem como função administrar o corpo social utilizando-se das normas constituídas tendo em vista os princípios visados pelos interesses dominantes na sociedade. Essas normas materializadas na Lei Maior deverão ser observadas por aquele corpo para que se tenha uma coletividade organizada em prol do objetivo comum: formar uma ordem social que atenda às necessidades presentes.

O Poder Legislativo possui a função precípua de elaborar uma Carta Maior que condense todo o anseio daquele corpo social, ou seja, uma Lei Maior que compõe e da qual decorre todo o ordenamento jurídico positivo a vigorar no Estado (país), bem como de fiscalizar o cumprimento

¹Aluna do Curso de Graduação em Direito.

²Professor da Universidade de Rio Verde – Orientador.

desse ordenamento.

O Poder Judiciário é o detentor da jurisdição em todo território, promove a aplicação da lei, distribui a justiça aos jurisdicionados e atua dirimindo conflitos entre estes. Disseminado por toda a nação, é capaz de efetivar os mandamentos das normas por meio de uma jurisdição nacional. Conta, para isso, com um poder de polícia que garante a imperatividade das normas.

Por outro lado, o Judiciário se volta para o corpo social como mediador entre o cidadão e o Estado. Quando o cidadão precisa defender seus direitos o Judiciário lhe disponibiliza os meios para tal, já que não poderá fazer esta defesa com “as próprias mãos”, pois, em conjunto com o corpo social outorgou o Poder ao Estado atribuindo-lhe o direito de tal defesa, ou seja, por meio do Judiciário o Estado lhe reserva e disponibiliza o direito de ser defendido, o direito de ação.

Sendo assim, o judiciário oferece, por meio de seus órgãos, um instrumento que faz ponte entre os cidadãos e o Estado: o processo. Por meio deste, o jurisdicionado tem do Estado a tutela que precisa para buscar seu direito lesado. Através da ação se dá início ao processo que tutela a pretensão buscada. Resguarda assim, o Judiciário, o princípio constitucional do acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição estampado como direito fundamental na Constituição de 1988. Porém, nem sempre esse preceito constitucional é conferido, no direito pátrio, a todos os cidadãos.

O presente trabalho tem a finalidade de reconhecer a deficiência no que diz respeito à efetivação do acesso à justiça, já que esse acesso é uma prerrogativa de todo cidadão, pois, assegurado como um direito fundamental pela Constituição Federal, que inclusive cria por meio de seus dispositivos a Defensoria Pública para o fim de efetivá-lo. Também, esse artigo tem o escopo de identificar, por meio de uma análise crítica, as dificuldades encontradas pela Defensoria Pública devido à grande demanda de processos a serem atendidos, e a falta de advogados para exercer os cargos inerentes a esse órgão, o que dificulta, e às vezes até impede o acesso à justiça, não obstante as

grandes conquistas no sentido de melhorar sua prestação de serviço ao longo dos últimos anos.

2 INSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

O processo de instituição da Defensoria Pública passa pelas transformações da sociedade desde a idade média. Inicia-se com a exigência de uma mudança no sistema absolutista devido aos abusos do poder real, restando esse enfraquecido e culmina com um irresistível desejo de liberdade promovendo um novo sistema. A contribuição do iluminismo se faz presente e de grande relevância para essa mudança. Conforme Arruda e Piletti (2007, p. 303):

o Iluminismo representou, na verdade, o momento culminante de um processo que começou no Renascimento, de afirmação da razão como base do conhecimento. No século XVIII, esse processo ganhou aspecto essencialmente crítico: a razão passou a ser usada para a compreensão do próprio indivíduo e de seu contexto social. [...] Assim como os fenômenos físicos – diziam os iluministas – as relações entre os indivíduos também são regidas pelas leis da natureza. Para eles, todos os seres humanos nascem iguais e são portadores de direitos naturais. As desigualdades teriam sido provocadas pelo próprio ser humano, no processo de formação da sociedade. Assim, para corrigir as desigualdades, tornava-se necessário mudar a sociedade e garantir os direitos naturais do indivíduo, entre os quais a liberdade, a igualdade perante a lei e a livre posse de bens.

Porém, a liberdade se mostra desenfreada e lesiva, o que faz surgir a necessidade de regras que imponham o respeito pela condição humana, pela dignidade do indivíduo enquanto ser social em detrimento do acúmulo de patrimônio a qualquer custo, que permitia a exploração da força de trabalho dos indivíduos mais pobres pelos poderosos como numa nova forma de escravismo.

[...] as revoluções de 1848 resultaram da combinação de diversos fatores, que variaram de país para país. De fato, motivações ideológicas e culturais também estavam em jogo. Em maior ou menor grau, verificou-se nesses movimentos o embate de três correntes ideológicas: o liberalismo, que lutava pela liberdade

individual e por um regime baseado na Constituição; o nacionalismo, que procurava unir politicamente as populações de mesma origem e cultura; e o socialismo, força nova que pregava a igualdade social e econômica mediante reformas radicais (ARRUDA E PILETTI 2007, p. 397).

As ideologias fomentaram as transformações, dessas surgiram consequências que direcionaram a sociedade a buscar um modelo que atenda mais as necessidades de cada cidadão. Tornaram o homem um agente que busca os seus direitos fazendo com que aqueles que detêm o poder o exerça sob limites que impõem o respeito à dignidade de todo ser humano. Maiormente, em meados do século XX, essa busca pelo império de leis que consagram uma sociedade mais igualitária tendo como bem maior para proteger o homem social em sua dignidade, liberdade e individualidade, portador de direitos e deveres que o coloca como agente principal de sua própria história, justificando a existência do Estado, já que este foi instituído para assegurar o bem-estar aos seus cidadãos. Para isso foi criado, para garantir a cada um que pertença ao corpo social que seja protegido e viva, pela ordenança, em paz com seus semelhantes e com o próprio Estado.

a reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava (BARCELOS 2008, p. 126).

Cappelletti e Garth (1988, p. 67-73), expõe um movimento reformista em busca do efetivo acesso à justiça, que começa a se consolidar mais firmemente a partir da década de sessenta, consagrando três fases, sendo: I – Primeira onda: assistência judiciária; II – Segunda onda: os direitos difusos; III – Terceira onda: o acesso à justiça.

Em relação à terceira onda, que se pode chamar de “novo enfoque do acesso à justiça”, o objetivo é tornar a justiça mais acessível, com

procedimentos simplificados e meios de acesso alternativos à justiça, como a justiça de composição de litígios ou a conciliatória, etc.

Diante do disposto, resta compreender que a sociedade, vigendo todos esses novos valores supramencionados traz novas necessidades, sendo uma delas, e a que interessa nesse trabalho, a de “armar” o cidadão na defesa de seus direitos. Surge, assim, a necessidade de um órgão integrado ao Poder Judiciário, poder este encarregado de promover e distribuir a justiça entre outras funções, que possa dar vez, voz e assessoria a cada cidadão para que defenda seus interesses ou direitos conferidos pelo próprio Estado por meio da Lei Maior, nos países que adotarem o sistema baseado em modelos que observam esses valores.

2.1 A Defensoria Pública no Brasil

Em 1870, o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros assume, inicialmente, a função de prestar a assistência judiciária àqueles que não podem pagar por ela. Isso ocorreu devido a não existência de leis que defendessem o direito dos hipossuficientes. O Estado assume essa função somente a partir da Lei 1060, de 05 de fevereiro de 1950 (Lei de Assistência Judiciária). Porém, somente com a Constituição de 1988 é que o direito de acesso à justiça é elevado a nível de direito e garantia fundamental, necessitando para sua efetivação a criação da Defensoria Pública (VIEIRA, 2010, p. 77 e 78).

O artigo 134, da Constituição Federal do Brasil de 1988, prescreve que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Esse artigo, em seu referido inciso, por sua vez, estatui que “o Estado prestará assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” e para reforçar esses mandamentos em relação à função do Judiciário que os cumpre inclusive por meio da Defensoria pode-se evocar o princípio constitucional estampado no inciso XXXV do

mesmo artigo que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

A gratuidade da justiça abrange honorários advocatícios, periciais, e custas judiciais ou extra-judiciais. Atente-se que assistência jurídica integral é mais que assistência judiciária, porque abrange, além da postulação ou defesa em processo judicial, também o patrocínio na esfera extrajudicial e a consultoria jurídica, ou seja, orientação e aconselhamento jurídicos. Em consequência, a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, vale dizer, essencial à própria Justiça (art. 134 da Constituição da República). [...] Sem a Defensoria Pública jamais se concretizaria minimamente o dever estatal de propiciar, a todos, acesso à Justiça, como também se esvaziariam consideravelmente os direitos fundamentais previstos pela nossa Constituição, como a ampla defesa e o devido processo legal, pois não teriam como defender esses direitos as pessoas que deles mais necessitam (DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO –site).

Vieira (2010, p. 55), citando Junkes, diz que a Defensoria Pública surgiu no ordenamento infraconstitucional em 1954, no Rio de Janeiro (na época capital federal) no âmbito de Procuradoria Geral de Justiça, implementando-se os serviços de assistência judiciária por meio da Lei Federal nº 3.434, de 20 de julho de 1958.

Quanto à forma como está estruturada, a Defensoria Pública ocupa o mesmo plano de importância que a Magistratura e o Ministério Público. Sua organização se dá nos níveis federal, estadual e distrital, por carreiras.

Atualmente a instituição está presente em vários Estados-membros como: Distrito Federal, Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins.

Não obstante as implantações desse órgão como exposto acima, há unidades federadas que não possuem defensorias públicas. Exemplo disso é o Estado de Goiás. Conforme Vieira (2010, p. 117 e

122):

A sociedade jurídica goiana, em especial o Ministério Público e Ordem dos Advogados do Brasil, sempre cobrou do poder executivo do Estado de Goiás a criação e implantação da Defensoria Pública, conforme matéria circulada no jornal O Popular, de 09 de agosto de 1999 [...] Da promulgação da Constituição Federal até a autorização e a publicação do edital para provimento de cargos de Defensores Públicos em Goiás (05 de outubro de 1988 e 30 de agosto de 2010), se passaram quase 22 (vinte e dois) anos sem que o Estado procurasse adequar-se à lei maior, oferecendo uma assistência judiciária através da Procuradoria-Geral do Estado, com defensores dativos, que recebem, quando recebem, muito mal para a prestação desses serviços, não oferecendo uma estrutura funcional digna daqueles que a população hipossuficiente merece.

No Estado de Goiás, como em outros Estados se observa igualmente a ausência da Defensoria. Essa Ausência, as dificuldades quanto à quantidade de membros atuantes (defensores), o aumento da clientela (seja porque as pessoas estão mais cientes de seus direitos, ou porque, segundo o consenso geral dos estudiosos, a pobreza tem aumentado gerando maior quantidade de demandas), juntamente com outros problemas, intensifica a referida insuficiência do acesso à justiça, impede o atendimento de forma eficaz a todo o contingente de necessitados da justiça gratuita.

Os argumentos acima expostos demonstram a necessidade de reflexão acerca do descumprimento da garantia constitucional do acesso à justiça (um dos pressupostos fundamentais do Estado Democrático de Direito). Somente a partir dessa reflexão, poder-se-á criar condições eficazes para a implementação das políticas públicas para a efetivação dessa garantia de forma a abranger todos os cidadãos nacionalmente. Destacando-se que a Defensoria Pública é um órgão que, por sua essencialidade, torna-se agente de transformação social (as pessoas por ela atendida deixa de ser mero expectador do seu direito e passa a atuar pessoalmente na defesa do mesmo, enquanto cidadão membro do corpo social) é viável que o Estado empregue total atenção a suas necessidades institucionais e

financeiras, ainda mais que “a obrigação de oferecer mecanismos de acesso à justiça para as pessoas pobres é do Estado, buscando uma justiça igualitária, que outorgue a essas pessoas, efetivamente o direito à representação legal, de forma a garantir o pleno exercício da cidadania”(VIEIRA 2010, p. 88).

2.2 As Conquistas e Necessidade de Viabilizar mais Melhorias

Não obstante os obstáculos referentes ao acesso à justiça, não se pode esquecer as conquistas que se vem conseguindo em relação à intenção de se promover a acessibilidade à justiça, sobretudo nos últimos anos, o que muito tem melhorado a efetivação desse preceito constitucional. Pode-se citar os Juizados de Pequenas Causas, os Juizados Especiais ao lado dos Cursos de Direito, a Lei 8.078/90 (proteção ao consumidor – ações coletivas), Lei 10.444/95 Juizados Especiais Cíveis e Criminais, PROCON (órgão de defesa do consumidor), Lei 9307/96 (arbitragem), Lei 10.444/2002 (conciliação na audiência preliminar), etc.

Algumas Defensorias conseguiram se tornar referência no serviço que oferecem, como é o caso da instituição no Rio de Janeiro, tem visado procurar aperfeiçoar a assistência jurídica, por meio da descentralização, da informatização da sede e dos órgãos, e da atuação da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública. Ressalta-se, também, que esta instituição se destaca na qualidade dos serviços.

No entanto, é necessário que providências continuem a ser tomadas, haja vista que há muito por se fazer em relação às questões nesse trabalho discutidas. Muitas defensorias ainda precisam ser acompanhadas e beneficiadas de forma a atingir o objetivo para o qual foram criadas. Dados oficiais fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) confirmam que:

mais de 70 milhões de brasileiros vivem abaixo da linha da pobreza, reclamando a urgente adoção de políticas públicas que visem a solucionar esse

lamentável quadro social. Dentre essas indispensáveis medidas está a efetiva instalação das Defensorias Públicas nos Estados que ainda não atenderam à imposição constitucional, bem como o fortalecimento daquelas já existentes (DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO).

Por outro lado, como acima referido, há unidades federais em que ela nem foi implantada, ou, se implantada está com seus serviços saturados, seja pela grande demanda de processos, seja pela falta de advogados (defensores). Inclusive essa é uma questão relevante, que se torna um grande óbice. Como oferecer a justiça ao cidadão de forma rápida e tempestiva se não há tantos servidores disponíveis para ministrá-la? Se a falta de advogados e recursos necessários ao bom andamento dos serviços prestados não forem supridas, repita-se, apesar dos avanços, a Defensoria Pública não poderá atender ao intuito de sua criação: dar a todo cidadão o acesso à justiça, resguardando esse preceito fundamental, que quando efetivado reafirma a condição estatal de Estado Democrático de Direito. Pois, do contrário se ouvirá permanentemente a velha discussão de que o judiciário está abarrotado de processos, como se pôde constatar na palestra ministrada por Ferrari sobre a lei Maria da Penha, quando dizia que, quando as mulheres são agredidas, não possuindo situação financeira que lhes permita pagar um advogado vão até a delegacia registrar a ocorrência, mas para que possa receber a proteção judicial ficam esperando numa fila, muitas vezes, dos Núcleos de Prática Jurídica das faculdades de Direito, pois não há como ser atendidas, pois os processos desse tipo são muitos (informação verbal).³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, pode-se notar que a Defensoria Pública é uma instituição integrada ao Poder Judiciário que se configurou por meio das lutas travadas desde o século XVIII. Este órgão toma, dessa forma, uma importância de grande

³Palestra ministrada por Renata Ferrari, no Auditório da ESUCARV, Universidade de Rio Verde em 06 de março de 2011, em Rio Verde – GO.

magnitude concentrando o anseio de várias épocas.

A Defensoria Pública é uma conquista no Brasil, onde a população, vivendo em um país em desenvolvimento, necessita de uma instituição com tal cunho social a que se propõe, deve ser preservada e amparada pelo Poder Público, administrativa e financeiramente, de forma a atender cada vez mais e melhor o anseio social concentrado na norma constitucional: possibilitar a todos o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ARUDA, José Jobson de A. PILETTI, Nelson. *Toda História – História Geral e História do Brasil. Ensino Médio – volume único.* 13^a Edição reformulada e atualizada. Editora Ática – São Paulo, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade Humana.* 2^a ed. Amplamente revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Art. 5º, XXXV e LXXIV. Art. 134 da Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. VADE MECUM/ OBRA COLETIVA DE AUTORIA da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes – 8 ed. Atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Portal do Governo do Estado do Rio de Janeiro. Anais eletrônicos. Disponível em <<http://www.dpge.rj.gov.br/>>. Acesso em: 06 mai 2011.

FERRARI, Renata. *Violência de Gênero: As aplicações da Lei Maria da Penha.* Palestra ministrada por Renata Ferrari, no Auditório da ESUCARV, Universidade de Rio Verde em 06 de março de 2011, em Rio Verde – GO.

VIEIRA, Arício. *A Ausência da Defensoria Pública no Estado de Goiás como Ofensa à Dignidade da Pessoa Humana.* 2010. 174 f. Dissertação (Título de Mestre em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2010.

EM BUSCA DE UM EFETIVO DIREITO COMUNITÁRIO REGIONAL: 20 ANOS DE MERCOSUL

*Alexandre Ernesto*¹

RESUMO

Depois da 2^a grande Guerra Mundial, os Estados Nacionais compreenderam que não são autossuficientes para encontrar e desfrutar do bem-estar comunitário, mesmo com todo o poderio econômico, social e bélico que cada um pudesse atingir, pois, a melhor solução dos problemas internacionais passaria pela integração dos países. Na América do Sul, notadamente, este papel interacional de países foi assentado pela edição do Tratado de Assunção de 1991, ato constitutivo do Mercado Comum do Sul, completos, agora, 20 anos, exigindo uma melhor reflexão a respeito dos progressos e atrasos do bloco, dos efeitos concretos da integração econômica, social, cultural e política, e do incremento das relações mercantis dos países integrantes. Vinte anos após a assinatura do Tratado de Assunção, apura-se que o MERCOSUL demonstra a capacidade conjunta de seus países de sobrepor as diferenças do passado, pela confecção de uma agenda compartilhada, a despeito dos percalços provocados por crises financeiras. A estabilidade política regional configura um espaço econômico agradável, embora, espera-se, de fato, a plena realização da integração que visa instituir um mercado comum que abrange a livre circulação de mercadorias, de capitais e de trabalhadores, bem como a liberdade de estabelecimento e de concorrência entre os países signatários.

PALAVRAS-CHAVE: direito comunitário; integração regional; MERCOSUL.

1 INTRODUÇÃO

"Antes o mundo era pequeno, porque a terra era grande. Hoje o mundo é muito grande, porque a terra é pequena, do tamanho da antena Parabolicamará." (Gilberto Gil. Parabolicamará, 1992).

Depois da 2^a grande Guerra Mundial, os Estados Nacionais compreenderam que não são autossuficientes para encontrar e desfrutar do bem-estar comunitário, mesmo com todo o poderio econômico, social e bélico que cada um pudesse atingir ou alcançar. Igualmente, em busca da harmonia política no Planeta, os Entes Estatais apreenderam que a melhor solução dos problemas internacionais passaria pela integração dos países, principalmente, com aqueles que estão em pleno desenvolvimento.

Já experimentadas a democratização do leste europeu, a Perestroika soviética, a queda do muro de Berlim, a revolução do socialismo, a abertura econômica na China, a criação da União Européia, o NAFTA, o MERCOSUL e os ataques terroristas diversos, entre outros acontecimentos históricos das últimas décadas, o Direito Comunitário regulamentou a interação e o intercâmbio dos povos e induziu os Estados às permutas que transcendem os âmbitos nacionais. Os princípios mínimos e éticos respeitados durante os conflitos e guerras, assegurados pela "Convenção de Genebra", na Suíça, em 1830, e a criação do "Escritório Internacional do Trabalho", de 1919, órgão precedente da Organização Internacional do Trabalho que visualizava os

¹Alexandre Ernesto é advogado e professor. É mestre em Direito com área de concentração em Constituição e Processo.

sujeitos de direito além do domínio estatal, como a gestante, a criança e o trabalhador doméstico, também foram importantes precedentes históricos para a efetiva criação de um sistema jurídico comunitário ou de integração.

Na América do Sul, notadamente, este papel interacional de países foi assentado pela edição do Tratado de Assunção de 1991, ato constitutivo do Mercado Comum do Sul, completos, agora, 20 anos, exigindo uma melhor reflexão a respeito dos progressos e atrasos do bloco, dos efeitos concretos da integração econômica, social, cultural e política, do incremento das relações mercantis dos países integrantes e da adoção de uma política externa única, por meio da coordenação de políticas macroeconômicas.

2 Vinte Anos: fortalecimento da democracia; promoção de desenvolvimento; incremento nas relações comerciais; potencial de expansão e obstáculos

Na década de 80, a retomada da democracia no Brasil e na Argentina proporcionou um ambiente geopolítico asseguratório para por fim às contendas e às rivalidades outrora existentes, locupletando um papel securitário aos dois países pilares da sulamérica. Respectivamente, presididos por José Sarney e Raúl Alfonsín, Brasil e Argentina confeccionaram a DECLARAÇÃO DE IGUAÇU para edificarem, essencialmente, uma política regional estável pela confiança recíproca, sem contar os interesses meramente econômicos. (OLIVEIRA e ONUKI, 2000).

A integração das economias dos países associados fortaleceram as bases substanciais de suas respectivas democracias, com o acréscimento de oportunidades de investimentos mercantis. Somente com o vigoramento das instituições democráticas na América do Sul foi possível dar início à promoção do desenvolvimento econômico do bloco.

Quando do início das conversações sobre a criação do Mercado Comum da América do Sul, em 1991, os países interessados, sendo o Brasil,

Argentina, Paraguai e Uruguai, propuseram a formação conseqüária da ZONA LIVRE DE COMÉRCIO e da UNIÃO ADUANEIRA, com intuito, adiante, da edificação de uma franqueada circulação de bens, serviços, produtos e pessoas.

A ZONA LIVRE DE COMÉRCIO corresponde à edição de uma lista de mercadorias, bens e serviços que contenha taxas alfandegárias diminutas entre os países interligados, já a UNIÃO ADUANEIRA ou ALFANDEGÁRIA acarreta uma taxa comum de exportação consoante à adoção de uma interligada política mercantil em afinidade a Estados terceiros.

Segundo dados oficiais, os resultados financeiros do bloco cresceram vertiginosamente na maior parte da década de 90, qual o Brasil foi o grande favorecido. As negociações mercantis intrabloco quadruplicaram no período correspondente a 1991-1998, duplicou no 1994-1998 e, ao fim do período, contabilizou cerca de 23% do comércio exterior dos países-membros (PAMPLONA e FONSECA, 2009).

O adequado desempenho do MERCOSUL e, por influência, do Brasil terminou em 1998, quando principiou a crise financeira no mundo em desenvolvimento. No Brasil, a crise desgastou a âncora cambial da Plano Real do governo Fernando Henrique Cardoso e, nos anos correlatos, a colapso financeiro afetou, de modo individualmente grave, a Argentina. Os rioplantenses sofreram uma deficiência fiscal sem precedentes históricos, com repercussão em todos os setores da economia, com o desequilíbrio fiscal e desemprego incontável, ao ponto de instituírem a mora internacional nas contas públicas.

Hodiernamente, num nível mais maduro de integração, nota-se que o MERCOSUL passa por um elevado processo na direção de um verdadeiro estuto da cidadania do bloco, mediante a tomada de políticas públicas interligadas para expandir o potencial energético dos países participantes, com o fortalecimento de um território agrícola que tenha a maior produtividade do mundo, somado as parcerias que intenta realizar com a Austrália, Emirados Árabes Unidos, Turquia, Palestina, Síria e

Nova Zelândia.

Por sinal, no dia 07 de abril de 2010, o presidente Lula da Silva confirmou, oficialmente, a entrada do Estado de Israel no bloco, na qualidade de participante da zona livre de comércio, com a edição de uma lista composta de 9.424 itens com tarifa gradualmente reduzida em dez anos. O Brasil mostrou-se interessado nos setores de agronegócio, defesa espacial, mineração, indústria têxtil, tecnologia, aviação e medicamentos. O elementar passo para a efetiva permuta comercial entre Israel e os países do MERCOSUL é a descimento tarifário de produtos que figuraram na pauta comercial de cada um dos países que compõem o bloco sulamericano. Oito mil outros itens com tarifa diminuída ao longo dos próximos oito anos compõem a pauta mercantil proporcionada por Israel.

Noutro fluxo, os obstáculos haverão de ser superados gratativamente por conta da redução das assimetrias econômicas de Paraguai e Uruguai, membros menores do grupo, pela edição do FUNDO DE CONVERGÊNCIA ESTRUTURAL DO MERCOSUL – FOCEM, criado em 2004, que procura financiar projetos para melhorar a infraestrutura das economias menores e regiões menos desenvolvidas do bloco, impulsionando a produtividade econômica dos Estados-partes, promovendo o desenvolvimento social e institucional nas zonas de fronteira, dentre outras preocupações.

Aguarda-se, ainda, a instalação de uma Corte Internacional permanente similar à Corte de Luxemburgo, responsável pela resolução dos conflitos comunitários com as decisões vinculantes aos tribunais dos países membros, embora, louvada seja a intenção constante no Protocolo de Olivos, na Argentina, em 2004, quando da criação da Corte Permanente de Revisão, responsável pelo julgamento dos recursos intentados em desfavor das decisões proferidas pelos tribunais “AD HOC”.

Os membros do grupo, também, seguem sem consolidar a rogativa de adesão plena da Venezuela, aprovada pelos congressionais da Argentina, Brasil e Uruguai, porém, com forte

rejeição no Senado paraguaio, quanto à forma de administração do presidente Hugo Chávez.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vinte anos após a assinatura do Tratado de Assunção, constata-se que o MERCOSUL demonstra à capacidade conjunta de seus países de sobrepor as diferenças do passado, pela confecção de uma agenda compartilhada, a despeito dos percalços provocados por crises financeiras. A estabilidade política regional configura um espaço econômico agradável, embora, espera-se, de fato, a plena realização da integração que visa instituir um mercado comum que abrange a livre circulação de mercadorias, de capitais e de trabalhadores, bem como a liberdade de estabelecimento e de concorrência entre os países signatários.

Esta integração deverá ser arranjada respeitando as estruturas de flexibilidade, equilíbrio e gradualidade que transpasse as marchas jurídicas já superadas pelo direito comunitário europeu, por valer-se dos ensinamentos da União Européia, para impor diretamente as regras do mercado comum às normas internas dos Estados-membros, sem a necessidade de incorporação doméstica. A importância do MERCOSUL para a região é manifesta pelo cunho político, pelo cunho econômico, desapontante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. 1988.

MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRAXEDES, Walter; Piletti, Nelson. O Mercosul e a Sociedade Global. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998.

TOSCANO, Marcílio Franca Filho. Introdução ao Direito Comunitário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OLIVEIRA, Amâncio Jorge de; ONUKI, Janina (2000). "Brasil, Mercosul e a segurança regional". Revista Brasileira de Política Internacional, v. 43, n. 2, 2000.

PAMPLONA, João Batista; FONSECA, Julia Fernanda Alves da. "Avanços e Recuos do MERCOSUL: Um Balanço Recente dos seus Objetivos e Resultados". PROLAM, v. 1, 2009.

HOMOSSEXUALIDADE X UNIÃO ESTÁVEL: UMA DISCUSSÃO ACADÊMICA NO ÂMBITO DO DIREITO

*Josiane Dias Antunes*¹

*Helena Maria Campos*²

RESUMO

A polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal trouxe aos casais homoafetivos garantias de direitos e deveres que há tempos eram almejados. Apenas conseguiam tais direitos aqueles que buscavam em juízo o reconhecimento da convivência. Agora com a decisão do STF, estão assegurados aos casais homossexuais todas as garantias da união estável, assim como para os casais heterossexuais. Ainda que a longa discussão acerca da união homossexual tenha sido alvo de preconceitos, o debate encontrou apoio na pauta dos Direitos Humanos. Tal conquista ancora-se na Constituição Federal de 1988 e na Carta de Direitos Humanos que vedam qualquer forma de discriminação. Sem dúvida, foi uma grande conquista para esses novos sujeitos de direito. Todos os direitos civis estão assegurados a casais homossexuais como o de partilha de patrimônio do casal, alimentos, previdenciário, sucessório e muitos outros. Entretanto, diante dos avanços demonstrados, em que foi autorizada a união homoafetiva a status de união estável, poderia o STF, caso desejasse, ao invés de união estável, buscar a formalização do casamento aos casais homoafetivos.

PALAVRAS-CHAVE: Homossexualidade, união estável, direito.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo se justifica, em face da grande polêmica que envolve a união homoafetiva que, embora vítima de inúmeros preconceitos, foi reconhecida como entidade familiar possuidora dos mesmos direitos e deveres até então reconhecidos apenas para as uniões entre heterossexuais.

Não obstante, o casamento ainda não tenha sido permitido, pode-se concluir que se trata de um grande avanço histórico, vez que é um assunto bastante delicado para toda a sociedade.

As transformações sociais e a necessidade de conformação sempre em evidência fizeram com que os operadores do direito se vissem compelidos a repensarem o assunto, entendendo ser necessário legislar a favor desses novos sujeitos de direitos tão vulneráveis. E o Brasil, por ser um Estado Democrático de Direito, nada mais justo garantir direitos a essa classe de gêneros, sem qualquer tipo de convencionalismo.

Para a consecução desta pesquisa, foram realizadas leituras de renovadas obras literárias, artigos científicos pertinentes e a decisão do Supremo Tribunal Federal no tocante à elevação da união homoafetiva ao status de união estável. Após a realização da leitura os pontos mais importantes foram condensados em resumos, os quais auxiliaram na redação deste trabalho.

O objetivo do trabalho é demonstrar que ao reconhecer a união homoafetiva como união

¹Aluna de Graduação, Curso de Direito, Universidade de Rio Verde (FESURV). E-mail: josianediasantunes@hotmail.com

²Orientadora, Professora Msc. Helena Maria Campos, Universidade de Rio Verde (FESURV). E-mail: helena@fesurv.br

estável, ainda que os homossexuais sejam alvo de todo tipo de convencionalismo, a incessante luta dos direitos humanos tem galgado vitórias, marcando, inclusive, a saída da clandestinidade destas relações e a regulamentação como entidade familiar fundamentadas nos direitos constitucionais do ser humano.

Ademais, a Constituição brasileira de 1988, baliza jurídica da institucionalização dos direitos humanos e da transição da democracia no país, de maneira original consagrou o primado do respeito aos direitos humanos como protótipo propugnado para a ordem internacional, de sorte que, no mundo em que vivemos, diante da violência, da miséria, da discriminação e do preconceito, não se pode deixar de perfilar e, especialmente, observar a importância dos direitos humanos para toda a população, sobretudo, os homossexuais.

No entendimento do STF, a negação aos casais homossexuais dos efeitos inerentes ao reconhecimento da união estável impossibilitaria a realização de dois dos objetivos fundamentais da ordem jurídica, que é o desarraigamento da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de convencionalismo, pois a sociedade tem valores culturais dominantes em cada época e um sistema de exclusão, muitas vezes, baseado em preconceitos estigmatizantes, o que não pode ocorrer em um Estado Democrático de Direito.

Não obstante esta conquista, o preconceito ainda persiste, haja vista que possuidores dos mesmos direitos e deveres de um casal heterossexual, ainda assim não foi deferido o casamento aos casais homossexuais. Mesmo com a decisão favorável do reconhecimento de união estável aos homossexuais, o Brasil ainda tem muito a avançar em relação a outros países que adotam políticas de não discriminação, instituindo ações afirmativas e apoio às organizações de homossexuais.

Na visão de Maria Berenice Dias, questões oriundas das relações familiares e comportamentais situam-se mais na esfera privada

do que na pública, cabendo à sociedade a sua normatização. É, em regra, questão de lenta maturação. O homossexualismo é um fato que se impõe e não pode ser negado, estando a merecer a tutela jurídica, ser enlaçado como entidade familiar, o que não vai transformar a família nem estimular sua prática (DIAS, 2010, p.1).

De toda sorte, embora o STF não tenha manifestado claramente favorável à formalização do casamento a essa classe de gêneros, não se pode negar que se trata de um avanço no país, o reconhecimento dessa nova entidade familiar.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Desde os primórdios da humanidade, a família era entendida como a união entre o homem e a mulher que, por meio do casamento, tinha como objetivo a procriação e, consequentemente, a educação dos filhos. Entretanto, com o passar dos tempos, com as transformações de comportamento da própria sociedade e as alterações constitucionais que marcaram as últimas décadas, sobretudo, sua composição e disposição, ocasionaram um rápido processo metamórfico, acerca do entendimento e formação da família.

Por outro lado, entre os seres humanos, desde os primórdios, mesmo que de forma inconsciente, sempre houve a necessidade de viver em sociedade, sendo necessário unir-se a alguém, ao lado de um par, em busca da felicidade, de segurança e de afeto.

Segundo Arantes (2010, p.14), "na história dos agrupamentos humanos, a família antecede todos os demais fenômenos, seja biológico ou social, impondo uma compreensão por diferentes prismas".

Em consequência, o princípio dos modelos familiares surge com uma sociedade conservadora, na qual tinha como privilégios inerentes à matrimonialização, estando acometida unicamente ao casamento, não reconhecendo outra forma de constituição familiar. Assim,

segundo os padrões patriarcais e hierarquizados, teve o homem como dirigente da unidade de produção, e patrimonializada, em que era visado ao desenvolvimento do legado familiar, contudo as variações sociais e a junção de novos valores influenciaram o atual modelo de família.

O modelo doutrinado logo se dissolveu com as revoluções socioculturais vivenciadas ao longo da história, transformando a família em nuclear, mais direcionada às relações afetivas e menos patrimoniais, descentralizando o poder genitivo, buscando a igualdade e a não distinção de seus membros.

Diante de tantas mutações, a família legitimamente protegida que poderia ser constituída somente através da instituição do casamento, ante a influência da cultura cristã, passou a ser vista e vivida diferentemente destes padrões, tendo como mola mestre de sua formação, o afeto e não o casamento. Partindo deste prisma, já que todos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos e considerando que os direitos humanos originam-se do conceito filosófico de direitos naturais atribuídos por um Ser Superior, os homossexuais que sempre se viram marginalizados, lutaram e conquistaram o direito de escolher a melhor forma de viver a sua própria vida, dando um basta à hipocrisia e ao preconceito. Entretanto, o direito pleno ao respeito e tratamento igualitários, ante o novo protótipo de família homoafetiva ainda não foi alcançado, em face do convencionalismo, da discriminação e da desmoralização à dignidade humana. De toda sorte, há que se ter consciência de que a entidade familiar constituída por casais homossexuais continuará lutando em prol da efetivação do direito pleno que se dará com a formalização do casamento.

2.1 Os surgimento das relações homossexuais

A homossexualidade sempre existiu na história da humanidade, sendo encontrada desde os povos selvagens, bem como nas antigas civilizações. Sua prática pelos romanos, egípcios,

gregos e assírios é bastante conhecida.

Na Grécia, por exemplo, a homossexualidade tomou grande feição, pois além de representar aspectos religiosos e militares, os gregos lhe atribuíam características como intelectualidade, estética corporal e ética comportamental. Ser macho era o ser ativo, independentemente do sexo do parceiro passivo.

Na Grécia antiga, fazia parte das obrigações do preceptado "servir de mulher" ao seu preceptor, sob a justificativa de treiná-lo para as guerras onde inexistia a presença de mulheres. Nas Olimpíadas gregas, os atletas competiam nus, exibindo a beleza física, sendo vedada a presença das mulheres na arena, pois não tinham capacidade para apreciar o belo. Mesmo nas manifestações teatrais, os papéis femininos eram desempenhados por homens transvestidos ou com uso de máscaras. Com a ascensão do Cristianismo, a homossexualidade passou a ser encarada como uma anomalia psicológica, um vício baixo, ignóbil e repugnante condenado pela Bíblia Sagrada (ARAUJO, 2001).

Percebe-se, portanto, que a religião sempre combateu o sexo apartado da ideia de procriação, sendo contra, não só a homossexualidade, como também o adultério, a prostituição e, até mesmo contra o sexo durante o casamento, sem ter em mente a ampliação da família.

Com o surgimento do Cristianismo e com o ideal da virgindade, inspirado na vida de Maria, que teria concebido seu filho sem ter mantido relações sexuais com José, tornando-se um modelo a ser seguido por todas as mulheres do mundo, o casamento, a sociedade e a sexualidade passam a ter uma interpretação cristã. A Igreja pregou o sexo como algo mau, o prazer seria obra do Diabo; o sexo seria admitido unicamente com a finalidade de procriação, sendo ainda hoje condenado o uso de preservativos, mesmo durante relações sexuais entre marido e mulher. O pecado original seria fruto de uma relação sexual, por isso ele é mau. O celibato é o modo pelo qual os homens se redimem do pecado original (ARAUJO, 2001, p.36/45).

Mais tarde, Freud postula a existência da sexualidade desde o nascimento. Inicialmente

assimilada às funções fisiológicas de nutrição, as relações com a mãe, o pai, a família e o meio social vão se integrando como um todo, transformando-se num longo processo, que culminaria na fase adulta.

Fernanda de Almeida Brito (2000) afirma que a homossexualidade existe, não só entre os homens, como em inúmeras espécies animais, desde os tempos mais remotos da história da humanidade sendo, portanto, uma característica inerente ao ser humano, havendo até mesmo quem sustente que todas as pessoas têm desejos homossexuais reprimidos e que só não os deixam aflorar por puro preconceito.

Sem embargo, não se sabe de quando data o surgimento das relações homossexuais e muito menos se o homossexualismo vem da natureza ou da criação, na verdade o que se deve ponderar a estes sujeitos, é a garantia dos direitos iguais para todos.

2.2 A união homoafetiva como fato social

Os homossexuais, novos sujeitos de direito, não são uma espécie diferente, são seres humanos e como tal devem ser respeitados, sobretudo, com o advento da Carta Magna, devem ser quebrados os paradigmas que se mantiveram por muitos anos alicerçados no preconceito de uma sociedade medíocre e, para tanto, há que se conferir efetividade aos princípios básicos encartados na Constituição de 1988, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade, que sugere ponderar o ser humano a partir de suas diferenças (TORRES, 2008, p.61).

Conforme já elucidado em linhas pretéritas, a homossexualidade sempre existiu, sofreu um longo período de perseguição e restrição. Não obstante, os clamores da própria sociedade, em face de maior aceitação e vivência com este fato social, a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar, possuidora dos mesmos direitos e deveres oriundos das uniões entre heterossexuais, entretanto, o casamento ainda não

foi permitido.

De toda sorte, embora tenha a união homossexual passada a ser tratada perante o foro de família, de acordo com a semelhança da coabitación - o afeto - e pelas consequências desta que podem advir, ainda assim o preconceito persiste a este modelo de família e o não reconhecimento do caráter de entidade familiar decorrente desse vínculo ofende aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Afinal, como aduz Maria Berenice Dias (2010, p.211):

Diante da nova definição legal, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, (...). A realidade demonstra que a unidade familiar não se resume apenas a casais heterossexuais. As uniões homoafetivas já galgaram o status de unidade familiar, mister reconhecer a existência de duas espécies de relacionamento interpessoal: as relações heteroafetivas e as homoafetivas, pois, ambas, sem distinção, constituem-se por comprometimento afetivo.

Afinal, paradigmas foram quebrados e eis que surge a tão polêmica, questionada e discutida família homoparental ou família homoafetiva, como também é chamada, pois decorre da união entre pessoas do mesmo sexo, as quais se unem para a constituição de um vínculo familiar, ligadas por um dos sentimentos mais sublimes, o afeto.

Dessa forma, ainda que as uniões homoafetivas não tenham aceitação na atual sociedade por serem alvos de preconceitos, é um fato social do qual não se pode olvidar, haja vista que nada mais impede que duas pessoas do mesmo sexo constituam família da mesma forma que fazem as pessoas de sexos diferentes.

Também não se pode deslembra que entre elas existe uma relação de afeto, elemento fundamental para que seja elevado ao status de união estável no âmbito constitucional, haja vista incorporação de valores fundamentais, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a igualdade, a liberdade e a afetividade.

2.3 Proteção dada aos homossexuais pela Constituição Federal e pelos direitos humanos

A Constituição brasileira de 1988 baliza jurídica da institucionalização dos direitos humanos e da transição da democracia no país, de maneira original, consagrou o primado do respeito aos direitos humanos como protótipo propugnado para a ordem internacional.

Com a Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana veio constituir um dos princípios constitucionais que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2002, p. 313).

Embora a Constituição Federal tenha no seu mais alto alcance que todos são iguais perante a lei e com direitos garantidos, como o direito de liberdade e igualdade, ainda assim uma camada da sociedade por décadas viveu oculta e marginalizada por uma sociedade deteriorada, como é o caso das relações homoafetivas.

Por outro lado, tudo seria muito simples se as pessoas respeitassem a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas ao mencionar que os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Assim, não se pode fechar os olhos para estes novos sujeitos de direito. Não se pode deixar de ponderar que estes sujeitos de direitos também são protegidos pela Carta Magna, portanto, são seres iguais e são livres para escolherem a melhor forma de vida e como tal devem ser respeitados em sua dignidade.

Diante dos fatos, as uniões entre homossexuais, chamadas uniões homoafetivas e já reconhecidas como entidade familiar, constituem-se da mesma forma que as uniões heteroafetivas, e o simples episódio de não disporem de capacidade reprodutiva, tem-se tornado cada vez mais comum a busca pelos casais homossexuais, de bancos de material reprodutivo, que permite a um deles a possibilidade de ser pai ou mãe biológica.

Maria Berenice Dias afirma que:

Gays utilizam o sêmen de um ou de ambos para fecundar uma mulher. Lésbicas extraem o óvulo de uma, que, fertilizado in vitro, é implantado no útero da outra, que vem a dar à luz. Não há restrição alguma nem pode haver qualquer obstáculo legal para impedir tais práticas (DIAS, 2010, p. 368).

Partindo dessas premissas, há de se avaliar que, embora com tantos progressos, estes novos sujeitos de direito ainda são marginalizados em sua essência, pois mesmo sendo reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, com a fiança de todos os direitos e garantias na esfera do direito das famílias e direito sucessório, ainda não lhes foi deferido o direito de se casarem (DIAS, 2010).

É importante salientar que a vedação à marginalização assenta-se não só na Carta Magna, mas também possui previsão na Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana de Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. A ONU já explicitou seu entendimento de que, em razão dos princípios da igualdade e dignidade humana, é ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos. Assim, o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para a afirmação da dignidade humana, não sendo aceitável, juridicamente, que preconceitos legitimem restrições de direitos que servem somente para o fortalecimento de estigmas sociais e espezinhamento dos fundamentos constitucionais.

Louis Henkin apud Piovesan sustenta que:

Os direitos considerados fundamentais incluem não apenas limitações que inibem a interferência dos governos nos direitos civis e políticos, mas envolvem obrigações governamentais de cunho positivo em prol da promoção do bem-estar econômico, social, pressupondo um Governo que seja ativo, interventor, planejador comprometido com programas econômico-social da sociedade que, por sua vez, os transforma em direitos econômicos e sociais para os indivíduos." (PIOVESAN, 2002, p.42).

No entanto, difícil é a conjugação desses valores e, em particular, difícil é a configuração dos valores de igualdade e liberdade. Como pondera

Bobbio apud Piovesan (2002), as sociedades são mais livres na medida em que são menos justas e mais justas na medida em que são menos livres. Já, nas palavras de Maria Berenice Dias (2010), a justiça só será justa quando os seus juízes, sem medos e preconceitos, adquirirem a consciência de que a sua missão é proteger o cidadão a quem a sociedade vira o rosto e a lei insiste em não ver.

2.4 O avanço no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar

Uma luta de séculos, travada pelos homossexuais, que sempre se viram à margem da sociedade, e a forma como os tribunais têm visto as questões homossexuais tem mudado ao longo dos anos. Diante do aumento de demandas, versando acerca dos direitos dos homossexuais, os julgadores foram levados a reverem seus posicionamentos e, no mês de maio de 2011, o STF se posicionou com relação ao reconhecimento da união homoafetiva.

Com isso, garantiu a estes novos sujeitos, os mesmos direitos inerentes aos casais heterossexuais. De acordo com o ministro, Marco Aurélio Mello, que também se posicionou favorável à união homoafetiva, os demais tribunais, órgãos administrativos e também os cartórios estão obrigados a cumprir o entendimento do STF, vez que a decisão do Supremo é para se cumprir, posto que todas as regras válidas para casais heterossexuais agora são aplicáveis também aos parceiros homossexuais.

Entretanto, uma semana após o Superior Tribunal de Justiça reconhecer a possibilidade de união estável para casais homossexuais, o entendimento continua causando impacto na sociedade e repercutindo nos mais diversos setores da sociedade. Os ministros dizem que já estavam preparados para dimensão do reflexo ocasionado pelo posicionamento da Corte, ressaltando que tudo isso era esperado e que daqui para frente será uma situação comum se deparar com casais gays pleiteando direitos até então reconhecidos somente para heterossexuais.

Assim, com base na decisão do STF, que

garante todos os direitos civis a casais homossexuais, estão os direitos a partilha de patrimônio do casal, pensão alimentícia, previdenciário, sucessórios, dentre outros. Não obstante esta conquista dos casais homoafetivos, diante de todos esses avanços, até então demonstrados, ainda resta o questionamento: porque ao invés de reconhecer a união homoafetiva a status de união estável não foi autorizado o casamento entre estes novos sujeitos de direitos? Isto leva a crer que o preconceito e a discriminação em relação a estas pessoas continuam predominando.

De qualquer forma, esse novo modelo de família contemporânea, independente da importância que possa atribuir ao casamento, é certo que esta entidade familiar possui outros contornos que, na óptica de Maria Luiza Póvoa Cruz, fundam-se acima de qualquer preconceito, nos “laços de afeição e sentimento que no mero formalismo” (CRUZ, 2007, p.316).

Assim sendo, a cicatriz do preconceito não pode ensejar que um fato social fique à mercê dos efeitos jurídicos, posto que se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com a finalidade de construir uma família, independentemente do sexo, não se pode afrontar a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano no que diz respeito à sua condição de vida.

Entretanto, com todo esse avanço, os casais homoafetivos ainda não conquistaram o direito de se casarem, haja vista, ser-lhes concedido apenas o reconhecimento de união estável. De toda sorte, pode-se concluir que embora não se tenha galgado um progresso em sua totalidade, ainda assim estes novos sujeitos de direito continuam marginalizados e excluídos pela sociedade. A igualdade real em que se dá com o casamento há que ser a próxima bandeira a ser levantada pelos casais homossexuais que são conhecedores de que a aprovação da união estável não significa o fim da luta por igualdade e respeito, embora tenha sido um grande

passo. Sem embargo, quem ganhou com a aprovação da união estável foi o Brasil, a democracia, porque a luta da família homoafetiva continuará até o momento em que o amor, o afeto e a família tal como deve ser, sem qualquer preconceito, sejam reconhecidos pelo Estado brasileiro.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da produção deste estudo, nota-se, indiscutivelmente, que se refere a um tema bastante polêmico, pois envolve direito e religião. Mas, é imprescindível ao operador do direito trazer esse assunto ao acadêmico para maior reflexão. Há necessidade de se aprofundar o estudo sob a ótica da academia, com uma interpretação mais congruente com a realidade, de igualdade nas relações de convivência, respeitando os princípios constitucionais e os direitos humanos.

Visto que a sexualidade faz parte da condição humana desde o nascimento, pois integra a própria condição humana e faz parte do direito natural do indivíduo, inalienável e imprescritível. Nenhum ser humano pode realizar-se sem que haja o respeito a sua sexualidade. Sem a liberdade sexual, o ser humano não se realiza por completo. No entanto, tem o direito de exigir tratamento igualitário independentemente da sua opção sexual.

Por fim, nesta análise, pode-se observar que a decisão do STF trouxe garantias que fazem parte por direito desses indivíduos. E pode avançar ainda mais, quem sabe em um futuro bem próximo, assim como nos países desenvolvidos, garantido a esses sujeitos de direito a oportunidade de formalizarem com o casamento civil, porque essa família contemporânea traz em si valores primordiais como qualquer outra forma familiar existente e a estrutura que rege é a mesma - o afeto.

Nesta seara, em lugar de direitos e deveres previstos inocuamente na lei, melhor seria se o casamento nada mais fosse que um ninho, em que se estabelecem laços e nós de afeto, servindo de refúgio, proteção e abrigo, onde a solidariedade,

fraternidade, ajuda mútua e os laços de afeto regessem a união entre duas pessoas, independentemente de raça, cor, religião e sexo, sem qualquer tipo de preconceito.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Pollyanna Rodrigues; OLIVEIRA JUNIOR, Lucio Cândido de. Revista Jurídica Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde. Rio Verde, 2010, nº 1, 1 fevereiro 2010. Disponível em: <www.fesurv.br/arquivos/graduacao/20101_revis_juri01.pdf>. Acesso em: 13 maio 2011.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 7. ed. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva 2009, 1838p.

BRASIL. Constituição (promulgada em 5 de outubro de 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 7. ed. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva 2009. 1838p.

DIAS, M. B. Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto. Artigo. Revista Jurídica. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso em 16/05/2011.

DIAS, M. B. Homoafetividade e o direito a diferença. Revista Jurídica. 2011. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/Revistajuridica/Edição 3/Homoafetividade>>. Acesso em: 16/05/2011.

DIAS, M. B. União homossexual – aspectos sociais e jurídicos. Revista. 2010. Disponível em: <www.gontijo-familia.adv.br/artigos.../Maria_Berenice/Uniaohomo.pdf>. Acesso em 16/05/2011.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. Saraiva, 4. ed. – São Paulo, 2002.

CRUZ, Maria Luíza Povoa. Axioma Jurídico, Curso Anual de Direito Civil, ivil, 2007, 1ºp. Apostila.

TORRES, Aimberê Francisco. Os “Novos Sujeitos de Direito”: Inclusão Social Precária, a Ontologia da Totalidade e o Princípio da Dignidade Humana. Revista Brasileira das Famílias e Sucessão. Belo Horizonte IBDFAM, bol. 06 (out/nov.2008).

INCLUSÃO SOCIAL DO IDOSO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. UM OLHAR BIOÉTICO

Tami Cristina Maboni¹

Patrícia Spagnolo Parise²

RESUMO

A população idosa já ocupa um lugar significativo no cenário populacional atual e isso demanda uma atenção especial por parte dos estudiosos dos direitos humanos. Sendo assim, o presente estudo tem por escopo analisar os direitos sociais do idoso vistos pelo ângulo da bioética da intervenção. A Bioética da intervenção atua não somente em conflitos de valores, mas também abarca questões materiais e subjetivas, com a finalidade de trazer o equilíbrio e harmonia universal. A implementação de muitas propostas de atenção para esse segmento da população, como a Política Nacional do Idoso (Lei 8842/94) e o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03) favorece à população idosa o acesso a informações, à prestação de serviço socioassistencial, fortalecendo sua condição de ser cidadão. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa de natureza exploratória, documental indireta e bibliográfica, com base nos escritos de estudiosos do Direito e nas disposições constantes no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: bioética da intervenção, idoso, políticas públicas, reserva do possível.

1 INTRODUÇÃO

O corte etário adotado pela Organização das

Nações Unidas para a determinação da população idosa nos países desenvolvidos é de 65 anos, enquanto para os países em desenvolvimento, onde a expectativa média de vida é menor, considera-se que a idade de 60 anos seja de transição das pessoas para o segmento idoso da população (IBGE, 2011).

Segundo o censo do IBGE de 2010, atualmente no Brasil, existem mais idosos do que crianças de 0 a 4 anos, e as regiões sul e sudeste do país se apresentaram como as mais envelhecidas. O grupo de crianças de 0 a 4 anos apresentou um percentual de 3,7% para o sexo masculino e 3,6% para o sexo feminino, enquanto que as taxas de idosos entre 60 e 85 anos alcançaram 10,8%.

O devido respeito ao idoso pode ser considerado o mandamento da vida moderna. Ser idoso é ter um corpo condicionado em termos físicos, sociais e psicológicos. No tocante a essas três dimensões, faz-se necessário cuidar do corpo, das atividades sociais e do bem-estar psicológico. Existe, hoje, um determinado descuido social frente à condição de ser idoso, no sentido de atender certas necessidades que lhe passam a ser vitais.

Saber das necessidades de idosos e ter consciência de tais necessidades para poder atendê-las quando necessário é fundamental para o bem estar social. Ao contrário do que muitas pessoas acreditam, os idosos não são pessoas improdutivas à espera da morte, fazem parte do

¹Aluna de graduação do Curso de Direito, Universidade de Rio Verde – FESURV. E-mail: tamimaboni@hotmail.com

²Orientadora, Professora Mestre da Faculdade de Direito, Universidade de Rio Verde-FESURV. E-mail: ps.parise@hotmail.com

cotidiano contemporâneo e tendem a permanecer como agentes participantes de todo o processo dinâmico da vida em sociedade.

Em face da problemática concernente à concretude dos direitos do idoso, este artigo procurou focar três pontos principais: 1) uma análise da bioética nos problemas e necessidades cotidianos da população brasileira idosa; 2) a discussão acerca da efetivação dos direitos e garantias do idoso através das políticas públicas; 3) os limites e barreiras que impedem a real implementação das políticas públicas.

Diante disso, repousa o intento de se tratar sobre a inclusão social do idoso. Assim, o presente artigo tem por objetivo contribuir para uma conscientização humanitária, ética e comprometida com o contexto histórico, social e cultural e não somente com as questões morais e éticas.

2 BIOÉTICA DA INTERVENÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL DO IDOSO

Começou-se a falar em bioética a partir dos anos 70, nos Estados Unidos e Europa, com uma abordagem relativa às questões sobre vida e morte. Os primeiros conceitos de bioética foram apresentados ao mundo pelo oncologista estadunidense Van Rensselder Potter, conceituada por ele como uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal (DINIZ, 2002, p. 9). Tais conceitos trazidos por Potter estavam ligados à ecologia e aos avanços biotecnológicos, não sendo muito abordados os problemas éticos e morais enfrentados no cotidiano das pessoas.

Alguns anos após, em 1979, Tom Beauchamp e James Childress publicaram o livro *Principles of Biomedical Ethics*, que tinha como fundamento os quatro princípios tradicionais da bioética: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. Assim como outros pesquisadores estadunidenses, Beauchamp e

Childress conduziram seus estudos a partir desses quatro princípios pautando a bioética no que se chamou de “principialismo”. E afirmavam que estes seriam um instrumento acessível e prático para a análise dos conflitos surgidos no campo bioético (GARRAFA, 2005, p. 4).

Além desses princípios tradicionais, existem outras categorias ou referenciais, como a responsabilidade, a libertação, a tolerância e a solidariedade e ainda o que ele chama de “quatro pês”: a prudência, a precaução, a proteção e a prevenção. Há ainda, outros princípios que devem ser constantemente reavaliados e reinterpretados no intuito de formular normas mais ampliadas (GARRAFA, 2005, p. 4).

Berlinguer (1993), citado por Garrafa (2005, p. 5), traz um conceito mais atual de bioética, como sendo:

a procura de um comportamento responsável de parte daquelas pessoas que devem decidir tipos de tratamento e de pesquisa com relação à humanidade. Tendo descartado em nome da objetividade qualquer forma de subjetividade, sentimentos ou fundamentos da bioética. Além da honestidade, do rigor científico ou da procura da verdade - pré-requisitos de uma boa formação científica – a reflexão bioética pressupõe algumas questões humanas que não estão incluídas nos currículos universitários.

O atual conceito de bioética num sentido amplo abrange não somente as ciências médicas e da saúde, mas deve ser encarada de forma multi-inter-transdisciplinar buscando amparo na filosofia, no direito, na teologia, na antropologia, na ciência política, na sociologia, na comunicação, na economia (GARRAFA, 2005, p. 5).

A ampliação teórica da bioética foi muito bem desenvolvida por Giovanni Berlinguer, numa conferência realizada em Roma, no Instituto Gramsci, em março de 1988. Ele foi o primeiro a tratar da distinção entre a bioética de situações persistentes, a bioética cotidiana; e a bioética de situações emergentes, bioética de limites ou de fronteira (GARRAFA, 2001, p. 37).

A bioética das situações emergentes trata de temas atuais, que surgiram a menos de 30 ou 40

anos, relacionados aos avanços biotecnológicos, tais como: as questões relacionadas à engenharia genética; doações e transplantes de órgãos; saúde reprodutiva, que vai desde a fecundação assistida até seleção e descarte de embriões, eugenia, mães de aluguel, clonagem; questões relacionadas à biossegurança; pesquisas envolvendo seres humanos; entre outras.

A bioética de situações persistentes detém suas atenções em problemas cotidianos, relacionados ao comportamento e ideias de cada pessoa. Este segmento ocupa-se de questões que estão presentes na sociedade desde a Antiguidade, temas que dizem respeito à exclusão social; às discriminações de gênero, raça, sexualidade; direitos humanos e democracia, aborto; eutanásia (GARRAFA, 2005, p. 9).

Importa aqui, tratar da bioética de situações persistentes, ou também chamada de bioética da intervenção, que trata da inclusão social de grupos marginalizados, que é onde se inserem os direitos sociais relativos à classe idosa.

2.1 Políticas Públicas, Discricionariedade e Orçamento

A Constituição de 1988 estabelece, nos artigos 229 e 230, a obrigação de incluir na agenda política as necessidades e os direitos da população idosa; o Estatuto do Idoso determina os direitos e o estabelecimento da rede de proteção e atendimento direcionados aos idosos (BRASIL, 2010, p. 61).

Nesse sentido, o advento do Estatuto do Idoso representa uma mudança de paradigma, já que amplia o sistema protetivo desta camada da sociedade, caracterizando verdadeira ação afirmativa em prol da efetivação da igualdade. É necessária a conscientização da população, no sentido de respeitar os direitos, a dignidade e a sabedoria de vida desta camada tão vulnerável e, por vezes, desprezada da sociedade.

Fundamental se faz apresentar a legislação específica: a Política Nacional do Idoso, Lei 8842/94; Política Nacional de Saúde do Idoso,

Portaria 2528 de 19 de outubro de 2006; o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003. Este conjunto de leis possibilita reconhecer o lugar social desse idoso, bem como identificar o significado da condição de cidadania desse segmento populacional. Esse modo de entender as condições de vida da população idosa associa-se a um entendimento de cidadania; reconhecendo que essa é exercício, contribuindo na formação de sujeitos sociais ativos (BRUNO, 2003, p. 75).

O envelhecimento é um direito personalíssimo e sua proteção, um direito social, sendo obrigação de o Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade (LENZA, 2010, p. 965). Dessa forma, os meios utilizados pelo Estado para concretizar e efetivar os direitos e garantias que são assegurados aos idosos nessas legislações é feita através de políticas públicas.

Temos na Constituição Federal de 1988 o modelo de proteção ao idoso quando esta trata da seguridade social – que envolve os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. A assistência social é, aqui, entendida como direito e não como filantropia (GOMES, 2009, p. 13).

Busca-se, então, articular os direitos contributivos e transferências de renda não contributivas vinculadas à assistência social sob a égide dos direitos sociais. Assim, a assistência social integra o sistema de seguridade social como política pública não contributiva, pois visa garantir a proteção social de todos os que dela necessitam e não só dos que contribuem (GOMES, 2009, p. 13).

A assistência social foi reconhecida como política pública de seguridade social em 1993, com a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social, e a partir disso vários outros marcos legais surgiram, como: Política Nacional de Assistência Social (PNAS), 1998; Norma Operacional Básica (NOB), 1997-1998; Política Nacional de Assistência Social (PNAS), 2004; Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB-Suas), 2005 e a Norma

Operacional Básica de Recursos Humanos (NOB-RH), 2006.

A PNAS garante à pessoa idosa e a sua família o acesso a programas, serviços, projetos e benefícios que contribuam para a efetivação de seus direitos. Estes são organizados pelo SUAS (Sistema Único de Assistência Social), que estabelece um conjunto de regras denominadas Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB-Suas) e Norma Operacional Básica de Recursos Humanos (NOB-RH), disciplinando o funcionamento do novo modelo de gestão (GOMES, 2009, p. 19).

Para Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI apud MÂNICA, 2007, p. 2).

Nas palavras esclarecedoras de Leonardo Augusto Gonçalves (2009, p. 2):

As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função.

No momento de colocar em ação os planos e planejamentos o legislador tem sua liberdade condicionada aos poderes vinculado e discricionário. Não sendo, para a doutrina, uma classificação absoluta, podendo em certos atos a Administração Pública manifestar competência discricionária e em outros pode atuar de forma vinculada.

Como explica Fernanda Marinela (2010, p. 188), o poder vinculado é aquele em que o

administrador não tem liberdade de escolha; não há espaço para a realização de um juízo de valor, e, por conseguinte, não há análise de conveniência e oportunidade. Preenchidos os requisitos legais, o administrador é obrigado a praticar o ato.

No poder discricionário, o administrador também está subordinado à lei, diferenciando-se do Vinculado, porque o agente tem liberdade para atuar de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade, de tal forma que, havendo duas alternativas, o administrador poderá optar por uma delas, escolhendo a que, em seu entendimento, preserve melhor o interesse público (MARINELA, 2010, p. 188).

Um instrumento importante, considerado pela Constituição Federal, utilizado no momento de concretizar as políticas públicas é o orçamento. Depende dele a concretização dos direitos fundamentais. A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu entendimento e efetua o gasto (OLIVEIRA, 2006, p. 243).

Nesse tocante, a Constituição tratou o orçamento público como importante instrumento de governo, tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o desenvolvimento social e político. Dessa forma, estabeleceu um encadeamento de três leis que se sucedem e se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Nos termos do art. 165, §4º e art. 166, § 4º da Constituição Federal, estas legislações e os planos e programas governamentais devem caminhar em harmonia (MÂNICA, 2007, p. 3).

2.2 Teoria da Reserva do Possível e os limites à implementação das Políticas Públicas

A fim de atender às necessidades mais básicas da classe idosa é que se criaram diretrizes instrumentalizadas legalmente através da Constituição e legislações esparsas. A Política

Nacional do Idoso (Lei 8842/94), a Política Nacional de Saúde do Idoso (Portaria 2528 de 19 de outubro de 2006) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) objetivam, em uníssono, proporcionar atenção integral e integrada à pessoa idosa, estruturada com foco nos direitos, necessidades, preferências e habilidades.

A efetivação das normas constitucionais e das leis esparsas, feita através das políticas públicas, por se tratarem basicamente de normas de direito público exige o dispêndio de recursos financeiros e observância do orçamento público.

As políticas públicas atuam de forma complementar a legislação, cuja característica é a generalidade e abstração, como meio de rematá-la e de concretizar seus princípios e regras, perseguindo objetivos certos e determinados (BUCCI, 2011). Como já tratado no tópico anterior a implementação e concretização das políticas públicas demandam gastos e ficam a cargo do legislador decidir como fazer a aplicação adequada dos recursos financeiros.

Aponta Krell um dos fatores que dificulta efetividade dos programas e planos públicos:

A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. [...] O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios (KRELL apud ROSA, 2005, p. 2523).

A real não-prestação dos serviços sociais de que fala Krell encontra barreiras na chamada “Teoria da Reserva do possível”. Em se tratando das restrições acerca dos direitos fundamentais, constantemente, se invoca a cláusula da “reserva do possível”, que foi mencionada pela primeira vez na Alemanha, na decisão Nunerus Clausus promovida pelo Tribunal Constitucional alemão (MÂNICA, 2007, p. 12).

A demanda judicial foi proposta por jovens que não haviam sido aprovados nas universidades de medicina de Hamburgo e Munique diante do número limitado de vagas. A pretensão foi

fundamentada no art. 12 da Lei Fundamental da Alemanha, que diz que “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação” (MÂNICA, 2007, p. 13).

Na opinião de Ingo Sarlet, o tribunal alemão entendeu que (...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET apud MÂNICA, 2007, p. 13).

Dessa forma, a efetivação das políticas públicas encontrou seus limites, na medida em que ao Estado cumpre a responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias. Segundo Rosa, os fatores que aportam à exigibilidade dos direitos sociais é a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”. A garantia do “mínimo existencial” acaba por constituir o padrão mínimo da efetivação dos direitos sociais de prestação, pois, sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do indivíduo e, com ela, as condições de liberdade (ROSA, 2005, p. 2525).

Assim, a discricionariedade do legislador deve se equilibrar nesta gangorra, atentando de um lado para mínimo necessário à existência da pessoa e o exigível pela lei, e de outro para as reais possibilidades orçamentárias de sua administração.

Destarte, no Brasil, como em outros países periféricos, a questão é justamente analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos federativos (KRELL apud ROSA, 2005, p. 2526).

As necessidades são ilimitadas e os recursos escassos, no entanto, entende Krell que os direitos e garantias dispostos na lei e nos planos de gestão pública devem ser conferidos a todos e expõe sua opinião nesse sentido de forma pertinente:

(...) E 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 mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a "ponderações" perigosas e anti-humanistas do tipo "por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais"? (KRELL apud ROSA, 2005, p. 2526-2527).

Extrai-se, portanto, que a discussão em torno da efetividade dos direitos sociais prestacionais não escapa da análise das condições financeiras do Estado para que se atenda aos preceitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. No entanto, a escassez de recursos orçamentários jamais poderá se tornar fator impeditivo à garantia das necessidades básicas do ser humano, nem que para isso seja preciso sacrificar os recursos de áreas menos importantes. Tudo isso, para que acima de tudo, respeite-se o princípio basilar do constitucionalismo moderno, a dignidade da pessoa humana.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os idosos são fruto de sua experiência de vida, e enquanto há vida, existe a possibilidade de aprender, de rever posturas e de conquistar direitos. Este trabalho buscou instigar a acadêmicos, profissionais e sociedade em geral a voltarem às atenções a essa população excluída, que vive em condições de vulnerabilidade social.

A análise da concretização dos direitos do idoso através das políticas públicas permite a conclusão de que são bem aparados pela legalização, no entanto, ainda encontram muitas barreiras para que vejam suas necessidades sanadas.

É indiscutível que o surgimento do Estatuto do Idoso, Plano Nacional do Idoso e os programas e planos elaborados pela administração pública, direcionados ao trato com o idoso, representaram grande avanço na área da saúde, lazer, cultura, transporte entre outros. Mas apesar disso, ainda sofrem dificuldades diariamente para verem esses

direitos satisfeitos. O administrador encontra limite na teoria da reserva do possível e na acessibilidade do orçamento que este tem disponível.

De modo geral, portanto, discutir e refletir sobre o bem-estar e qualidade de vida dos idosos é de grande importância no sentido de reconhecer e assegurar direitos e garantias inerentes a estes; e, também, para que surjam novas discussões éticas, proporcionando melhores condições para implementação de medidas de inclusão social de qualidade e com equidade.

REFERÊNCIAS

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15658/15222>> Acesso em: 2 de maio de 2011.

BRUNO. Marta Regina P. Cidadania não tem idade. Serviço Social & Sociedade. São Paulo: Cortez, ano XXIV, nº 75, 2003, p. 74–83.

BUCCI, Maria P. Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politica/publica/index.html>>. Acesso em: 2 de maio de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de revisão nos 1 a 64/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. 88p.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARRAFA, Volnei. Apresentando a Bioética. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/face/article/viewFile/118/102>> Acesso em: 2 de abril de 2011.

. Bioética, saúde e cidadania. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul ; PESSINI, Leo (organizador). Bioética: alguns desafios. 1º edição, São Paulo: Loyola, 2001.

GOMES, Sandra Regina. Políticas públicas para a pessoa idosa: marcos legais e regulatórios. Sandra Gomes, Maria Elisa Munhol, Eduardo Dias;

[coordenação geral Áurea Eleotério Soares Barroso]. São Paulo: Secretaria Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social: Fundação Padre Anchieta, 2009.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. O Ministério Público e a busca pela inclusão social. Atuação no âmbito das políticas públicas. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2482, 18 abr. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14579>. Acesso em: 7 maio 2011.

IBGE, Censo 2010. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, dados referentes à população do Brasil. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>> Acesso em: 26 abr 2011.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. 1024 p.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 4º ed. ver. atual. e ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2010. 1072 p.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2006.

PASCHOAL, S. M. P. Autonomia e independência. In: Netto, M. P. (org). Gerontologia. São Paulo: Atheneu, 1996. P. 313-323.

ROSA, Marizélia Peglow. A concretização dos direitos humanos sociais e a reserva do possível. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional - CONPEDI, 2008, Salvador. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?id>>

=2> Acesso em: 29 de abril de 2011.

VERA. R. P. País Jovem com cabelos brancos: a saúde do idoso no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará/UERJ, 1994.

LIMITES DECORRENTES DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Jorge Henrique Moraes Evangelista¹

Patrícia Spagnolo Parise²

RESUMO

Discorre sobre a limitação ao Poder Constituinte Originário, com ênfase na limitação decorrente dos Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos. Procura mostrar a importância das normas internacionais à efetivação da democracia dos Estados por meio da pesquisa bibliográfica, trazendo posicionamentos de doutrinadores de renome. Deste, concluiu-se pela necessidade dos Estados Democráticos adotarem as normas internacionais como legítimas defensoras da dignidade humana e dos direitos fundamentais, garantindo-lhes vigência.

PALAVRAS-CHAVE: Poder, constituinte, tratados, internacionais, direitos.

1 INTRODUÇÃO

Promovendo a discussão quanto ao aspecto absoluto e ilimitado do Poder Constituinte Originário, o presente artigo científico apresenta situações limitadoras ao Poder Soberano do povo de constituir-se, com ênfase na limitação decorrente dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, promovendo a análise da titularidade desse Poder, a adequação à vontade do povo, e o respeito às normas e princípios fundamentais.

Com produção doutrinária ainda escassa, este trabalho científico procura justificar a necessidade da valorização dos direitos

fundamentais da pessoa humana frente à institucionalização dos direitos e à relativização da soberania popular, dessa forma, conduzindo a vontade do povo a um patamar superior ao do Estado.

Tendo como suporte a pesquisa bibliográfica, este artigo vem tratar de tema de discussão necessária à condição política brasileira atual. Sendo essa necessidade decorrente do fato de que os Estados Contemporâneos, a título de proteção à vontade da população, tornaram quase insignificante a participação da sociedade nos atos governamentais. E Os representantes do povo que deveriam se guiar no exercício de suas funções, pelas necessidades da sociedade, usurpam desse poder a eles concedido e agem de forma egoísta, sem se preocupar com a busca do bem comum e com desatenção para com os problemas da sociedade.

2 PODER CONSTITUINTE

Conferido pelo povo aos seus representantes e governantes em exercício da soberania estatal, como lecionado por Lenza (2009), o Poder Constituinte leva à constituição, destituição ou manutenção de uma ordem política. Portanto, o Poder Constituinte se adéqua às novas aspirações do povo rompendo com a ordem política vigente e constituindo um novo Estado diverso do anterior.

2.1 História

¹Acadêmico do 3º Período Matutino de Direito.

²Orientadora, professora do Curso de Direito da Fesur.

O Poder capaz de criar uma Constituição como instituidora de uma ordem política, de acordo com Ferreira Filho (1999, p.3) “surge tão-só no século XVIII, associada à ideia de Constituição escrita”, mas na Antiguidade já se fazia presente nas célebres Cidades-Estados gregas, como é sabido, leis instituidoras de uma ordem política, porém estas não possuíam as características de uma constituição.

O Poder Constituinte surge entrelaçado à sua titularidade. Ferreira Filho (1999, p.9), ao explicar o pensamento de Rousseau, relaciona o Contrato Social com o surgimento do Poder Constituinte, dizendo: “o contrato social, ao mesmo tempo em que estrutura a sociedade, cria o governo, comando da vontade geral”. Apesar das diferenças específicas entre os tipos de Poder Constituinte, este poder, do qual o povo é titular, é a força proveniente da vontade conjunta dos indivíduos, sendo essa força a responsável pela constituição do Estado por meio de leis consideradas normas materialmente constitucionais, ou seja, que tratam dos direitos fundamentais e regulamentação do Estado.

Apesar de tê-lo afirmado acima, o povo nem sempre foi visto como o titular deste Poder. Para o abade Emmanuel Sieyés (2001), autor do livro *O Que é o terceiro estado?*, o titular do Poder Constituinte é a nação, sendo esta representada pelo Terceiro Estado do absolutismo francês, visto que, ao contrário do clero e da nobreza - primeiro e segundo Estado, respectivamente -, os integrantes daquele não possuíam privilégio algum, concedido pela ordem política em vigor, e, portanto, eram livres de qualquer posicionamento tendencioso.

A importância dada por Sieyés à necessidade da Constituição ser elaborada pelo Terceiro Estado é devida ao fato de que, assim como a maioria dos doutrinadores contemporâneos, o abade tinha o Poder Constituinte Originário por ilimitado e logo, não poderia possuir resquícios, do antigo regime, no Estado que surgia. Dessa forma, rompendo com os Poderes instituídos pelo regime em vigor, Sieyés (2001, p.42) diz:

Reconhecer a vontade comum na opinião da maioria. Esta máxima é incontestável. Decorre daí que, na França, os representantes do Terceiro Estado são os verdadeiros depositários da vontade nacional. Podem, pois, sem erro, falar em nome de toda a nação. Pois, mesmo supondo-se que os privilegiados reunidos sempre são unânimes contra o voto do Terceiro Estado, não seria suficiente para contrabalançar a maioria das deliberações desta ordem. Cada deputado do Terceiro Estado, de acordo com o número fixado, vota por cerca de cinquenta mil homens.

Com o trecho acima citado, o abade francês apregoa a criação de um Estado Democrático em que a nação, atualmente povo, exerce a força soberana suficiente para criar uma nova ordem política.

2.2 Poder Constituinte Originário

Nas doutrinas atuais, o Poder Constituinte é ramificado em quatro tipos e entre eles, o que corresponde à máxima manifestação da soberania de um povo é o Poder Constituinte Originário. Nas palavras de Bonavides (2005, p.143), “Poder essencialmente soberano, o poder constituinte, ao teorizar-se, marca com toda a expressão e força a metamorfose do poder, que por ele alcança a máxima institucionalização ou despersonalização”, ou seja, caso não houver prévia ordem política já constituída, instituirá uma. E caso houver, a destituirá e novas instituições substituirão as anteriores.

De acordo com Sahid Maluf (2009, p.193), esse poder busca promover “a organização originária de um agrupamento nacional ou popular”, e para o exercício desse poder o povo delega a uma Assembléia Constituinte, o uso de sua soberania para que em nome da vontade coletiva estabeleça uma Constituição, sendo esta, a Carta Magna de um Estado, que garante ao mesmo o poder soberano de decidir de acordo com o interesse da coletividade, respeitando as garantias individuais e os princípios do Direito Natural.

2.2.1 Características

O Poder Constituinte Originário, de acordo com a classificação de Lenza (2009), é inicial, autônomo, incondicionado, soberano na tomada de suas decisões e ilimitado juridicamente.

É inicial, visto que, institui uma nova ordem jurídica e rompe com a que estava vigente (LENZA, 2009). Sendo essa característica já evidenciada nos escritos de Emmanuel Sieyès quando dizia ser necessário que a instituição desta nova ordem fosse feita por um povo que não possuía quaisquer privilégios que se tornariam razões para manter vestígios da ordem anterior.

É autônomo, “visto que a estruturação da nova constituição será determinada, autonomamente, por quem exerce o poder constituinte originário” (LENZA, 2009, p.113), não depende de suporte externo, ele mesmo se constitui.

Sua manifestação possui independência para com qualquer forma pré-estabelecida já que é incondicionado e soberano na tomada de suas decisões (LENZA, 2009). Correlacionando com a sua característica de poder inicial, o Poder Constituinte Originário rompe com a ordem política anterior e, portanto, não se submete a nenhum outro poder. Afinal, como já foi dito, esse poder é a maior expressão da vontade conjugada de um povo e, portanto, soberano.

Outra característica do Poder Constituinte é o fato de ser ilimitado, sendo esta característica, no ponto de vista de grande parte dos doutrinadores, absoluta. Porém atualmente tem sido tendência entre as doutrinas modernas a relativização desta característica, como Pedro Lenza (2009), que tem o Poder Constituinte por apenas juridicamente ilimitado, ou seja, não se sujeita às normas anteriores.

Apesar das características acima serem entendimento majoritário entre os doutrinadores, deve-se levar em conta os entendimentos dos tribunais e as emendas sofridas pela constituição. Por exemplo, a emenda constitucional nº 45, que anexou ao artigo 5º da Constituição Federal de

1988, o parágrafo terceiro que preceitua:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Percebe-se a importância dada pelo direito interno às questões de Direito Internacional e, principalmente, aos direitos humanos, medida que vem ganhando espaço entre os doutrinadores como limitadora material do Poder Constituinte, visto que, se os legisladores no exercício do Poder Soberano e representando a vontade do povo, aprovam norma internacional e, especialmente, norma constante dos Direitos Fundamentais, então a Constituição criada pelo Poder Constituinte Originário, do qual o povo é titular, deve obedecer aos direitos intrínsecos do ser humano, caso contrário seria usurpação de poder. Dessa forma, percebe-se que a não limitação do Poder Constituinte Originário não é absoluta, já que esse deve se adequar à realidade do povo do qual provém e não o contrário.

2.2.1.1 Soberania

Necessária à constituição de um Estado, a soberania tem sido objeto de várias discussões doutrinárias devido às alterações sofridas por este instituto, decorrentes das transformações na coletividade, fazendo com que as relações entre estados e pessoas se intensificassem, permitindo que o fenômeno da globalização fosse facilmente reconhecido na sociedade do século XXI. E, além disso, fazendo-se necessária a adoção de novos conceitos, quanto à supremacia da nação frente ao organismo internacional.

Essa necessidade de alteração dos conceitos existentes se deve ao fato de que com a globalização, nas palavras de Mazzuoli (2010,

p.15):

O direito vai superando os limites territoriais da soberania estatal rumo à criação de um sistema de normas jurídicas capaz de coordenar vários interesses simultâneos, permitindo a tais Estados alcançar as suas finalidades e interesses recíprocos.

Esse respeito à diversidade de interesses dos Estados, já estava presente no conceito clássico de soberania como no trecho abaixo em que Sahid Maluf discorre sobre este instituto.

Para Maluf (2009, p. 39), o poder soberano de um povo é tido “na sua acepção clássica como uma autoridade superior, que não pode ser limitada por nenhum outro poder”, porém apresentando brechas à afirmada incondicionalidade da soberania. Maluf (2009, p.39) diz: “As limitações admissíveis são as contidas nos conceitos do direito natural, no respeito da pessoa humana e nos direitos dos grupos e associações, tanto no domínio interno quanto na órbita internacional, devendo respeitar a coexistência de Estados soberanos”.

Este conceito clássico, apesar de não se adequar completamente à realidade da sociedade contemporânea, apresenta um grande avanço no sentido de valorizar a vontade coletiva internacional e os direitos intrínsecos do ser humano, frente à soberania estatal. Progresso este, que resultou na integração entre os Estados e indivíduos, visto que o mesmo promoveu a solidariedade entre os povos, principalmente, após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, que chocaram o mundo pela falta de consideração para com a dignidade inerente à pessoa humana e os direitos fundamentais do homem.

Apesar do sofrimento e angústia sofridos pelas vítimas da barbárie praticada durante a Segunda Grande Guerra, é deste período de trevas a criação de um dos mais democráticos institutos presentes na ordem internacional, que é Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Sendo esta declaração, a maior representação da flexibilização da soberania. Pois, buscando a internacionalização dos Direitos Humanos, a Declaração de 1948, ainda que

possua apenas caráter de recomendação moral, levou à intervenção na ordem interna dos Estados, obrigando-os a respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana e responsabilizando-os caso desrespeitassem esses preceitos básicos instituídos em 1948, dando suporte à diluição na comunidade internacional do Direito Internacional dos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2010).

2.2.1.2 Direitos Humanos como limites ao Poder Constituinte Originário

Como já discorrido acima, o Poder Constituinte Originário é a manifestação do poder soberano de um povo, o qual institui ou destitui um Estado, mediante vontade conjugada de seus indivíduos. Esse poder soberano atualmente tende a ser relativizado, visto que, sofre limitação pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Dessa forma, para Mazzuoli (2010, p.170), a soberania perde o caráter absoluto “na medida em que admitem intervenções externas no plano interno”.

Quanto aos direitos humanos, na concepção de Mazzuoli (2010, p. 163), são:

Aqueles direitos inerentes a todo e qualquer ser humano (sem distinção de cor, raça, sexo, religião, condição social, etc.), que visam estabelecer um patamar mínimo ético de proteção da dignidade humana. São direitos que ultrapassam as fronteiras territoriais dos Estados no intuito de assegurar a todo e qualquer cidadão todos os meios necessários para a salvaguarda da vida humana e seus demais desdobramentos, permitindo a toda pessoa que o desenvolvimento de suas qualidades pessoais e o resguardo de sua integridade física e mental não sejam frustrados pelo Estado ou seus agentes e, mais modernamente, inclusive por determinadas relações jurídicas de direito privado.

Sendo os Direitos Humanos, como afirmado acima, direitos que ultrapassam as fronteiras territoriais dos Estados, esses Direitos não são inerentes à entidade estatal, visto que, este tem limite territorial, mas o são ao indivíduo, pois carrega seus direitos consigo independente de lugar. Posicionamento também corroborado por Mazzuoli (2010), quando diz que com a limitação

da soberania absoluta do Estado, o indivíduo deixa de ser apenas objeto e passa a ser também, sujeito de direito internacional público.

Após os horrores do holocausto e com a transformação do indivíduo em sujeito de direito internacional, a internacionalização dos Direitos Humanos se intensificou e passou-se a adotar medidas que garantissem o respeito pelos princípios de Direito Natural, como o da dignidade humana, aplicando-se sanções àqueles que violassem essas garantias fundamentais. Não sendo justificável, por exemplo, desobediência em razão de diversidade cultural, sistema adotado ou proteção à soberania estatal, devendo haver um padrão mínimo de dignidade independentemente da cultura dos povos (MAZZUOLI, 2010).

A Constituição Brasileira vigente - uma constituição social - respeitando aos preceitos internacionais, deu o devido valor às normas que tratam de direitos humanos, inclusive aos tratados internacionais, estabelecendo no artigo 5º, §2º que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988, p.10).

Com esse dispositivo, a Constituição Federal dá grande importância aos tratados internacionais de Direitos Humanos, garantindo a aplicabilidade imediata destes no ordenamento jurídico nacional, somente apresentando ressalvas quando da promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004.

Por meio da referida emenda, os tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos adquiriram status de cláusula pétreas, visto que a emenda 45 deu-lhes possibilidade de valerem como norma de hierarquia constitucional caso fossem aprovados pelo Congresso com quórum necessário à aprovação das emendas constitucionais. Esses se configuraram como cláusulas pétreas por promoverem os direitos e garantias individuais. Aprovados, os tratados internacionais de Direitos Humanos passam a ser

inderrogáveis, visto que, nenhum outro tratado ou norma pode revogar essas cláusulas (MAZZUOLI, 2010).

Porém, indaga-se quando à revogabilidade dos Tratados Internacionais na vigência de Poder Constituinte Originário, visto que, uma das características desse poder é a não limitação jurídica, ou seja, não sujeição a ordenamento jurídico anterior. Entretanto, os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem um impedimento à sua denúncia, que é o fato de serem normas *jus cogens*. De acordo com Mazzuoli (2010, p.104):

Tais regras de *jus cogens*, a exemplo dos direitos humanos fundamentais, assim, têm o caráter de serem normas imperativas de direito internacional geral, sendo consideradas aceitas e reconhecidas pela sociedade internacional dos Estados, em seu conjunto, como normas que não admitem acordo em contrário (é direito imperativo para os Estados) e que somente podem ser modificadas por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha, ademais, o mesmo caráter.

Portanto, é difícil o processo de denúncia das normas *jus cogens* só sendo revogada por outra norma da mesma espécie. Neste caso, uma nova Constituição posterior à que aprovou este tratado, até mesmo por sua obrigação como instituidora de um Estado Democrático, deverá se sujeitar a essa norma visto que no artigo 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena, elaborada pela Organização das Nações Unidas (1993, p.3) determina-se que “é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

Discorrendo sobre as teorias com relação à hierarquia dos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos, Mazzuoli (2010) expõe a teoria defendida pelo Professor Celso D. Albuquerque Mello, a qual em consonância com o posicionamento adotado no presente artigo eleva esta categoria de tratados internacionais à norma supraconstitucional, limitando até mesmo o Poder Constituinte Originário que possa vir a elaborar nova Constituição.

Apesar de este posicionamento ser minoritário, tal teoria é consoante com o caráter humanitário dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos, visto que, procura valorizar os direitos mais fundamentais da pessoa humana, elevando o povo à posição de verdadeiro titular do Poder Constituinte, impedindo a usurpação da vontade popular por parte dos Poderes Constituídos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do presente artigo científico conclui-se que a limitação dos tratados internacionais ao Poder Soberano de um Estado é necessária, visto que, protege os indivíduos e a coletividade, garantindo-lhes os direitos que a eles são inerentes pelo simples fato de serem humanos. Também, é possível perceber a importância das boas relações internacionais para que se constituam os Estados Democráticos. Por fim, o Poder Constituinte Originário, apesar de representar a força suprema de um Estado, sofre limitação pelas normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, visto que, estas protegem a dignidade e garante aos seus titulares o usufruto de seus direitos.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 807p.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 1988. 90p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 204p.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 926p.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 399p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional Pùblico: parte geral*. 5. Ed. São Paulo: Editora RT, 2010. 239p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Programa de Ação de Viena. Viena, 1993. Disponível em: <<http://www.undime.org.br/htdocs/index.php?acao=biblioteca&publicacaoID=85>>. Acesso em: 31 mai. 2011.

SIEYÈS, Joseph Emmanuel. Trad. Norma Azevedo. *A Constituinte Burguesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Jaqueleine Camargo Machado de Queiroz¹

RESUMO

O presente artigo versa sobre o tema O Direito de Greve dos Servidores Públicos, analisando a eficácia da norma constitucional do art. 37, inciso VII da Constituição Federal e a adoção da corrente concretista, pelo STF, no tocante aos efeitos do Mandado de Injunção. A complexidade do assunto, no que diz respeito às áreas do direito a que se deve ter conhecimento para tratar do tema, bem como à mudança de posicionamento pelo STF, que foi um marco no Direito Brasileiro quando se trata do remédio constitucional Mandado de Injunção, foram as razões que motivaram a abordagem desse assunto, objetivando traçar uma linha de raciocínio eficaz para desenvolvimento e conclusão com relação ao tema. Para um resultado satisfatório, foi desenvolvida pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Greve. Norma de Eficácia Limitada. Mandado de Injunção. Efeitos. Corrente concretista.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê o direito de greve do servidor público no art. 37, inciso VII, ao dispor que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”, estabelecendo, portanto, que todo servidor público tem o direito de fazer greve.

Contudo, o assunto não é simples assim. O dispositivo constitucional prevê que a greve do servidor público deverá ser exercida nos termos de

lei específica. A primeira questão a ser discutida é a seguinte: há uma lei específica que regulamenta a greve do servidor público? Já adianta-se que a resposta a essa indagação é não!

Sendo assim, não havendo uma lei específica que trate do assunto, é possível que o servidor público exerça seu direito e faça greve?

A resposta a esse questionamento é o objetivo central do presente artigo. Para respondê-lo, alguns pontos devem ser tratados anteriormente.

Sendo assim, num primeiro momento, será discutida a eficácia da norma constitucional inserta no art. 37, inciso VII. Se a norma tiver eficácia plena, o direito de greve poderá ser exercido imediatamente, independentemente da existência de lei que trate do tema; se a norma tiver eficácia contida, o direito também poderá ser exercido imediatamente, mas haverá a possibilidade de ser restringido por lei ou por outra disposição constitucional; se tiver eficácia limitada, o direito de greve, para ser exercido, dependerá, necessariamente, de um ato normativo que permita seu exercício.

Após a argumentação quanto à eficácia da norma constitucional, demonstrando que ela é norma de eficácia limitada, dependendo, portanto, de lei específica que a regulamente, o próximo passo é tratar do mandado de injunção, o qual visa suprir omissão do Poder Público, com vistas a viabilizar o exercício de um direito. Nesse momento, importante será tratar dos efeitos do mandado de injunção no tocante à adoção da teoria concretista ou não-concretista pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, serão trazidos à discussão os

¹Delegada de Polícia do Estado de Goiás. Professora da Universidade de Rio Verde – FESURV.

Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, através dos quais o Supremo Tribunal Federal decidiu definitivamente a questão do direito de greve dos servidores públicos, demonstrando como ficou o assunto atualmente.

2 EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 37, VII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O primeiro ponto a ser discutido é a eficácia da norma constitucional do art. 37, inciso VII da Constituição Federal, que prevê o direito de greve do servidor público.

Inicialmente, vale pontuar que as normas constitucionais, segundo classificação tradicional de José Afonso da Silva, podem ser de eficácia plena, contida e limitada.

A norma constitucional de eficácia plena tem aplicabilidade direta, imediata e integral.

Tem aplicabilidade direta porque pode ser aplicada diretamente ao caso concreto, independentemente de qualquer ato intermediário; imediata, porque independe de qualquer condição para ser aplicada, e integral, porque não pode sofrer qualquer restrição.

A norma constitucional de eficácia contida, por sua vez, tem aplicabilidade direta, imediata, porém possivelmente não-integral. Ou seja, poderá ser aplicada diretamente ao caso concreto, independe de condição para ser aplicada, contudo poderá ser restringida por outra norma constitucional, por lei, ou por conceitos de direito público.

Por fim, a norma constitucional de eficácia limitada tem aplicabilidade indireta e mediata, dependendo de outra norma para produzir efeito. Segundo Alexandre de Moraes (2008, p. 12),

Normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, imediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade. Por exemplo: Constituição Federal, art. 37, VII: o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Alexandre de Moraes sustenta, portanto, que a norma constitucional que prevê o direito de greve, tem eficácia limitada, ou seja, depende de lei que a regulamente para que ela possa ser aplicada ao caso concreto.

O STF também fixou posicionamento nesse sentido, estabelecendo que a norma do art. 37, inciso VII da Constituição Federal é norma de eficácia limitada (Informativos n. 430, 468, 480 e 485) e hoje é pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência que essa norma tem eficácia limitada.

Dessa forma, uma vez estabelecido que a norma constitucional que prevê o direito de greve do servidor público depende de lei posterior que a regulamente e considerando que não há lei específica que trata da greve do servidor público, importante agora se faz analisar o Mandado de Injunção, o qual tem por objetivo suprir as omissões do Poder Público que obstem ao exercício de algum direito constitucionalmente previsto.

2.1 Mandado de Injunção

O mandado de injunção é um remédio constitucional previsto no art. 5º, inciso LXXI da CF, que tem por objetivo viabilizar o exercício de um direito permitido pela Constituição que, por estar previsto em uma norma constitucional de eficácia limitada, dependa de regulamentação por lei ou ato administrativo.

Nas palavras de José Afonso da Silva, o Mandado de Injunção (2005, p. 448)

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua finalidade principal consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação.

Em linhas gerais, o mandado de injunção observava o seguinte procedimento: em se tratando de norma constitucional que dependesse

de normatização pelo Legislativo, o Judiciário era acionado e, decidindo que a norma dependia de regulamentação, fazia uma comunicação ao Legislativo para que fosse elaborada a lei e resolvido o caso concreto.

Havia divergências com relação ao assunto, de forma que existiam posicionamentos doutrinários no sentido de que o Judiciário, em caso de mora do Poder Legislativo, poderia decidir o caso concreto, viabilizando de alguma forma o exercício do direito constitucionalmente garantido.

As diversas posições em relação aos efeitos do Mandado de Injunção culminaram na seguinte classificação quanto aos seus efeitos: posição concretista e não concretista.

Pela posição não concretista, o Judiciário, reconhecendo a mora do Legislativo, deverá comunicá-lo da necessidade de elaboração da lei, sem que fosse deferido ao Judiciário resolver o caso concreto. Ao Judiciário caberia, somente, comunicar o Legislativo da necessidade de elaboração da lei.

A posição concretista, por outro lado, adota o entendimento de que o Poder Judiciário, declarando a existência da omissão legislativa, poderá resolver o caso concreto, implementando o exercício do direito, até que sobrevenha a regulamentação necessária.

Essa posição se divide em duas espécies: concretista geral e concretista individual.

Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário teria efeitos erga omnes, ou seja, o Poder Judiciário implementaria uma normatividade geral que seria válida a todos, até que o poder competente suprisse a omissão. Essa posição é bastante criticada tendo em vista o princípio da Separação dos Poderes, conforme ensinamento do Ministro aposentado do STF, Moreira Alves: ao proclamar em sede de mandado de injunção, uma decisão com efeitos erga omnes estaria o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes (2008, p. 176).

Na posição concretista individual, ao contrário, a decisão do Judiciário somente produzirá efeitos para o sujeito que ajuizou o mandado de injunção, o qual poderá exercitar livremente o seu direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente prevista.

A posição concretista individual se subdivide em direta e intermediária.

Pela concretista individual direta, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o pedido pleiteado no mandado de injunção, implementa imediatamente a eficácia da norma constitucional, possibilitando seu exercício pelo autor.

Pela concretista individual intermediária, o Poder Judiciário deverá, após julgar procedente o pedido do autor, fixar um prazo ao Poder Legislativo para elaboração de norma regulamentadora. Vencido o prazo, sem que haja a elaboração da norma pelo poder competente, o Poder Judiciário deverá fixar as condições necessárias ao impetrante para que ele exerça seu direito.

Por muito tempo, a corrente não concretista foi a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendia que cabia ao Poder Judiciário somente comunicar ao Poder competente sobre a necessidade de regulamentação da norma constitucional. Contudo, tal posicionamento há muito era criticado, sendo que recentemente o STF alterou seu posicionamento, conforme se verá a seguir.

2.2 O Direito de Greve dos Servidores Públicos e os Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712

Como visto, o direito de greve dos servidores públicos, previsto na Constituição Federal, depende de regulamentação para ser efetivamente exercido. Não há lei específica que trate do assunto, o que prejudica os servidores públicos federais, estaduais e municipais.

O STF foi acionado para resolver tal problema, sendo que, inicialmente, fixou seu entendimento no sentido de que o Poder Judiciário não poderia suprir a omissão do Legislativo, em

respeito ao princípio da separação dos Poderes, adotando, portanto, a corrente não concretista.

Tal entendimento foi adotado, por exemplo, no Mandado de Injunção n. 219, em 22 de agosto de 1990:

Pedido deferido, em parte, dentro dos limites de provisão constitucionalmente cabível, para, reconhecidas a omissão e a mora apontadas, dar ciência das mesmas ao Congresso Nacional, a fim de que supra a omissão.

Diante disso, cabia ao Supremo declarar a omissão e comunicá-la ao Poder Legislativo, para que este editasse a norma, segundo sua conveniência. Enquanto a norma não era editada, o cidadão era impedido de exercer o direito garantido pela Constituição.

Passados dezoito anos da entrada em vigor da Constituição Federal, o Poder Legislativo não regulamentou a matéria, impedindo que os servidores públicos exercessem o direito de greve constitucionalmente garantido.

O Supremo, por diversas vezes acionado, se viu obrigado a dar uma solução ao caso concreto. No dia 25.07.2007 o STF, ao julgar os Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, passou a adotar a corrente concretista geral.

O Supremo, atendendo aos pedidos dos sindicatos dos policiais civis do Espírito Santo, de trabalhadores de João Pessoa (PB) e de trabalhadores do Pará, resolveu o problema da greve dos funcionários públicos aplicando à greve dos servidores públicos, a Lei n. 7.783/89, que trata da greve dos servidores da iniciativa privada.

A decisão do Supremo, exarada no Mandado de Injunção n. 670, se deu nos seguintes termos:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício

das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrarão o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármem Lúcia, com voto proferido em assentada anterior.

O Ministro Gilmar Mendes ao votar no Mandado de Injunção 670, afirmou que havia chegado a hora de o Judiciário atuar decisivamente, afastando a inoperância de suas decisões, notadamente em Mandado de Injunção, que somente serviam para comunicar ao Legislativo sobre a necessidade de se elaborar a lei:

A inéria do Poder Legislativo em regular o direito de greve dos servidores públicos acabou por gerar uma preocupante realidade em que se observam inúmeras greves ilegais com sérias consequências para o Estado de Direito. Concluiu que diante desse contexto, considerado ainda o enorme lapso temporal dessa inéria, não resta alternativa para o Poder Legislativo, quanto a decidir por regulação ou não do tema, e que cabe, por sua vez, ao Poder Judiciário, intervir de forma mais decisiva, de modo a afastar a inoperância de suas decisões em mandado de injunção, e atuar também nos casos de omissão do Poder Legislativo, tendo em vista as balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores.

Ademais, entendeu-se, por maioria, que a Lei 7.783/89 passaria a regular a greve de todos os servidores públicos do país, o que demonstra que a corrente adotada pelo novo entendimento do Supremo foi a concretista geral.

Assim, enquanto não houver lei específica regulamentando a matéria, à greve dos servidores públicos será aplicada a Lei 7.783/89, permitindo-se, dessa forma, que seja exercido pelos servidores públicos o direito de greve constitucionalmente garantido.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo analisar o direito de greve dos servidores públicos, abordando os assuntos a eficácia das normas

constitucionais e os efeitos do Mandado de Injunção.

Inicialmente, demonstrou-se que a norma inserta no art. 37, inciso VII da Constituição Federal trata-se de norma de eficácia limitada, dependendo, portanto, de regulamentação por norma posterior que permita o integral exercício do direito de greve assegurado constitucionalmente.

A seguir, tratou do mandado de injunção, especialmente no tocante aos seus efeitos. Demonstrou que, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal adotava a corrente não concretista, ou seja, cumpria ao Poder Judiciário somente a tarefa de comunicar ao Legislativo sobre a necessidade de se elaborar uma lei para efetivar um direito ou garantia constitucional. Caso o Legislativo se mantivesse inerte, nenhuma medida caberia por parte do Judiciário e o impetrante do Mandado de Injunção ficava impedido de exercer seu direito.

Tal posicionamento era muito criticado pela doutrina, que não se conformava com o posicionamento adotado pela Corte Suprema.

Em 2006, o posicionamento começou a ser revisto, através da interposição dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, os quais tratavam do direito de greve dos servidores públicos.

Em 25.10.2007, o Supremo decidiu definitivamente a questão, adotando a corrente concretista geral, resolvendo definitivamente o caso concreto. Entendeu o STF que deveria ser aplicada à greve dos servidores públicos, a Lei 7.783/89, que regulamenta a greve dos trabalhadores celetistas.

O Supremo passou, portanto, a resolver o caso concreto, solucionando a questão suscitada pelo impetrante, até que o Legislativo faça a sua parte.

Merece aplausos a decisão do Supremo!

O argumento de que a adoção da corrente concretista geral feriria o princípio da Separação dos Poderes não deve prosperar, haja vista que por diversas vezes o Supremo comunicou o Congresso da necessidade de elaboração do ato normativo complementar, o que não foi atendido.

É claro que a melhor solução seria que o Congresso Nacional tivesse regulamentado a matéria assim que a Constituição foi promulgada, ou assim que tivesse sido comunicado pelo Judiciário da necessidade de fazê-lo.

Nesse caso, em especial, o Judiciário não se imiscuiu na competência do Legislativo. Somente tomou uma decisão eficaz para uma questão que há muito era-lhe cobrada.

A solução adotada foi a melhor, haja vista que a inefetividade do direito de greve dos servidores públicos já se estendia por quase vinte anos, em consequência da inérgia do Congresso Nacional.

Como o Legislativo não agiu, não seria justo continuar a afastar dos servidores públicos o direito de greve, simplesmente para atender ao princípio constitucional da Separação dos Poderes, uma vez que o próprio Congresso Nacional não se demonstrou preocupado em preservar tal separação.

REFERÊNCIAS

INFORMATIVOS DO STF N. 430, 468, 480 e 485,
disponíveis em www.stf.jus.br.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional.
23^a ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito
Constitucional Positivo. 25^a ed. – São Paulo:
Malheiros, 2005.

O ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E O EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO COMO CAUSAS EXCLUDENTES DE TIPICIDADE

*Nathália Polyana Couto Lacerda*¹

*Jaqueline Camargo Machado de Queiroz*²

RESUMO

O presente artigo versa sobre o tema “O estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito como causas excludentes de tipicidade”. Atualmente o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito são considerados causas excludentes de ilicitude ou antijuricidade. Porém, há uma nova corrente doutrinária que tem defendido que ambos seriam causas excludentes de tipicidade, tendo em vista a Teoria da Tipicidade Conglobante de Zaffaroni. O referido artigo tem por objetivo discutir essa divergência, estudar essa nova e atual sistemática, argumentos de quem adota esse posicionamento e discutir ao final o melhor posicionamento desses institutos.

PALAVRAS-CHAVE: fato típico; tipicidade material, estrito cumprimento do dever legal; exercício regular de direito; antijuricidade; antinormatividade, tipicidade conglobante.

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro prevê, em seu art. 23, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito como causas excludentes de antijuridicidade, de forma que os atos praticados nessas situações são típicos, contudo não ilícitos.

Assim, vale refletir a seguinte situação: no

caso do oficial de justiça que adentra a residência do devedor sem o seu consentimento, de posse de mandado judicial, para proceder a alguma constrição a seu patrimônio, não estaria cometendo, em tese, o crime de violação de domicílio?

O fato é formalmente típico, haja vista que entrar astuciosamente na residência de alguém, contra sua vontade, é crime previsto no art. 150 do Código Penal. Contudo, é de conhecimento geral que o oficial de justiça, nessa circunstância, não pratica crime, pois está agindo no estrito cumprimento de seu dever.

Destarte, nessa situação, ter-se-ia um fato típico, o que ensejaria, por exemplo, a lavratura de um flagrante ou a instauração de Inquérito Policial para apuração da conduta do oficial de justiça, sendo que somente em um segundo plano seria possível a discussão da licitude de sua conduta. Contudo, é evidente que tal procedimento não seja o mais correto, tampouco o mais justo.

Obviamente não se instaura Inquérito Policial ou se dá início à ação penal para apurar a conduta, por exemplo, do oficial de justiça. Mas qual o argumento utilizado? De acordo com o Código Penal, ele pratica formalmente o mandamento proibitivo de violar domicílio alheio, devendo sua conduta ser apurada.

Nesse ínterim, surgiu a teoria da tipicidade conglobante, a qual tem por objetivo retificar tal distorção, adequando o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito como

¹Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde – FESURV.

²Professora da Universidade de Rio Verde – FESURV – e Delegada de Polícia do Estado de Goiás.

causas excludentes da própria tipicidade. Esse é o propósito do presente trabalho: demonstrar que ambos os institutos são causas excludentes da tipicidade material, de forma que os fatos praticados nessas situações, embora formalmente típicos, são materialmente atípicos.

2 Tipicidade Formal e Material

A tipicidade está ligada diretamente à conduta humana. Para a teoria constitucionalista do delito a tipicidade penal é a junção da tipicidade formal e da material e, nos crimes dolosos, encontra-se, ainda, a tipicidade subjetiva. Ressalta Martins (2008, p. 01) que “tipicidade é a adequação do fato da vida real ao modelo abstrato de conduta, é a justaposição do que acontece na vida real ao tipo. É a adequação da conduta a um tipo penal”.

Na tipicidade formal são necessários quatro requisitos indispensáveis. Para o fato ser típico requer conduta voluntária, resultado naturalístico, nexo de causalidade e relação de tipicidade (GOMES; MOLINA, 2009).

Conduta nada mais é do que uma ação ou omissão, o fazer e o deixar de fazer. Neste sentido explica Gomes (2006) que “conduta é o movimento corpóreo voluntário capaz de provocar alteração no mundo exterior”. Constitui no primeiro requisito da tipicidade formal, se não houver conduta não há fato típico, e consequentemente não há crime. Toda conduta praticada é dirigida a uma finalidade, com um objetivo.

Afirma Gomes (2006) que o segundo requisito da tipicidade formal é o resultado naturalístico, que é a modificação do mundo exterior causada por uma conduta. Em um homicídio com disparo de arma de fogo, por exemplo, a morte da vítima é o resultado naturalístico.

O nexo de causalidade é a ligação do resultado naturalístico à conduta, ou seja, o liame entre os dois, de forma que somente responde pelo crime quem deu causa ao resultado (GOMES,

2006). Vale observar, que em se tratando de crimes formais, a consumação deles sempre se dará com a prática da conduta, de forma que a ocorrência do resultado naturalístico, contido ou não no tipo, será mero exaurimento do crime.

A relação de tipicidade é o último requisito da tipicidade formal, podendo ser entendido como a adequação do fato à letra da lei. Quando uma pessoa pratica uma conduta, recorre-se à letra da lei. Se estiver presente tal conduta como ilícita, houve a relação de tipicidade. Exemplificando, Maria decide matar seu ex-marido e, para tanto, desfere vários golpes de faca causando seu óbito. A conduta de Maria se enquadra ao disposto art. 121 “caput” do Código Penal, houve uma adequação do fato à norma.

Uma vez comprovada a tipicidade formal, passa-se para a análise da tipicidade no plano material, sendo que, nesse momento, devem-se analisar três requisitos: desvalor da conduta, juízo de desaprovação do resultado e imputação objetiva do resultado.

No plano material, a primeira coisa que se deve fazer é valorar a conduta, levando-se em consideração o critério de imputação objetiva de Roxin. Segundo Roxin, a conduta do sujeito somente será desvalorada penalmente se criou ou incrementou riscos proibidos e relevantes. Não há desvaloração da conduta quando o risco é permitido, tolerado, admissível ou juridicamente não desvalorado (GOMES; MOLINA 2009).

Assim, o pugilista que dentro das regras do jogo lesiona o adversário não cria riscos proibidos, haja vista que a sua conduta é permitida pelo ordenamento jurídico. Se a conduta do agente não é desvalorada, não há tipicidade material, de forma que o fato, embora formalmente típico, é materialmente atípico.

Após análise da conduta, importante se faz a análise do resultado. Inicialmente, vale esclarecer que o resultado tratado aqui é o resultado jurídico, diferentemente do resultado tratado na tipicidade formal, a qual se referia ao resultado naturalístico. O resultado jurídico refere-se à lesão ou perigo de lesão, ao bem jurídico protegido pela norma.

Para o resultado ser desaprovado pelo ordenamento jurídico, entende a doutrina que ele deve ser concreto, transcendental, grave e intolerável. Deve, ainda, haver o nexo de imputação entre a conduta e o resultado, que deve estar no âmbito de proteção da norma (GOMES; MOLINA 2009).

Evidencia Gomes (2006) que além de concreta, a lesão ou o perigo de lesão devem ser transcendenciais, ou seja, afetar bens jurídicos de terceiros e não próprios; e também devem ser graves e intoleráveis, de forma que a depender da mínima gravidade ou da tolerância social para com a prática de determinada conduta, não serão considerados fatos típicos. Exemplifica-se: a sociedade tolera que sejam furadas as orelhas de recém-nascidos para utilização de brincos. Formalmente, tal conduta configuraria o crime de lesão corporal, contudo, materialmente falando, considerando a tolerância da conduta e do resultado, trata-se de fato atípico.

Só ocorre imputação objetiva quando a conduta tem ligação direta com o resultado, ou seja, quando cria risco proibido diretamente ao bem jurídico afetado, sendo que este resultado ofensivo deve estar tutelado pela norma jurídica. Exemplo clássico dessa afirmação é o oferecido por Roxin (2002, p. 335):

Dois ciclistas que pedalavam um atrás do outro, sem faróis, em uma via sem iluminação, sob relativo breu. Em decorrência da escuridão, o ciclista da frente viera a colidir com outro ciclista que vinha em direção oposta.

Neste caso em específico, o ciclista de trás não responderá pelo crime, pois, embora tenha violado norma de cuidado ao não utilizar farol à noite para iluminação, tal norma visa evitar que o próprio ciclista se acidente, e não proteger outros ciclistas. Assim, não pode ser imputado o crime ao segundo ciclista, haja vista que o resultado ofensivo está fora do âmbito de proteção da norma, já que o farol só é necessário para evitar acidentes próprios e não de terceiros.

Assim, se o fato a ser tipificado não tiver algum dos requisitos exigidos pela tipicidade

material (desvalor da conduta, juízo de desaprovação do resultado e imputação objetiva do resultado), também será atípico.

Por fim, vale lembrar que no caso de crimes dolosos, há ainda o requisito subjetivo: dolo, que se refere à consciência e vontade do sujeito em praticar determinada conduta.

Uma vez preenchidos todos os requisitos formais, materiais e o requisito subjetivo (este último exigido somente para os crimes dolosos), ter-se-á um fato típico. Pode-se afirmar, então, que se tem um crime? Não. Como já afirmado anteriormente, crime é fato típico e antijurídico. Logo, a conduta do sujeito somente poderá ser tipificada como crime se o fato, além de típico, também for ilícito ou antijurídico. A análise da antijuridicidade é o que se passa a expor.

2.1 Antijuridicidade ou Ilicitude

Como já exposto, se o fato é típico, passa-se a analisar a antijuridicidade ou ilicitude. Ressalta Mirabete (2001) que crime é fato típico e antijurídico. A culpabilidade, no novo conceito de crime, passa a ser considerada pressuposto e fundamento para aplicação da pena.

Atualmente, no que diz respeito à relação entre tipicidade e antijuridicidade, a doutrina e jurisprudência pátrias, em sua maioria, tem adotado a teoria da indiciariedade ou da "ratio cognoscendi" para explicar essa relação. Em termos gerais, a tipicidade é indício de antijuricidade, ou seja, se um fato é típico, logo é antijurídico, salvo se presente alguma causa justificante, como por exemplo, a legítima defesa ou o estado de necessidade.

Expõe Mirabete (2001, p. 173) que "a antijuridicidade é a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico". Sendo assim, não é possível existir crime se não houver antijuridicidade ou ilicitude. Todo delito, consequentemente, será ilícito.

Dispõe o art. 23 do Código Penal Brasileiro que "não há crime quando o agente pratica o fato: I) em estado de necessidade; II) em legítima defesa;

III) em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”.

Assim, cometido um fato típico, deve-se analisar se estão presentes algumas das causas justificantes previstas no art. 23, pois, embora seja típica, a conduta do sujeito poderá ser lícita e, assim, não ser crime.

A primeira causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade trazida pelo Código Penal é o estado de necessidade. Reza o art. 24 do Código Penal que age em estado de necessidade quem “pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Elucidam Gomes e Molina (2009) que, para configurar o estado de necessidade, é necessário que dois bens jurídicos ou mais estejam em perigo atual ou iminente e deve haver uma proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado e o bem jurídico sacrificado.

Exemplo clássico trazido pela doutrina é a tábua de salvação, onde dois naufragos disputam a mesma tábua, que servirá para salvar a vida de um deles. A morte de um deles, provocada pelo outro, embora seja fato típico, não será ilícito, haja vista que foi praticada em estado de necessidade, o qual exclui a ilicitude da conduta.

Na legítima defesa existe uma reação a certa agressão humana injusta, iminente ou atual, para defender direito próprio ou alheio, sendo que os meios utilizados para obstar essa agressão são ponderados. Como consta no art. 25 do Código Penal “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

O ponto principal a ser observado com relação à legítima defesa diz respeito à proporcionalidade da reação. Somente será considerada legítima defesa, se a reação for proporcional ao ataque. Assim, por exemplo, se considerada em legítima defesa o sujeito franzino que se utiliza de uma faca para se defender de um

sujeito de porte físico avantajado que o agredia injustamente.

Além da legítima defesa e do estado de necessidade, o Código Penal também considera como causas excludentes da antijuridicidade o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal.

No estrito cumprimento do dever legal, observa-se que o agente é obrigado pelo Estado a praticar determinada conduta. Em regra, tais condutas são exigidas de agentes públicos no exercício de sua função. Por esse motivo, o agente de polícia que, ao executar um mandado de prisão, pratica violência física para conter o fugitivo, não pratica crime, haja vista que sua conduta está acobertada pela norma.

O mesmo raciocínio se aplica nos casos de exercício regular de direito. Assim, o Estado incentiva que os pais eduquem seus filhos. Se um pai, por exemplo, deixar seu filho de castigo por uma semana, dentro de seu quarto, não praticará o crime de cárcere privado, pois sua conduta está amparada pela lei.

Contudo, considerando que o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito são causas excludentes de antijuridicidade, tais condutas ensejariam a instauração de inquérito policial, bem como de ação penal, para apuração da conduta típica. De forma que caberia aos acusados a alegação de licitude de suas condutas, amparados pelo art. 23 do Código Penal.

Entretanto, vale refletir: se a conduta é incentivada pelo ordenamento jurídico pode considerar-se tal conduta típica, e presumir-se sua ilicitude, cabendo ao autor da conduta prová-la que ela estaria de acordo com o ordenamento?

É admissível exigir do policial que desempenha seu mister, ou dos pais que cumprem seu papel na educação de seus filhos, que se instaure procedimento criminal para apurarem tais condutas por serem consideradas formalmente típicas?

Óbvio que não. Como já exposto, o policial que cumpre a sua função de efetuar a prisão de um

meliante, não pode responder por crime de lesão corporal, se agiu dentro da lei. Da mesma forma, o pai não pode ser punido por educar seu filho.

No caso dos esportes, como por exemplo, o boxe, não seria admissível se instaurar um procedimento para apurar o crime de lesões corporais em desfavor do boxeador, para somente em um segundo momento analisar a licitude de sua conduta.

Na prática, já vinha se admitindo a não instauração de procedimento criminal para se apurar tais condutas, reconhecendo-se, portanto, a atipicidade delas. Contudo, as não instaurações de procedimento policial e judiciário, embora tolerados, contrariavam o ordenamento jurídico, visto que os fatos típicos ensejam a instauração de inquérito policial e ação penal.

Dessa forma, objetivando resolver esse impasse e corrigir o erro de tipificar condutas fomentadas e incentivadas pelo ordenamento, surgiu a teoria da tipicidade conglobante, a qual foi desenvolvida pelo argentino Raul Zaffaroni, e que passa ser objeto de análise a seguir.

2.2 Tipicidade Conglobante de Zaffaroni

A tipicidade conglobante, segundo Zaffaroni é a soma da tipicidade material e da antinormatividade. Assim, uma conduta para ser típica deve ser materialmente típica e também antinormativa.

Para o entendimento do tema tipicidade conglobante, importante se faz tratar, previamente, da antinormatividade, elucida Zaffaroni (2001, p. 458):

A tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que outra proíbe. Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma “desordem” arbitrária. As normas jurídicas não “vivem” isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se amontoadas em grandes quantidades.

A antinormatividade não se confunde com a antijuridicidade, a primeira refere-se a tudo aquilo que é contrário à norma e refere-se à tipicidade formal, enquanto a segunda refere-se a tudo o que estiver contrário à ordem jurídica, ou seja, aquilo que for ilícito.

Com relação à antinormatividade, a conduta somente será típica se não for fomentada ou exigida pelo ordenamento jurídico. Se a conduta é exigida ou incentivada, não há que falar em tipicidade da conduta.

Assim, por exemplo, se é exigido do policial militar que empregue força física para executar um mandado de prisão, não se pode dizer que sua conduta é proibida pelo ordenamento jurídico. Logo, não se pode falar em antinormatividade.

Com relação à antijuridicidade, é possível justificar uma conduta proibida pelo direito, mas, em nenhuma hipótese, pode-se falar que essa conduta é incentivada. Assim, admite-se que o autor de um homicídio alegue legítima defesa de terceiro, mas em nenhuma hipótese esse homicídio será incentivado pelo ordenamento jurídico.

Em se tratando de antinormatividade, o fato deixa de ser considerado típico não em face de permissões, mas, sim, em razão de mandados ou fomentos normativos. Nesses casos, a lei incentiva ou ordena a conduta a ser praticada pelo agente, de forma, que tal conduta não pode ser tipificada como crime.

Por esse motivo, em se tratando de estrito cumprimento do dever legal, não comete crime quem pratica o fato exigido pela lei. Quando um policial é obrigado a invadir a residência de determinada pessoa para cumprir um mandado de prisão, o policial não pode responder por invasão de domicílio.

Com relação ao exercício regular de direito, ensina Gomes; Molina (2009, p. 242) que “o exercício regular de direito é uma mera questão de liberdade de ação, garantida por uma norma”. Se um ladrão vem a óbito devido ao choque causado pela cerca elétrica e a cerca está com altura certa, potência certa e alertas, o responsável pela cerca

elétrica não responderá pelo crime de homicídio, visto que a colocação de ofendículos constitui exercício regular de direito, portanto não há desaprovação da conduta, excluindo assim a tipicidade material, logo o fato será atípico.

Nesse sentido, vale observar que o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal são fatos atípicos, considerando, além da antinormatividade, também a dimensão material da tipicidade.

Quando foram tratados os requisitos da tipicidade material, tratou-se do requisito desvalor da conduta, segundo o qual o fato somente pode ser tido como típico, quando a conduta do sujeito cria ou incrementa riscos proibidos e relevantes (GOMES, 2006).

Se as condutas são exigidas ou incentivadas pela lei, não se pode falar em desvalor da conduta, pela criação de riscos proibidos relevantes, visto que a própria legislação exige ou incentiva que o agente exerça aquela conduta.

No caso do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito, a conduta do agente é incentivada e obrigatória, de forma que não pode ser desvalorada, não se falando, então, em tipicidade no plano material.

Assim, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito revelam a prática de condutas exigidas e incentivadas pela lei, logo não são antinormativas. Além disso, a conduta justificada por estes institutos são materialmente atípicas, haja vista que a conduta praticada nessas circunstâncias não é desvalorada pelo direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, restou demonstrado que o Código Penal, em seu art. 23, inclui no rol de causas excludentes de antijuridicidade o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, considerando as condutas praticadas nessas condições como típicas, porém lícitas. Contudo, o posicionamento atual desses institutos como causas excludentes de antijuridicidade não tem sido adequado, conforme se demonstrou

amplamente.

Vale lembrar que quando um policial é obrigado a invadir a residência de outrem para cumprir um mandado de prisão, está agindo no estrito cumprimento do dever legal, visto que o Estado impõe que aja assim, dessa forma, considerando a dimensão material do fato típico, a conduta do policial não é materialmente típica.

Sendo assim, não seria cabível a instauração de nenhum procedimento criminal contra o agente que pratica a conduta nessas circunstâncias, pois a conduta é exigida pela lei, de forma que o agente deverá praticá-la sob pena de ser sofrer sanções na esfera administrativa, bem como penal.

Nesse ínterim, utilizando-se dos conceitos de antinormatividade e tipicidade material, Zaffaroni criou a teoria da tipicidade conglobante, segundo a qual se uma norma permite uma conduta outra não pode proibi-la, ou seja, tipificá-la como crime, pois o direito é um bloco monolítico, e deve ser analisado de maneira conglobada.

Conforme demonstrado, para um fato ser típico, considerando sua dimensão material, deve ter preenchido três requisitos materiais, dentre os quais se incluem o desvalor da conduta, de forma que uma conduta somente será típica se criar ou incrementar riscos proibidos e relevantes.

Assim, em se tratando de estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, não se poderia falar em criação de riscos proibidos e relevantes, visto que a conduta praticada pelo sujeito é fomentada e até mesmo exigida pela lei, não devendo, portanto, ser desvalorada.

Por outro lado, considerando a antinormatividade, se uma norma permite e incentiva determinada conduta, não se pode admitir que tal conduta seja contrária ao ordenamento jurídico, ainda que, por exemplo, a norma que incentive esteja em uma lei esparsa e a norma proibitiva esteja no Código Penal, isso porque o sistema normativo é indivisível, as normas penais e todas as demais normas devem ser analisadas em sentido amplo. É inadmissível que

em um sistema jurídico uma norma tipifique uma conduta e, ao mesmo tempo, outra ordene ou fomente tal conduta.

A teoria da tipicidade conglobante apresenta grande avanço na teoria da tipicidade, pois justifica medidas que já vinham sendo adotadas na prática, como por exemplo, a não instauração de Inquérito Policial para apurar condutas praticadas por policiais militares no exercício de suas funções.

Por outro lado, também corrige distorções no campo da tipicidade, desconsiderando típicas condutas fomentadas ou exigidas pela lei. Nesse sentido, o próximo passo é a adequação do Código Penal, retirando definitivamente o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito do rol das causas de exclusão da antijuridicidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Lex: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>. Acessado em 7 de agosto de 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: Parte Geral – Teoria Constitucionalista do Delito. 2 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. Direito Penal: Parte Geral: Volume 2. 2 ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2009.

MARTINS, Juliana Nogueira Galvão. Tipicidade: Conceito e classificação. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22427>>. Acesso em: 27 jul. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ROXIN, Claus. Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal – Tradução e Introdução de Luiz Greco. São Paulo: Renovar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 3 ed., rev. e atual. – São Paulo: RT, 2001.

POLÍTICAS INCLUSIVAS DO PORTADOR DE HIV/AIDS SOB O OLHAR DA BIOÉTICA

Denize Pommer¹
Patrícia Spagnolo Parise²

RESUMO

A presente pesquisa tem o escopo de analisar no âmbito da bioética da intervenção os parâmetros legais direcionados aos portadores e doentes de HIV/AIDS, através do estudo desenvolvido a partir da leitura de obras renomadas, artigos científicos, bíblia, revistas, e a legislação geral e específica. Em uma análise prévia do tema, discorre-se uma noção histórica das doenças contagiosas desde os tempos de Jó (livro do Antigo Testamento da Bíblia), aprofundando o conhecimento sobre tais enfermidades. Verifica-se ainda, a discriminação, dificuldades em geral e a falta de aplicabilidade dos direitos dos portadores do vírus/doença. Desse modo, se busca a aceitação social, e o esclarecimento sobre a proteção legal que não está apenas na Constituição Federal brasileira, mas sim, de forma específica, através de legislação criada especialmente para tratar dessa Síndrome da Imunodeficiência Humana. Os portadores de HIV/AIDS, em sua grande maioria desconhecem os direitos humanos em sua totalidade, e os benefícios legais e exclusivos à situação em que se encontram. A inclusão social, e integralização entre médicos, pacientes e familiares são muito importantes, para que haja um tratamento com resultados eficientes visando beneficiar o maior número de pessoas, trazendo melhorias tanto para os portadores, quanto para os espectadores, que em resumo, se firma no trabalho de verificação da aplicabilidade da lei em relação aos doentes virais, e sua qualidade de vida.

PALAVRAS-CHAVES: AIDS, HIV, legislação, inclusão, pacientes.

1 INTRODUÇÃO

Os estudos inerentes à bioética incumbem atualmente uma dedicação especial à saúde pública, e suas preponderâncias, em que se discutem moralmente os efeitos resultantes do avanço tecnológico das ciências da área da saúde, bem com a intervenção social, e as doenças letais, como é o caso da AIDS.

Em um breve relato histórico, pode-se verificar a importância do tema que é bastante relevante, pois, doenças contagiosas como a AIDS, existem há milhares de anos, e produzem os mesmos sofrimentos e preconceitos suportados pelos viventes do passado.

A conscientização das pessoas sobre o tema abordado é de mera importância, pois, mesmo havendo políticas públicas disponíveis à informação da população, não se alcançará o objetivo de amenizar e controlar os sintomas da doença, tampouco, de “exterminar” com as discriminações e rejeições da sociedade, que atingem a honra e a dignidade dos portadores.

E a partir de tal preocupação, questiona-se se seria possível harmonizar, à luz da bioética, esclarecer e informar os portadores do vírus HIV, sem que haja discriminação, podendo se chegar a um patamar de igualdade de atendimentos e benefícios, como dispõe o princípio da isonomia humana, que rege de maneira proporcional e qualitativa as viabilidades de tratamento ao ser

¹Aluna de graduação, Curso de Direito, Universidade de Rio Verde (FESURV). E-mail: denizepm@hotmail.com

²Orientadora, Profa. Faculdade de Direito, Universidade de Rio Verde (FESURV). E-mail: ps.parise@hotmail.com

infetado pela síndrome da imunodeficiência humana.

2 NOÇÕES HISTÓRICAS DAS DOENÇAS – AIDS – REFERENCIADAS NA BÍBLIA

A abordagem desse tema pode ser bem polêmico, se levar em consideração que na época de Jó, não existia a moléstia da Aids, porém, já existiam doenças graves, contagiosas e fatais.

No entanto, lendo algumas passagens bíblicas do Livro de Jó, as doenças que existiam na época não eram denominadas e caracterizadas como as que existem hoje, porém, se olharmos com mais atenção e percepção, veremos que os sofrimentos causados por tais desgostos eram os mesmo que habitam nos corações e sentimentos humanos atualmente. Vejam-se comentários sobre o Livro de Jó:

Lê-lo e contextualizá-lo, com os olhos comparativos voltados para os tempos de Aids, me leva a categorizá-lo como obra literária arquetípica. Os doentes de todas as épocas estão nela representados. Relê-la, pensando no cotidiano dos soropositivos, reforça a ideia da comunhão universal dos que tem a doença. (O mundo da Saúde, 2002, p.17).

Nesse âmbito, tem-se que todos os sofrimentos físicos e intelectuais decorrentes de doenças maléficas suportadas nos tempos de Jó, são os mesmos dos seres humanos dos tempos modernos. Existe apenas uma diferença, que é o lapso temporal, e a maneira como se lida com tais enfermidades. Contudo, são as doenças como a Aids, que desde o tempo de Jó, despertam o íntimo do ser humano portador da enfermidade e seus familiares para os dissabores prevalentes da doença, que os fazem refletir e temer a Deus, ou a outra crença, do mesmo modo, pelo menos, com a mesma fé (O mundo da Saúde, 2002, p. 17).

No mencionado livro de Jó, a questão do sofrimento afeta toda a estrutura emocional do ser humano, e o próprio Jó dá um sentido a esse sofrimento, pois, segundo ele, a condição humana é questionável através de seus atos, maléficos ou benéficos. Contudo, traz uma mensagem de fé e

perseverança, que mesmo com todo dissabor da dor, é capaz de manter-se na fé e até ser curado por ela (O mundo da Saúde, 2002, p.18).

Todavia, importante é ressaltar que através dos relatos bíblicos e as peças teatrais extraídas da história da doença de Jó, o que realmente vale são os meios encontrados por artistas e pessoas dedicadas à proteção dos direitos e garantias existentes em favor dos portadores de síndromes, para disseminar as benfeitorias e leis que subsistem em favor desses doentes.

Ou seja, um meio dos combatentes, que lutam em prol da vida, e da dignidade dos enfermos, denunciarem as irregularidades da lei, ou a sua não aplicação, ou ainda, as inconformidades nos atendimentos médicos, terapêuticos e psicológicos destinados a tais pacientes (O mundo da Saúde, 2002, p. 27-28).

Analizando profundamente o caso em comento, tem-se que desde os tempos de Jó, existem leis que protegem os fracos e oprimidos (doentes), no caso, são as Leis Divinas que denegam a cura ou o sofrimento, dependendo dos atos praticados pelos fiéis (o bem ou o mal).

Hoje, muito embora, os fiéis não temem com tanta veemência as Leis Divinas, existem as Leis Humanas, que os protegem, ou desamparam, mas como dizia Jó, depende dos atos praticados, ou das circunstâncias em que vivem os cidadãos no mundo.

Tais circunstâncias podem ser a qualidade de vida, a desigualdade social, a falta ou impedimento de oportunidades de emprego, estudo, ou ainda, a discriminação racial, social, todas essas diferenças, são amparadas e garantidas pela legislação, e também por leis especiais criadas para cada caso, como é o dos portadores de Aids, isso, desde os tempos da lepra, dos males e feridas incuráveis das histórias bíblicas (O mundo da Saúde, 2002, p.16 à 28).

São Tomás dizia: "do mal vem o bem". Pois, uma situação física de fragilidade do ser humano, que é a AIDS, vista como má acabou desencadeando outras reflexões ditas positivas sobre o assunto (GOLDIM, 2008).

Essas reflexões, tais como, a discussão sobre a sexualidade humana, o risco de doenças contagiosas, como é o caso do vírus HIV, a necessidade de medidas de proteção universais sobre a saúde, e as campanhas esclarecedoras tanto sobre a maneira de contágio das doenças, quanto em relação aos direitos dos infectados e portadores de AIDS/HIV.

Desse modo, seja juridicamente, seja solidariamente, a defesa ao direito à vida é foco primordial das ONGs, e serviços públicos, embora ainda pouco conhecidos pelas classes baixas do nosso município e diversos outros lugares.

2.1 A Bioética, Intervenção e a Diversidade de Leis aos Portadores de Hiv/Aids

No mundo atual e globalizado, nota-se que a intolerância com a diversidade que marca a ruptura exposta no choque que caracteriza o confronto moral e o conflito ético é a sociedade consumerista.

O consumismo é uma marca registrada na sociedade, que cada vez mais valoriza o consumo e faz com que o ser humano perca seu amor próprio, que é essencial ao reconhecimento do eu, ou seja, não valoriza a moral e a ética como deveria, deixando-se explorar ou encantar-se por futilidades ou prazeres externos, que são inerentes aos cuidados com a vida e o amor ao próximo. Assim, o mundo da capitalização quando exagerado e sem preceitos morais, chega a provocar o desrespeito à integridade física e moral dos seres humanos, e ainda, desperta a violência, o desleixo com a saúde, para manter seus privilégios de compra e de status da sociedade.

Esse mundo desigual, no qual uns tem a possibilidade de sentir prazer, enquanto a outros resta possibilidade de estarem imersos no sofrimento, configura o panorama que em nosso entendimento justifica uma bioética de intervenção (O mundo da Saúde, 2002, p.14).

A bioética da intervenção aparece para disponibilizar e garantir alguns direitos aos seres humanos que vivem no mundo da miséria ou

sofrimento, seja esse mundo, físico ou mental. Assim como existe o consumo, por outro lado existe uma corrente “do bem” quebrando paradigmas, com propostas e segmentos capazes de influenciar e desenvolver estudos e atividades que tratam da igualdade no cotidiano de seres humanos e proporcionando ainda uma ideia de humanização entre o poder e a justiça (O mundo da Saúde, 2002, p.14).

Os princípios bioéticos da beneficência, autonomia e justiça são regidos pela constituição brasileira que discorre sobre os direitos sociais do povo brasileiro.

A beneficência é o critério ético mais antigo, tendo como base o modelo hipocrático. “Fazer o bem”, “não causar danos”, constituem as máximas da ética da beneficência (O mundo da Saúde, 2002, p.137).

Esse princípio rege que não se deve em hipótese alguma prejudicar, ou deixar de fazer o bem a alguém, principalmente no âmbito da saúde, pois, a pessoa enquanto paciente, ou portadora de uma doença grave, necessita mais do que nunca da atenção, carinho, e cuidados especiais, que no caso, serão dos médicos, enfermeiros, e outros auxiliares que prestam os primeiros atendimentos aos doentes (O mundo da Saúde, 2002, p.136-137).

Quanto ao princípio da autonomia, tem-se o seguinte:

É a capacidade de decidir por si mesmo nas questões que dizem respeito a si próprios. Do ângulo da ética, é o agir segundo os princípios morais considerados como guias básicos para a convivência em sociedade (O mundo da Saúde, 2002, p.137).

Seguindo esta ótica, afere-se que através da autonomia, os médicos e pacientes têm o poder de agir conforme sua vontade, podendo intervir em decisões importantes, porém, respeitando a ética, a moral, ou seja, ressalvando-se para o princípio da beneficência, de forma inovadora, deixando de certa maneira o tradicionalismo moral e ético da antiguidade (O mundo da Saúde, 2002, p.137).

O princípio da justiça no que tange a esse

tema, versa principalmente sobre a saúde e, é um princípio antigo que sofreu muitas passagens na história, enfatizando que não importa o nível cultural, de renda, todos os seres humanos devem ter as mesmas prioridades, os mesmos direitos, garantindo que tanto pacientes como profissionais da saúde sintam-se amparados pela norma legal que os protegem (O mundo da Saúde, 2002, p.137).

As garantias individuais do ser humano devem ser asseguradas principalmente quando se trata de saúde, pois, especialmente nesse caso, a fragilidade e impotência diante de fatos, como doenças graves e fatais, fragilizam e desestabilizam as pessoas, ou seja, famílias e grupo de amigos.

Por tal motivo, seria necessário criar políticas públicas no intuito de garantir alguns direitos que são possíveis de serem aplicados, e principalmente de terem efetividade ajudando pacientes, que padecem pelo fato de possuírem uma anomalia e, também, pelo fato de serem muitas vezes rejeitados e sofrerem diversos tipos de preconceitos e discriminações da sociedade (LENZA, 2004, p.412).

A Constituição Federal Brasileira dispõe em seu artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Inciso III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (Brasil, 2011, p.3-4).

Essa igualdade que é tão almejada no Brasil e no mundo, depende principalmente da integridade e ética do ser humano. Quando se fala em igualdade, quer dizer que se deve tratar de maneira igual, os iguais e de maneira desigual, os desiguais na medida de sua igualdade, ou seja, as pessoas portadoras de doenças, como a AIDS, devem receber sim tratamento diferente, ou seja, desigual, mas de maneira que seus princípios, e valores sejam respeitados e não discriminados pela sociedade, e principalmente no ambiente em que

se busca tratamento como hospitais e centros de saúde especializados (LENZA, 2004, p. 412- 413- 414).

Como se pode observar, ao deparar-se com um doente de AIDS, as pessoas ficam receosas, inseguras e acabam constrangendo o portador. Isso pode se dizer que é a desigualdade, pois, tratar esse portador de maneira igual, seria respeitá-lo e interagir com o mesmo, sem deixá-lo constrangido, envergonhado, não fazendo distinção quanto seu estado físico de saúde.

O indivíduo fica vulnerável a partir da descoberta do vírus ou da síndrome, e nesse caso, é preciso ser “natural” para aceitar e ser aceito, devendo os valores morais que facilitam ou impedem a compreensão social da doença, serem divulgados em ambientes educacionais, nos meios de comunicação e interação social, facilitando ou proporcionando esclarecimento aos pacientes e não- pacientes (LOYOLA, 1994, p.29).

O desrespeito a qualquer uma dessas garantias individuais e coletivas expressas no artigo 5º, no que tangem principalmente ao direito à vida, e ao princípio da igualdade, ferem substancialmente a aludida norma, de modo, que essa isonomia substancial, se torna uma ilusão, ou seja, um ideal, que muitas vezes é almejado, mas infelizmente não é reconhecido da maneira como poderia ser (BOURDIEU, 1997, p.10; DOUGLAS, 1998).

Em análise à isonomia que se refere à Constituição Brasileira, essa igualdade de que tanto se comenta, nada mais é que a proteção a certos grupos sociais, que merecem tratamento diferente do habitual, por se tratar de particularidades como atos discriminatórios, oportunidades (estudo, emprego, carreira), renda financeira, que são fatores importantes no quesito de desigualdade no país (LENZA, 2004, p. 412- 414; GOFFMAN, 1988, p.41).

Assim, a discriminação, tanto social quanto física, proporciona variabilidade, e inconstância no tratamento aos portadores do vírus HIV, causando frustrações e medo, e receio até mesmo de procurar um médico e frequentar centros de saúde

especializados para o tratamento da doença, em virtude desse tipo de irregularidade e preconceito, que ainda acontecem, embora estejam expressamente previstos em lei, mas que não são plenamente eficazes nesse sentido.

Os direitos constitucionais dos pacientes de HIV/AIDS, são uma questão muito importante, e que devem ser levados em consideração pelas equipes de profissionais da área da saúde, que buscam o caminho do conhecimento e os meios de exercê-los, disseminando deste modo o trabalho ético e legal podendo então, assegurar esses direitos de maneira eficiente e constante, e até mesmo em parceria com os pacientes e familiares (LENZA, 2004, p. 412- 414).

Existem diversas leis que versam sobre as garantias e dignidade dos portadores e doentes de HIV/AIDS, como a Lei nº 7.670/88, que prevê alguns benefícios aos sujeitos infectados, como faz referência Maria Helena Diniz (2007, p.203- 204- 205), quais sejam:

- a) o direito à livre escolha de emprego (CF, arts.5º,XIII, 6º, 7º e 8º);
- b) direitos trabalhistas, previdenciários e acidentários (CF, art.5º XLI, e 3º, IV);
- c) assistência domiciliar e terapêutica, no âmbito do SUS, ao atendimento médico hospitalar, acesso gratuito aos novos medicamentos, se não tiver recursos financeiros, técnicas de cura e preparo psicológico para conviver e em harmonia com a doença (Lei 9.313/96);
- d) direito de locomoção sem qualquer impedimento;
- e) educação;
- f) à privacidade, à intimidade e a garantia do sigilo sobre seu estado de saúde;
- g) prática desportiva;
- h) auxílio doença e assistência social independentemente do período de carência da contribuição à seguridade social;
- i) à liberação do FGTS (Lei complementar nº 110/2001 e Decreto 3.913/2001, e do PIS para tratamento de saúde;

j) à vida (gravidez);
l) a alimentos (CC, art.1696), dentre outros.

No Brasil, os médicos e hematologistas responsáveis pelo controle da higidez do sangue, nos casos de doação, transfusão, serão responsabilizados civilmente e devem reparar pelo dano causado a qualquer pessoa que venha adquirir HIV/AIDS ou, algum tipo de doença contagiosa, através de transfusão ou contaminação do sangue. (DINIZ, 2007, p.196)

Todas essas leis, decretos, súmulas, foram criadas para proteger e asseverar as prerrogativas primordiais da natureza humana, e, além disso, são realizadas campanhas educativas e preventivas sobre a doença, disponibilizadas pelo governo.

Na verdade, se pode observar que não existem campanhas direcionadas exclusivamente aos portadores, e tampouco, a divulgação dos direitos específicos aos portadores da síndrome da imunodeficiência adquirida, ou seja, esse conjunto de normas criadas especificamente para a proteção e conforto, já que possuem uma anomalia fatal. Todavia, se essas peculiaridades do direito fossem divulgadas, provavelmente a doença seria controlada e viabilizaria uma qualidade de vida favorável por muito tempo, sem que ocorra uma fatalidade, ou seja, a morte do sujeito infectado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A bioética de intervenção repousa sua importância na contemporaneidade, e em lidar com a busca da aceitação social, discriminação por idade, razões sociais, raciais e até mesmo religiosas, ligados aos pacientes portadores da doença, procurando esclarecer aos infectados pelo vírus HIV, que os mesmos, são protegidos não somente no âmbito constitucional, mas de forma específica, através de legislação criada especialmente para tratar dessa Síndrome da Imunodeficiência Humana. Assim, utilizando-se dos recursos jurídicos disponíveis, ressaltando os direitos em relação às situações de atendimento, programas governamentais, programas de saúde, entre outros

relativamente afins, e também, viáveis às necessidades dos portadores dessa moléstia, busca-se sempre visar e beneficiar o maior número de pessoas, pelo maior espaço de tempo, trazendo as melhores consequências públicas e coletivas possíveis, tangentes aos seres humanos soropositivos. Nesse âmbito, um meio de atenuar os problemas enfrentados pelos pacientes soropositivos seria uma campanha esclarecedora, e que abrangesse todas as classes sociais como forma de prevenção e até mesmo de autocuidado, e no caso dos portadores de HIV, uma campanha a fim de instruir quanto aos seus direitos e garantias, estabelecidas em lei, que já existe, e é específica, dispendo de diversos benefícios aos infectados pelo vírus da imunodeficiência humana.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Constituição Federal, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 4^a.ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOUGLAS M. Pureza e Perigo. Lisboa: Edições 70, 1991.
- GOFFMAM E. Estigma.: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4^º ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988
- GOLDIM, José Roberto. Bioética - AIDS, Direitos Humanos e Ética, 2008, <http://www.drashirleydecampos.com.br/notícias/22801>.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 7.ed. Rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Método, 2004.
- O mundo da Saúde – Bioética uma perspectiva brasileira, Centro Universitário São Camilo. São Paulo, 2002, editora Centro Universitário São Camilo. trimestral (janeiro/março de 2002).
- O mundo da Saúde – Bioética Humanização em Saúde, Centro Universitário São Camilo. São Paulo, 2003, editora Centro Universitário São Camilo. Trimestral (abril/junho de 2003).

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO INCLUSIVA PARA O PORTADOR DA SÍNDROME DE DOWN NO MUNICÍPIO DE RIO VERDE

Pauliney Costa e Cruz¹

Patrícia Spagnolo Parise²

RESUMO

A educação inclusiva é um dos direitos básicos da pessoa portadora de necessidades especiais e, no caso em tela, daquelas acometidas pela síndrome de Down. Ao lado dos princípios da igualdade e da dignidade humana, a educação inclusiva é um direito fundamental e dever do Estado, nos moldes da Constituição Brasileira de 1988 e legislação infraconstitucional. Nesses termos, cabe aos municípios brasileiros, em tela o de Rio Verde, nos parâmetros da legislação federal, criar políticas de atendimento educacional a esses indivíduos ditos especiais. Questiona-se, contudo, se tais políticas existem e, em caso afirmativo, se possuem efetividade no contexto social da cidade. Assim, objetiva o trabalho pesquisar no âmbito do Município, as eventuais políticas públicas voltadas à educação inclusiva do sujeito com síndrome de Down e sua real efetividade. A metodologia abrangeu pesquisa bibliográfica para a escritura desse artigo, com coleta de dados estatísticos sobre a quantidade de portadores da Síndrome matriculados na rede regular municipal, na Escola Dunga de Educação Especial e na Escola de Ensino Especial Bom Pastor. Saliente-se, contudo, que a pesquisa não foi conclusiva, na medida em que a coleta de dados deverá ser atualizada até o final da execução do projeto que deu origem a este artigo, de conformidade com o planejamento do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Fesurv – Universidade de Rio Verde.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa versa sobre a educação inclusiva do portador da Síndrome de Down, em especial, no município de Rio Verde – GO e vem sendo desenvolvida em conformidade com o projeto de mesmo título apresentado e aprovado pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade de Rio Verde – FESURV, cuja execução se desenrolará durante o ano de 2011, de fevereiro a dezembro.

A educação inclusiva já não pode mais ser deixada para depois. O Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Cidadã de 1988 não permite que haja mais delongas na efetivação dos ideais de solidariedade, igualdade e dignidade do Estado Brasileiro. Cada município desse País e, aqui em foco, o rioverdense, tem seu papel nesse cenário que urge pela inclusão do portador da síndrome de Down na sociedade, bem como pelo fim da discriminação em virtude das diferenças. Assim, justifica-se a pesquisa em razão da expressividade do tema na atualidade, em especial, na realidade do Município de Rio Verde. Além disso, vale mencionar que o direito à educação inclusiva destina-se a todos os indivíduos portadores de necessidades especiais. Contudo, tais necessidades são diversas, com diferentes particularidades, fato que poderia tornar o estudo demasiadamente complexo. Por esta razão, a pesquisa abrange, apenas, o sujeito portador da Síndrome de Down para a confecção do presente

¹Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde – Fesurv.

²Orientadora, professora mestre de Direito Constitucional do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde – Fesurv.

trabalho.

Objetiva-se, inicialmente, a partir do projeto de pesquisa em desenvolvimento, verificar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema e, em um segundo momento, verificar as políticas implantadas pela Secretaria Municipal de Educação, que estejam voltadas à educação inclusiva. Além disso, pretende-se coletar dados estatísticos sobre a quantidade de indivíduos acometidos pela Síndrome nas escolas da rede regular de ensino do Município e nos centros de educação especial, para que seja possível agregar informações ao referencial teórico inerente à pesquisa. Isso possibilitará que se atinja o objetivo principal do estudo, que é analisar as eventuais políticas públicas desenvolvidas em Rio Verde, para viabilizar a educação inclusiva do portador da Síndrome de Down, além de pontuar sugestões para uma efetiva política educacional inclusiva, capaz de melhor integrar a pessoa com síndrome na sociedade rioverdense.

Para tal estudo utilizar-se-á a pesquisa exploratória e bibliográfica, além da coleta de dados estatísticos.

Por fim, vale ressaltar que para a composição desse artigo científico envolve o referencial teórico da pesquisa, agregado a alguns dados estatísticos coletados, que, entretanto, deverão ser atualizados, em conformidade com cronograma do projeto que deu origem à mesma.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais nasceram com o Cristianismo, viajando por várias épocas e passando por revoluções até chegar aos dias de hoje (LENZA, 2009, p. 672).

Ferreira Filho (1999, p. 282), citado por Lenza (2009, p. 672), aponta que:

(...) a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais as cartas de franquia continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe sobre vários direitos fundamentais previstos e garantidos.

Lenza (2009, p. 670) ensina que:

A doutrina, dentre vários critérios, costuma classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos (lembrando a preferência da doutrina mais atual sobre a expressão "dimensões dos direitos fundamentais da seguinte forma:

- a) Direitos humanos de primeira geração: (...) mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade;
- b) Direitos humanos de segunda geração: (...) privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade;
- c) Direitos humanos de terceira geração: (...) em que o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade;

Direitos humanos de quarta geração: (...) decorre dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético.

2.1 Características dos Direitos Fundamentais

Alexandre de Moraes (2006), citado por Paulo e Alexandrino (2007, p. 95), sintetiza como principais características dos direitos fundamentais:

- a) Imprescritibilidade (os direitos fundamentais não desaparecem pelo decurso do tempo);
- b) Inalienabilidade (não possibilidade de transferência dos direitos fundamentais a outrem);
- c) Irrenunciabilidade (em regra, os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia);
- d) Inviolabilidade (impossibilidades de sua não observância por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas);
- e) Universalidade (devem abranger todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou

- convicção político-filosófica);
- f) Efetividade (a atuação do poder público deve ter por escopo garantir a efetivação dos direitos fundamentais);
 - g) Interdependência (as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades; assim a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como à previsão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial).
 - h) Complementaridade (os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas, sim, de forma conjunta com a finalidade de alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte).

2.2 A educação como um direito fundamental

Dentre os direitos fundamentais, o direito à educação reveste-se de fulcral importância. Chimenti (2009, p. 567) ensina que:

A educação é direito social que tem disciplina nos arts. 205 a 214 da Constituição. Cuida-se de direito público subjetivo e de um dever do Estado. Diz o art. 205 que a educação é direito de todos, confirmado, assim, que se reveste da universalidade característica dos direitos sociais. É dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Destaca-se, para fins do presente estudo, o direito à educação inclusiva estendida ao portador de deficiência, atribuindo ao Estado, em seu art. 208, III, o dever de prestar atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, de preferência, na rede regular de ensino. (BRASIL, p. 155, 2010).

Salienta-se que tal preceito magno é regulamentado pelas Leis: 9.394/96 (arts. 58 e 59) e 7.853/89 (art. 1º, I), além do Decreto 3.298/99. Tais dispositivos legais corroboram o dever do Estado em prestar a devida assistência às pessoas com necessidades especiais, inclusive àquelas com

síndrome de Down, criando políticas de estruturação do espaço físico, do profissional que irá lidar com esses indivíduos especiais, bem como de apoio psicológico, garantindo o acesso às instituições educacionais, desde o ensino básico ao superior.

Sajón (1995, p. 153), citado por Muniz (2002, p. 245), afirma que:

O art. 5º da Constituição Federal estatui que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Quase todas as legislações vigentes têm como fundamento o princípio da igualdade. De fato, tem havido um crescimento mundial de um movimento humanístico, em que se procura decepar toda e qualquer diferença entre os seres humanos, não só de raça, cor, religião, sexo, condição social, mas também as desigualdades intelectuais e físicas. A Declaração dos Direitos Humanos de 1948, dos Direitos da Criança, de 1959, assim como a Carta das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos e a Convenção, proclamam que todos os seres humanos, sem discriminação de raça, religião e condição social, têm direito ao bem-estar material e ao seu desenvolvimento espiritual.

Ademais, conforme salienta Mello (1997, p. 627), citado por Muniz (2002, p. 246):

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 estabeleceu, no artigo 23, princípios e metas a serem atingidos em favor do deficiente, a saber: “1. Os Estados-partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.”

O fato é que, com o advento da Constituição Brasileira de 1988, uma nova visão do Direito é inaugurada no País, com fulcro na solidariedade social, voltada, inclusive, para a integração social da pessoa com necessidades especiais.

Vale mencionar, também, que os esforços para a concretização da educação inclusiva no Brasil se apoiam nas diretrizes do Direito Internacional. À guisa de exemplo, a Declaração de Salamanca, assinada em 10 de julho de 1994, estabeleceu diversos princípios, políticas e práticas em educação especial, bem como regras padrões sobre equalização de oportunidades para pessoas

com deficiências, as quais demandam que os Estados assegurem a educação inclusiva. (MEC, s/d).

2.3 O indivíduo com Síndrome de Down

Cabe explicitar que se abordou nesse estudo, especialmente, o portador da Síndrome de Down, em virtude das particularidades de seu estado de deficiência mental, conforme melhor explicitado a seguir.

A Síndrome de Down, segundo explicam os especialistas, não inviabiliza a aprendizagem (que, é claro, será reduzida em relação às pessoas não acometidas pela síndrome) ou a integração social do indivíduo por ela acometido. Na realidade, os estudos indicam que é de suma importância para o desenvolvimento da criança com a síndrome, que ela possa conviver com as outras crianças e apreender conhecimentos, pois só assim, ela terá uma vida normal. Entendida como uma condição genética na qual existe um material cromossômico excedente ligado ao par de número 21 e por isso também é chamada de trissomia do 21, as pessoas com a síndrome Down apresentam, em consequência, retardo mental (de leve a moderado) e problemas clínicos associados, como inclinação das fendas palpebrais; pequenas dobras de pele no canto interno dos olhos; língua aumentada e proeminente; achatamento da parte de trás da cabeça; fonte nasal achatada; orelhas menores; boca pequena; tônus muscular diminuído; ligamentos soltos; mãos e pés pequenos; pele na nuca em excesso; palma da mão com uma linha cruzada (linha simiesca); distância entre primeiro e segundo dedo do pé aumentada; mal-formações em órgãos desde seu nascimento: as principais são as do coração, atingindo 30% dos portadores de síndrome de Down; mal-formações do trato gastrointestinal, como estenose ou atresia do duodeno, imperfuração anal, e doença de Hirschsprung; perda auditiva condutiva; problemas de visão; alguns tipos de leucemia têm maior incidência; crianças com síndrome de Down; pessoas com

síndrome de Down desenvolvem as características neuropatológicas da doença de Alzheimer em uma idade muito mais precoce (Banco de Saúde, 2010).

2.4 A educação inclusiva e a Constituição de 1988

Diante de tais explanações, torna-se visível que a educação inclusiva dos portadores da síndrome é uma questão de justiça e de atendimento aos preceitos maiores inseridos na Constituição do Brasil, na afirmação do princípio da igualdade e, principalmente, da dignidade humana. Além disso, vale ressaltar que a grande importância da educação inclusiva é proporcionar situações que permitam a interação escolar e, especialmente, social de deficientes e não deficientes.

Frise-se, ainda, que o processo de inclusão na condição da deficiência mental não é um processo fácil, na medida em que não é possível dispor de um perfil único de atendimento, ao contrário, é necessário um esforço conjunto entre Poder Público, educadores, família e psicólogos, bem como se estabelecer um repensar social no intuito de se abolir a discriminação, como bem expõe Alves (2006, p. 36):

Não basta que se reconheça o cotidiano de exclusão escolar, preciso que se promova a ruptura do processo de reprodução das estruturas excludentes que nos cercam e, de certa forma, nos sufocam numa “cortina de fumaça” de preconceitos cristalizados. Pra reconhecer e assumir a diversidade, há que se redimensionar o olhar, desalojando o instituído. Olhar a diferença no sentido de perceber que ela rotula, marca, discrimina, é tão importante quanto olhar para além da diferença, não permitindo que ela se coloque como poderosa força de exclusão. Que possamos fazer parte do grupo de pessoas preocupadas em combater a lógica da cultura do preconceito, que desejam a ruptura dos processos de reprodução ideológica, a desconstrução das verdades instituídas e o desafio de lutar por uma sociedade e uma escola melhor para todos.

2.5 Políticas Públicas de Educação Inclusiva no Município de Rio Verde

Na cidade de Rio Verde existem dois centros

especializados de atendimento ao portador da síndrome: a Escola Dunga de Ensino Especial, que atende 19 (dezenove) alunos, desde bebês a partir de dois meses, até jovens e adultos e a Escola de Ensino Especial Bom Pastor, que atende 04 (quatro) alunos com a síndrome.

Além disso, conforme dados coletados junto à Secretaria Municipal de Educação, foram matriculados na rede regular de ensino, no 1º semestre de 2011, 10 (dez) alunos com a síndrome, distribuídos conforme tabela a seguir:

ESCOLA	NÚMERO DE ALUNOS COM SÍNDROME DE DOWN
EMEF Lybia Vidal Silva	01
EMEF Alfredo Nasser	02
EMEF Profª. Maria Dulce Rocha Barbosa	02
EMEF Dr. Checo	01
EMEF Clodoveu Leão Almeida	01
EMEF Dr. João Barbosa Neto	01
EMEF Olinda Ataídes/EMEF Vila Renovação	01
EMEI Pão da Vida	01
TOTAL	10

Observa-se que o número de indivíduos com a síndrome é bastante pequeno na rede regular de ensino.

A partir de dados coletados nas duas escolas de ensino especial do município de Rio Verde, constatou-se que, em agosto de 2011, a Escola Dunga de Ensino Especial passou a contar com 19 (dezenove) alunos com Síndrome de Down, entre

bebês a partir de dois meses, jovens e adultos, ressaltando-se que aqueles com menos de quinze anos são alunos da rede regular, enviados para atendimento especial. E a Escola de Ensino Especial Bom Pastor recebeu 04 (quatro) indivíduos na mesma condição, que, entretanto, não estão inseridos na rede regular.

Vale ressaltar que, em termos da legislação municipal voltada aos portadores de necessidades especiais, destaca-se a Resolução n. 009/2010, do Conselho Municipal de Educação de Rio Verde – COMERV, que fixa normas complementares para o atendimento educacional especializado na rede pública municipal, modalidade educação especial, da qual destaca-se, in verbis, o seguinte dispositivo:

Art. 4º. A Educação Municipal deve constituir e manter funcionando um setor responsável pela Educação Especial, dotada de recursos humanos e materiais para viabilizar e dar sustentação ao processo de escolarização dos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação e de construção da educação inclusiva, na área de sua competência (COMERV, 2010).

Em se tratando de políticas públicas municipais, destaca-se a nota publicada na Folha de Rio Verde, em agosto do corrente, em que o Secretário Municipal de Educação, Levy Rei de França, declarou que a rede municipal de ensino de Rio Verde seria contemplada com 35 salas de recursos multifuncionais voltados aos alunos com necessidades especiais (FOLHA DE RIO VERDE, 2011).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação inclusiva já não pode mais ser deixada para depois. O Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Cidadã de 1988 não permite que haja mais delongas na efetivação dos ideais de solidariedade, igualdade e dignidade do Estado Brasileiro.

Cada município desse País tem seu papel nesse cenário que urge pela inclusão do portador da síndrome de Down na sociedade, bem como pelo fim da discriminação em virtude das

diferenças.

No município de Rio Verde, no 1º semestre de 2011, a Secretaria Municipal de Educação informou que matriculou um total de 10 (dez) alunos portadores da síndrome. Em agosto de 2011, a Escola Dunga de Ensino Especial passou a contar com 19 (dezenove) alunos com Síndrome de Down e a Escola de Ensino Especial Bom Pastor recebeu 04 (quatro) indivíduos na mesma condição.

Veja-se que na rede regular de ensino o número de indivíduos com a síndrome é bem pequeno. Isso leva à observação de que, apesar de algumas estratégias já adotadas no decorrer do ano de 2011, pelo Secretário Municipal de Educação, no sentido da ampliação do número de salas – 35 – com recursos multifuncionais, voltados aos alunos com necessidades especiais na rede regular de ensino, ainda há o que se fazer para atender e estender a educação inclusiva no Município, afastando o preconceito e a discriminação. Nesse

sentido, notou-se uma efetividade parcial das políticas públicas voltadas à educação inclusiva em Rio Verde, porque não basta, somente, apoiar a estrutura física. A formação de profissionais capacitados para o trabalho com a educação especial deve ser incentivada.

Por outro lado, no que tange aos preceitos constitucionalmente previstos, observou-se que o Município tem oferecido os instrumentos necessários para o atendimento dos portadores da síndrome, em ação conjunta com as Escolas Dunga e Bom Pastor.

Frise-se, contudo, que o estudo ainda não obteve resultados conclusivos acerca da efetividade das políticas públicas voltadas ao indivíduo com a síndrome, no município de Rio Verde, uma vez que o projeto de pesquisa continua em andamento em conformidade com o cronograma de atividades proposto para seu desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. Direito constitucional descomplicado. Niterói: Ímpetus, 2007.

ALVES, Denise de Oliveira. Inclusão escolar de alunos com deficiência: expectativas docentes e implicações pedagógicas. In: Inclusão: Revista da educação especial. Ano 2, n. 3, dez. 2006.

BANCO DE SAÚDE. Síndrome de Down. Disponível em : <<http://www.bancodesaude.com.br/sindrome-down/sindrome-down>>. Acesso em: 06/11/2010.

BRASIL, Constituição da república federativa: promulgada em 1988. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHIMENTI, Ricardo Cunha [et al]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMERV. Resolução n. 009/2010, de 28 de abril de 2010. Rio Verde – GO, 2010.

FOLHA DE RIO VERDE. Período: julho a agosto de 2011.

MEC. Declaração de salamanca. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 06/11/2010.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. O direito à educação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAJÓN, Rafael. Derecho de menores. Buenos Aires: Abeledo Perroti, 1995. Apud: MUNIZ, Regina Maria Fonseca. O direito à educação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SENTENÇA DETERMINATIVA NO DIREITO BANCÁRIO CRÉDITO RURAL

Murilo Couto Lacerda¹

RESUMO

A presença da sentença determinativa, como meio hábil para solucionar os conflitos existentes no sistema financeiro agrícola é o objetivo principal desta pesquisa. O desenvolvimento do Estado-Juiz com o advento da Constituição Federal Humanista e Social, somado com o Código Civil de 2002, frente a necessidade de se aplicar a função social do contrato em detrimento do lucro excessivo, são fatores que amparam a classe produtora. Neste contexto, reafirma-se a necessidade da sentença determinativa, como a busca da paz social em sua aplicação, no caso concreto, para estabelecer novos cronogramas de pagamento, ante a ausência de capacidade financeira do produtor rural.

PALAVRAS-CHAVE: Sentença Determinativa, Contrato Bancário, Crédito Rural.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal demonstrar a importância do Estado-Juiz para cumprir a função social do contrato, com enfoque aos mútuos de caráter especial, ou seja, aqueles que afetam diretamente o produtor rural. A priori, será explicitado como surgiu e qual a importância da sentença determinativa, e quais seus principais institutos e quando aplicá-la.

Por consecutivo, importante nortear quais os fundamentos pela perduração da atual conjuntura administrativa e jurídica inferida pelos produtores

rurais, com a falta de implementação de uma política agrícola adequada ao sistema brasileiro, e demonstrar a quem os mesmos devem se socorrer.

Neste caminho, eleva-se como mecanismo capaz de se atingir a solução através de mecanismos próprios do sistema jurisdicional brasileiro, desde que este se enquadre nos requisitos legais pertinentes.

Por fim, comprovar que deve se assegurar ao produtor rural, o respeito, a dignidade, a estabilidade econômica através, da aplicação da sentença determinativa no caso concreto.

2 DA SENTENÇA DETERMINATIVA

Durante vários anos, a doutrina e a letra da lei evoluíram o conceito de sentença, por último, com adimplemento da Lei nº. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, o conceito geral de sentença passou a ser “o ato do juiz, que implica alguma das situações previstas, nos art. 267 e 269”, em resumo, consiste em ato, que põe fim ao processo julgando ou não o mérito, em atinência ao ato do magistrado a quo.

Não obstante, exige o art. 458 do CPC, que toda sentença seja composta por três requisitos formais, quais sejam, o relatório, a motivação e o dispositivo.

A fundamentação revestida como motivação, consiste em parte crucial e essencial da sentença, sendo assegurada por força de norma constitucional, insculpida no art. 93, IX da Constituição Federal, tanto é que se ausente gera nulidade da sentença.

¹Professor Universitário, advogado e especialista em Direito Processual Civil. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Bancário - Crédito Rural.

Importante, também, a parte dispositiva, que emana comando proferido pelo magistrado referente ao caso concreto posto sob a égide da tutela jurisdicional.

As sentenças, por muitos anos, foram classificadas pela doutrina conservadora como declaratória, condenatória e constitutiva, segundo Marinoni (2010, p. 419), por motivos meramente políticos e culturais. Ainda segundo Marinoni (2010, p. 420), “não importava para o direito liberal as diferenças entre pessoas e os bens”.

Na realidade atual, os tempos são outros, com a evolução histórica, cultural e política diversos outros modelos de sentenças foram surgindo, como a mandamental, a executiva, e a determinativa.

Tais características de nomenclatura foram surgindo, em função da necessidade de adaptar a norma jurídica ao caso concreto, e da obrigação do Estado entregar a prestação jurisdicional perseguida.

Neste sentido disciplina o nobre doutrinador Marinoni:

o que realmente importa é perceber que as sentenças nada mais são do que instrumentos ou técnicas processuais, que variam conforme as necessidades do direito material expressas em cada momento histórico. (MARINONI, 2010, p. 422).

“Com o passar do tempo, e o surgimento de novos direitos, passaram a ser necessárias novas técnicas para a tutela dos direitos, quando apareceram as sentenças mandamental e executiva, com base nos art. 84 do CDC e 461 do CPC” (MARINONI, 2010, p. 423).

No que tange ao tema proposto, a sentença determinativa foi conceituada com precisão, pelo nobre doutrinador Alessandro Raselli,² disciplinando que esta estabelece a relação de vontade, com amparo (motivação) em norma de caráter geral.

Não obstante, Otto Mayer³ em 1906 surgiu com o conceito de sentença determinativa, mesmo que de forma esparsa, ao se referir que o juiz deveria arbitrar à causa norma dispositiva, quando a lei fosse omissa, ou genérica.

Conforme ensinamentos de Gonçalves:

As sentenças determinativas, segundo melhor entendimento, têm um caráter próprio que as diferencia das demais classificações (declaratória, constitutiva e condenatória), por atestarem a existência de uma norma pré-existente que instrumentaliza o poder discricionário do julgador, para que desenvolva sua decisão de forma livre, desde que não lese os direitos envolvidos (GONÇALVES, 2006, P. 96).

Segundo Lunardi (2006, p. 150), a sentença determinativa possui três classificações advindas da doutrina brasileira, levando em consideração as diferentes formas de aplicação:

A tradicional processual: para explicar a sentença que regula uma situação jurídica continuada (como fixação de alimentos, por exemplo) e que, portanto, poderá ser alterada em razão de fato superveniente, não estando sujeita à imutabilidade da coisa julgada (art. 471, I, do CPC).

A de direito material: classificando as decisões que interferem em ato jurídico contratual para delimitar a onerosidade excessiva, alterando seu conteúdo: Este tipo de decisão permite a intervenção do juiz nos contratos firmados entre as partes com o objetivo de modificar as cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais e sua revisão, quando uma mudança da situação torna o cumprimento do contrato excessivamente oneroso.

A hermenêutica integrativa: quando o juiz concretiza norma imprecisa. (LUNARDI, 2006, P. 150).

O nobre Nelson Nery Junior disciplina, que o magistrado deve se atentar para os princípios da boa-fé, da equidade e do equilíbrio, para então aplicar, com efetividade comandos determinativos, que desconstituam a onerosidade excessiva:

o juiz, reconhecendo que houve cláusula estabelecendo prestação desproporcional ao consumidor ou fatos supervenientes que tornaram as prestações excessivamente onerosas para o consumidor, deverá solicitar das partes a composição no sentido de modificar a cláusula ou rever o contrato. Caso não haja acordo na sentença deverá o magistrado, atendendo os princípios da boa-fé, da equidade e do equilíbrio que devem presidir as relações de consumo, estipular a nova cláusula ou as bases do contrato revisto judicialmente. Emitirá sentença determinativa de conteúdo constitutivo-

²Studi sul potere discrezionale del giudice civile. Milano: Giuffrè, 1975.

³Otto Mayer, Monografia sobre coisa julgada substancial, Leipzig, 1906, apud Chiovenda, 1965, p. 256.

integrativo e mandamental, vale dizer, exercendo verdadeira atividade criadora, completando ou mudando alguns elementos da relação jurídica de consumo já constituída" (NERY JÚNIOR, 1999, p. 467).

Desta forma, comprehende-se que sentença determinativa é aquela que integra uma norma geral ao caso concreto posto a apreciação jurisdicional.

Destarte, infere-se que sentença determinativa acomoda ou altera elementos de uma relação pré-existente, com amparo em normas jurídicas de caráter genérico, ou seja, possibilitando que o magistrado exerça sua função de forma discricionária.

O termo "sentença determinativa", conforme indicamos, vem sendo empregado de forma genérica para designar a atuação do julgador em casos de preenchimento de vãos na aplicação da lei e de modificação do conteúdo de contratos (LUNARDI, 2006, P.150).

Raselli (1975, p. 325) disciplina sentença determinativa como, "aquela que preenche ou modifica algum elemento de uma relação jurídica já constituída, integrando relação jurídica ou a norma que é incompleta em algum de seus elementos".

Portanto, a sentença determinativa ou dispositiva como prefere Carnelutti (2000), consiste em aparelho, para alcançar a justiça do caso concreto, posto a julgamento, tendo em vista que, em determinado casos, a lei não os identifica totalmente. Nestes casos, o magistrado deve agir com uma margem de alvedrio imposto pelo próprio legislador.

A nobre doutrinadora Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto⁴ citada por Gonçalves (2006, p. 104), ao escrever sobre a divulgação destas novas teorias, o que poderia incluir as sentenças determinativas e os estatutos a elas ligados, tais como as cláusulas gerais e os conceitos vagos, afirma que estas questões propendem ao seguinte: "primeiramente fornecer ao magistrado a possibilidade de decidir a partir de outros critérios, e, em segundo lugar, analisar a realidade tal como é

de fato, para poder lidar cientificamente com elas com mais chances de acertar".

Desta forma, conclui-se que a decisão determinativa adapta ou leva elementos de uma relação pré-existente, com amparo em normas jurídicas de caráter genérico para se aplicar ao caso concreto.

2.1 Dos Contratos Financeiros no Sistema Agrícola

Se há um setor da atividade econômica, em que a função social do contrato pode ser claramente sentida é o setor agrícola, eis que o adequado abastecimento alimentar é condição básica para garantir a tranquilidade social, a ordem pública e econômico-social.

O produtor rural, seja ele pessoa física ou jurídica, em face da importância de sua atividade para a garantia da ordem pública, foi erigido como valor fonte do Direito Civil, Comercial, Tributário e Bancário.

Isso justifica a intervenção do Estado-Juiz nas relações em que participa, não para fazer o papel de legislador, mas sim para aplicar os princípios e cláusulas gerais positivadas ao caso concreto, nos moldes da sentença determinativa em sua primitude.

Caberá ao Estado-Juiz, portanto, tendo como objetivo a "justiça social", limitar os abusos cometidos, pela iniciativa privada aos produtores, que longe de respeitar a função social do contrato, o tem utilizado para ganhos exorbitantes, em afronta direta à vedação do enriquecimento ilícito.

É fato notório e público que os produtores rurais estão de tal forma esmagados por impostos, juros altos, péssimas condições das estradas, alto custos dos insumos e baixos preços dos produtos, devido à falta de políticas públicas que assegurem a função social de sua atividade, que estão à beira da ruína social, moral e financeira.

Desta forma, não restam aos produtores rurais alternativas senão socorrer-se ao Poder Judiciário para que dê uma solução equilibrada, sob pena de serem obrigados a abandonar a

⁴A sentença e coisa julgada. RePro 41/181, São Paulo: TR, jan.-mar. 1986.

5Art. 2º, IV - o adequado abastecimento alimentar é condição básica para garantir a tranquilidade social, a ordem pública e o processo de desenvolvimento econômico-social. Lei 8.171/91

atividade, ou, então, submeter-se a escravos de um sistema financeiro nefando, que constantemente os exploram.

Aliás, não só o sistema financeiro vive de explorar os produtores rurais, também as multinacionais do setor, que dominam o preço dos insumos e dos produtos e nem tomam conhecimento das cláusulas gerais e dos princípios, que foram positivados na Carta Magna de 88 e nas leis infraconstitucionais.

Reproduz-se a história da Roma antiga, onde o instituto contrato era usado como meio hábil a usurpar o menos favorecido. Motivo pelo qual busca-se o judiciário como intermediador nas relações de mútuo agrícola para minimizar as diferenças impostas por um sistema arcaico e preconceituoso.

2.2 Da Política Agrícola

Sacrificados por prejuízos decorrentes de fatos imprevisíveis, os produtores acumularam dívidas, que não podem ser pagas, na forma em que foram pactuadas.

Isto porque no momento da formalização dos contratos não podiam supor, imaginar, avaliar que o contrato se tornaria altamente oneroso e que seriam afetados por anos de sistemática baixa de preços e acúmulos de prejuízo, na atividade de produção de alimentos.

De fato, a crise que se instalou no setor foi reconhecida oficialmente, tal qual se infere das ténues tentativas do Governo Federal em contornar o problema com medidas superficiais, editando resoluções, portarias e atos normativos, advindos do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central.

Não obstante é dever de o Estado propiciar condições a esses produtores de regularizarem suas pendências e resgatarem o acesso a crédito, para que disponham da faculdade de incrementar a produção de forma a suprir a crescente demanda doméstica e internacional.

Importante ressaltar que o mútuo rural compreende em uma espécie especial de

financiamento, sendo completamente divergente das demais, pois visa à pacificação social e a realização da função social do contrato e da atividade produtora.

Desta forma, busca-se com a intervenção do Juiz no caso concreto, uma decisão judicial visando à modificação do contrato, integrando a relação jurídica e fixando, para cada caso um cronograma específico, de acordo com os prazos e épocas de reembolso ajustados à realidade de cada produtor rural, em consonância aos institutos da sentença determinativa.

Esta atividade judicial visa preencher a lacuna da lei, ou a interpretação e aplicação dos princípios gerais e fundamentais do direito, além da norma de caráter genérico, ao caso concreto.

Os mútuos agrícolas têm uma clara e forte influência social, advindo seu caráter especial, sendo possível ao julgador corrigir os contratos que não observam limites de razoabilidade e proporcionalidade frente à atividade desenvolvida pelo produtor rural, atém dos princípios positivados na Lei 8.171/91, em verdadeira afronta ao direito potestativo do produtor.

2.3 Adequação do Contrato

Considerando que as medidas governamentais não são suficientes para dar ao caso concreto uma solução definitiva, surge então a necessidade de o Estado-Juiz intervir, com escopo no artigo 50, V, da Lei 8.171/91, que os contratos rurais objetos de oposições sejam modificados, de sorte que atinjam a função social do contrato. De fato, diz o dispositivo supra mencionado que a concessão de crédito rural observará prazos e épocas de reembolso ajustados à natureza e especificidade das operações rurais, bem como à capacidade de pagamento e às épocas normais de comercialização dos bens produzidos pelas atividades financeiras.

Depreende-se que, considerando as normas e fundamentos expostos, a intervenção do Estado-Juiz para alterar os contratos objetos rurais, de sorte a integrar a norma geral contida no artigo 50, inciso

V, da Lei 8.171/91 ao caso concreto, criando condições para que as dívidas fomentadas de forma menos onerosa não venha massacrar a classe produtora, cumprindo fortemente a função social dos contratos de mútuo especial, conforme disciplina Lutero (1999).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o Estado Democrático, sob a esfera jurídico-social, percebe-se o surgimento de inúmeros mecanismos que são usados para solucionar os problemas vivenciados pelos produtores rurais.

Desta forma, percebe-se que a atual conjuntura administrativa e jurídica inferida pelos produtores rurais com a falta de implementação de uma política agrícola adequada ao sistema brasileiro pode ser humanizada e socializada, com a adequação dos contratos a sua função social, pelo Poder Judiciário, com uma interferência em sua

estruturação, podendo inclusive firmar novos prazos de pagamento de acordo com a capacidade do produtor rural, em atinência a boa-fé objetiva, e a aplicação da sentença determinativa ao caso concreto.

Ademais, o Estado-Juiz tem o dever de aplicar a norma de caráter geral ao caso concreto, a fim de implementar os direitos fundamentais dispostos de forma exemplificativa na Constituição Federal, aplicação que se dá com uma sentença pessoal determinada e direcionada, a sanar um problema, que o legislador não previu e também não analisou *in loco*.

Constata-se que, a sentença determinativa surge como meio integralizador da norma geral ao caso concreto, de fundamental importância, ao contexto social, em especial aos contratos agrícolas, instituto existente há anos e que precisa se concretizar de forma específica entre os magistrados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de Processo Civil - Vol. 2 - Processo do Conhecimento* - 9^a Ed., RT 2011.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17/01/1973.

_____. Lei nº 8.171, de 17 de Janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18/01/1991.

_____. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23/12/2005.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Processo Civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

GONÇALVES, Graziela Marisa, A sentença determinativa e o juiz, In: NERY, Rosa (coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparreto. A sentença determinativa re-conhecida. In: NERY, Rosa (coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

NERY, Nelson Junior, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto* - 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

OTTO MAYER, *Monografia sobre coisa julgada substancial*, Leipzig, 1906, apud Chiovenda, 1965.

PEREIRA, Lutero de Paiva. *Crédito rural: questões controvertidas*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. *Financiamento e cédula de crédito rural*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, Giuffrè, 1975.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Pinto, A sentença e coisa julgada. *RePro 41/181*, São Paulo: TR, jan.-mar. 1986.

TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA LEI

*Renata de Almeida Monteiro*¹

*Carolina Merida*²

RESUMO

O trabalho trata da Lei Federal nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a cobrança da TCFA - Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental pelo IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

Este artigo tem por objetivo demonstrar que se deve ter cautela ao analisar a lista de atividades potencialmente poluidoras constantes no AnexoVIII da lei citada, para que não haja a tributação de atividade parecida com a efetivamente tributada, sob pena de se dar interpretação extensiva à lei tributária, o que não é permitido pelo próprio Código Tributário Nacional.

A metodologia a ser adotada será de natureza exploratória onde consistirá na pesquisa bibliográfica e por meio eletrônico. A técnica a ser adotada será documental, ou seja, necessitarei de leis para compreender a fonte primária do tema.

PALAVRAS-CHAVE: TCFA; cobrança; armazenamento.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000, instituiu a cobrança da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de

recursos naturais.

Diante de tal normativa, tem-se visto com certa frequência a cobrança da TCFA de empresas que não praticam atividades potencialmente poluidoras e que são enquadradas pelo IBAMA numa interpretação extensiva da legislação tributária, o que não é permitido pelo CTN em seus artigos 107 a 112. Por isso, para a incidência da taxa, faz-se necessário comprovar o suporte fático descrito na hipótese de incidência, qual seja o exercício de alguma das atividades potencialmente poluidoras previstas na Lei nº 10.165.

A questão abordada é trazida tanto em seu aspecto material quanto processual, no intuito de embasar e orientar profissionais e administradores sobre a cobrança aqui tratada.

2 DISTINÇÃO ENTRE BENEFICIAMENTO E ARMAZENAMENTO E POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DA TCFA

A Lei Federal nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000, instituiu a cobrança da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, autarquia federal, para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais.

Por oportuno, as taxas são tributos cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, referível ao contribuinte, podendo consistir no exercício regular do poder de polícia ou na prestação ao contribuinte, ou na colocação à

¹Professora da Faculdade de Direito – Universidade de Rio Verde – GO, Especialista em Direito Tributário e Advogada.

²Professora da Faculdade de Direito – Universidade de Rio Verde – GO, Especialista em Direito Empresarial e Procuradora do Município de Rio Verde – GO.

sua disposição, de serviço público específico e divisível. Além disso, a função econômica precípua das taxas é cobrir razoavelmente os custos pela manutenção dos serviços a ela afeitos. É, portanto, um instrumento de custeio, em geral parcial, de certa despesa pública, que o legislador visa repartir entre a universidade de cidadãos que obtêm as prestações de serviços públicos.

Tratando-se a TCFA de uma taxa, seu fato gerador é o serviço prestado pela autarquia pública (IBAMA), consistente no controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais.

O sujeito passivo da TCFA é “todo aquele que exerce atividades constantes do Anexo VIII da lei em comento” (art. 17-C).

“Art. 17-C. É sujeito passivo da TCFA todo aquele que exerce as atividades constantes do Anexo VIII desta Lei.”

“§ 1º O sujeito passivo da TCFA é obrigado a entregar até o dia 31 de março de cada ano relatório das atividades exercidas no ano anterior, cujo modelo será definido pelo Ibama, para o fim de colaborar com os procedimentos de controle e fiscalização.”

No Anexo VIII, constam todas as atividades consideradas pela lei como potencialmente poluidoras, que de forma geral, engloba a atividade industrial e, de forma exemplificativa abrange a extração e tratamento de minerais, indústria de produtos minerais não metálicos, indústria metalúrgica, indústria mecânica, indústria de madeira, indústria têxtil, de vestuário, calçados e artefatos de tecidos, indústria de produtos alimentares e bebidas, turismo e outros.

Em toda a extensa listagem do Anexo VIII não se encontra a atividade de “armazenamento de grão”, mesmo porque tal atividade não caracteriza qualquer industrialização e não é considerada potencialmente poluidora.

Em resumo, o anexo VIII da Lei em menção trata do processo de industrialização de diversos produtos, dentre eles a “Indústria de Produtos Alimentares e Bebidas”, mas não da atividade de “armazenamento de produtos”; ponto de abordagem do presente estudo, já que se visa

comprovar que o armazenamento de grãos não implica industrialização dos mesmos.

Muitas vezes, indústrias de alimentos que tenham como matéria-prima grãos como soja, milho ou sorgo, possuem armazéns gerais distribuídos em locais estratégicos de produção agrícola para mero recebimento de grãos e armazenamento para, posteriormente, encaminharem esses grãos para industrialização e até mesmo revenda a outras empresas. O que se vê, então, é que dentre outras atividades exercidas por empresas desse ramo, elas possuem diversos armazéns gerais em todo seu complexo.

Cabe aqui a ressalva de que a armazenagem de grãos requer a utilização de lenha para que o produto possa ser acondicionado de forma correta sem que sofra deterioração decorrente da umidade natural do grão. Afinal, caso os grãos armazenados não sejam mantidos secos através do uso de lenha, apodrecem.

O uso de lenha, que necessariamente faz parte do processo de secagem dos grãos, não pode, por sua vez, ser visto pelo IBAMA como justificativa para a cobrança da TCFA ante o princípio da estrita legalidade, que rege os tributos. É que, para ser contribuinte da taxa, não basta a utilização de recursos naturais, mas que a atividade esteja expressa no Anexo VIII da Lei nº 10.165/2000.

No processo de armazenamento não existe qualquer processo de industrialização, mesmo porque o grão sai dos armazéns para futura industrialização ou mesmo revenda da mesma forma que entra, ou seja, como grão, mas agora seco e limpo, o que não implica alteração de sua natureza, nem modificação em sua estrutura.

Malgrado a logística explanada, os armazéns de grãos, não raras vezes, são enquadrados pelo IBAMA como sendo passíveis do pagamento da TCFA por entender o Órgão tratarem-se de “Indústria de Produtos Alimentares e Bebidas”, constante no item 16 do anexo VIII, da Lei nº 10.165/2000 que determina a cobrança sobre o “beneficiamento”.

“Beneficiamento”, na Língua Brasileira,

significa a operação a que se submete a mercadoria ou produto para que se faça nele alguma melhoria. Assim, o beneficiamento é o ato de valorização do produto, pelo que é aumentado o seu preço de aquisição. Então, dá-se o beneficiamento, por exemplo, do arroz com casca para o arroz descascado, do café em coco para o café despolpado, da madeira em tabuados para a madeira cepilhada, etc, e não do grão de soja, arroz, milho, sorgo ou outro cereal para o próprio grão, sem qualquer alteração.

2.1 Das Regras Processuais para o Pedido de Restituição pelo Pagamento Indevido do TCFA

O Código Tributário Nacional determina que a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador (art. 114, CTN) e este representa a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Na situação trazida, vê-se que a atividade de armazenamento não está prevista em lei como hipótese de incidência da TCFA - Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental. Deste modo, há que se concluir pela ilegalidade na sua cobrança e na respectiva negatória de devolução dos valores porventura pagos por empresas do ramo.

A Constituição Federal, por sua vez, consagra em seus artigos 5º, inciso II e 150, inciso I o princípio da legalidade como direito fundamental e o princípio da legalidade estrita em matéria tributária. Veja-se:

"Art. 5º. (...)

(...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

(...)

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

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;"

A irregular recusa em restituir os valores indevidamente pagos e a manutenção da cobrança da TCFA nas condições trazidas fere ainda, de maneira reflexa, o princípio constitucional da

moralidade, uma vez que o artigo 37 da CF exara que a administração pública direta e indireta deve obedecer aos princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Havendo, então, o pagamento indevido da TCFA, determina o artigo 165, inciso I do Código Tributário Nacional que os contribuintes têm direito a restituição de todos os valores pagos. Veja-se:

"Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação.

Pela determinação exarada no artigo supracitado e na legislação constante no item 16 do anexo VIII, da Lei nº 10.165/2000, havendo a cobrança sobre o "armazenamento de grãos", tem-se que a cobrança é ilegal e sem causa jurídica, enquadrando-se a hipótese em erro de direito. Ademais, a natureza e as circunstâncias decorridas com o "armazenamento" não se enquadram na lei que autoriza a cobrança da TCFA.

Além disso, sobre os valores eventualmente pagos, deve ainda incidir juros moratórios e atualização monetária para a devida restituição. Em amparo à referida assertiva, há que se mencionar o artigo 39, § 4º da Lei nº 9.250/95, conforme segue:

"Art.39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subseqüentes.

(.)

§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até

o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.”

Ainda sobre a incidência de juros, ressalte-se o artigo 73 da Lei nº 9.532 que trata do termo inicial para o cálculo dos juros:

“Art. 73. O termo inicial para cálculo dos juros de que trata o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 1995, é o mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido.”

Quanto a correção monetária, a Súmula nº 162 do STJ estabelece que: “Na repetição do indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido”.

A restituição tratada não poderia se dar de maneira diferente em respeito ao princípio da equidade, a fim de ensejar a efetiva recomposição do patrimônio do contribuinte que recolheu tributo indevido, mesmo porque, à Administração, os juros são devidos desde a data em que o pagamento do tributo deveria ter sido feito e não o foi, a teor do artigo 161 do CTN.

No questionamento judicial da TCFA, nos termos ora apresentados, para que a Empresa Armazenadora permaneça resguardada da cobrança de multa e juros dos valores que vierem a ser cobrados, bem como da sua inscrição em dívida ativa, necessário se torna a realização do depósito judicial dos valores que porventura estejam sendo exigidos pelo IBAMA. Para tanto, indispensável é a aplicação do artigo 2º do Decreto Lei nº 1.737/79 que exara que os depósitos serão efetuados à ordem do Juízo competente.

Neste sentido, têm sido os julgados do Tribunal Regional Federal:

“APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO FISCAL. HIPÓTESES POSSIBILIDADE DO LEVANTAMENTO DO VALOR DEPOSITADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A exigibilidade do crédito tributário é suspensa na seguintes hipóteses: a) nos embargos do devedor, seguro o juízo (art. 9º, inciso I a IV); b) em mandado de segurança, (inclusive sua liminar), conforme o art. 251, do CTN, e 38, da Lei nº 6.830/80; c) em ação anulatória do ato declaratório da dívida, desde que seja, em dinheiro

realizado depósito prévio (art. 1º, III, do DL 1.737/79, art. 1). 2. Denegada a ordem, não há empecilho legal para o levantamento, do dinheiro, corrigido, em juízo depositado. 3. Apelação desprovida.” (TRF 1ª Região - Ac. unânime da 4ª Turma julgado em 27/02/1991 - Apelação em Mandado de Segurança – MAS 89.01.21764-3/DF. Rel. Nelson Gomes da Silva).

Desta forma, após o julgamento do feito, aplicar-se-á a Súmula 188 do TRF da 4ª Região em que: “O depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença”.

Para tanto, necessária se torna a antecipação da tutela com o fim de autorizar referidos depósitos em juízo, com fulcro no artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil.

Em amparo, ressalte-se:

“A tutela antecipada deve ser pleiteada nos próprios autos do processo de conhecimento (RSTJ 102/145, 142/272). Na hipótese do inciso I, pode ser requerida na inicial ou no curso da lide, independente de audiência do réu (Lex-JTA 163/52)”.

Por todo o exposto, não é possível a cobrança da TCFA sobre o armazenamento de grãos, estando neste sentido a lei material que não tratou desta hipótese de incidência. A lei instrumental, por sua vez protege o contribuinte de qualquer abuso na aplicação da lei tributária.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A TCFA - Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental cobrada pelo IBAMA é constitucional, já que atende aos preceitos constitucionais atinentes à espécie tributária taxa, que requer a prestação ao contribuinte, ou na colocação à sua disposição, de serviço público específico e divisível. Contudo, torna-se ilegal a cobrança do tributo sobre atividade não constante no Anexo VIII da Lei nº 10.165/2000, por violar o princípio constitucional tributário da legalidade.

Da forma como foi explanado, a atividade de beneficiamento se difere da atividade de armazenamento e esta última não foi prevista

como passível de tributação pela TCFA.

Na hipótese de cobrança da TCFA quando da realização de mero armazenamento, é possível o pedido de restituição dos valores pagos e atualizados pela taxa SELIC, que engloba correção monetária e juros de mora, desde a data do pagamento indevido.

REFERÊNCIAS

SABBAG, Eduardo. MANUAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO. 3.Ed – São Paulo: Saraiva,2011.

RT. Ed. Revista dos Tribunais. Vade Mecum. Pgs: 1920. Ano de publicação: 2011.

Brasil. Lei nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 dez. 2000.

NORMAS EDITORIAIS

A REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA é a publicação oficial da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde - FESURV, com periodicidade semestral, destinando-se à veiculação de artigos científicos, frutos das atividades de pesquisas, leituras e discussões acadêmicas na área do Direito, sob enfoque interdisciplinar.

Visando à qualificação dos debates, rege-se a publicação pelas seguintes normas editoriais para a elaboração, a apresentação e a análise de textos, propostas e aprovadas pelo conselho Editorial da Revista .

1. Só veicula artigos inéditos a serem enviados ao Conselho Editorial da Revista Jurídica, em meio eletrônico (arquivos para o seguinte endereço: parise@fesurv.br), conforme datas a serem estipuladas pelo Núcleo de Pesquisas e Estudos Jurídicos, nas chamadas de artigos para a Revista, divulgadas pelo site: <http://www.fesurv.br>.

2. Todos os artigos encaminhados para publicação devem apresentar a seguinte estrutura:

a) como elementos pré-textuais - título (em fonte tamanho 14, em negrito e centralizado) seguido, à direita, da identificação da autoria e das credenciais desta (nomes completos de autores e co-autores, titulações, vínculos institucionais e atividades profissionais atuais), menção às subvenções recebidas, apoios e financiamentos, resumo e palavras-chave em língua vernácula;

b) como elementos textuais - introdução, desenvolvimento e conclusão; c) como elementos pós-textuais - lista de referências (somente as obras efetivamente citadas no texto deverão aparecer nas referências).

3. Os trabalhos encaminhados à análise do Conselho Editorial para publicação deverão ter entre 07 e 30 páginas, utilizando papel A4, fonte times New Roman ou Arial, tamanho 12 e com espaçamento 1,5 entre as linhas, para o texto normal, e, para as citações diretas de mais de três linhas, notas de rodapé, paginação e legendas de ilustrações e tabelas, o tamanho da fonte passa a ser o 10, e o espaçamento, simples.

4. As páginas devem apresentar margem esquerda e superior de 3 cm, direita e inferior de 2 m, e as citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas em parágrafo próprio com recuo de 4 cm da margem esquerda e sem aspas.

5. No texto, as citações devem, preferencialmente, ser indicadas pelo sistema de chamada autor-data (exemplo: LENZA, 2009, p. 230), admitindo-se notas de rodapé explicativas.

6. As referências bibliográficas devem vir em lista única ao final do trabalho, ordenadas pelo sistema alfabético, digitadas em espaço simples, separadas entre si por espaço duplo.

7. As locuções em língua estrangeira e destaques deverão ser redigidos em itálico.

8. Todos os textos devem seguir as demais normas da Associação brasileira de Normas Técnicas (ABNT) sobre citações e notas de rodapé, referências em documentos e outras especificidades.

9. Os artigos deverão ter suas introduções antecedidas por resumos em português, bem como de 3 a 6 palavras-chave para fins de adequada indexação.

10. Não poderão os artigos científicos serem assinados por meio de pseudônimos.
11. Os artigos assinados serão de responsabilidade exclusiva de seus autores, não refletindo opinião da Faculdade de Direito.⁷¹
Revista Eletrônica Jurídica
12. Os autores ou co-autores deverão encaminhar seus trabalhos com ofício datado, contendo a declaração de ineditismo do texto, além dos seguintes dados: título do trabalho, nomes completos, endereços completos (inclusive os eletrônicos) e telefones. Deverão ainda veicular a autorização para a publicação e a cedência formal dos direitos de publicação, pelo preenchimento e anexação da ficha de Autorização para Publicação de Obra Intelectual, disponível em www.fesurv.br, no link Núcleo de Pesquisa ? Revista Jurídica.
13. A permissão para o uso de ilustrações, imagens, tabelas etc., extraídas de outras publicações, bem como quaisquer outras licenças ou aprovações perante entidades detentoras de direitos autorais, é de plena responsabilidade dos autores dos artigos.
14. Artigos escritos por acadêmicos somente serão recebidos para análise se apresentados em co-autoria com professores orientadores de projetos de pesquisa, de extensão, de trabalhos de conclusão de cursos de graduação ou de pós-graduação (especializações, mestrados, doutorados e pós-doutorados).
15. A publicação das colaborações recebidas estará condicionada à avaliação do Conselho Editorial da Revista e de eventuais avaliadores ad hoc, que poderão aprová-las na íntegra, sugerir alterações ou recusá-las definitivamente.
16. O Conselho Editorial da Revista enviará correspondência eletrônica confirmando o recebimento dos trabalhos, bem como a lista daqueles que forem selecionados para a respectiva publicação.
17. Poderão ser efetuadas, havendo necessidade, pequenas alterações de caráter meramente formal nos textos recebidos, de modo a adequá-los aos padrões da ABNT, não sendo admitidas modificações de estrutura, conteúdo ou estilo, sem o prévio consentimento dos autores.
18. Os autores de artigos aprovados para publicação com sugestões de alterações (correções de português, adequações à ABNT etc.) por parte do Conselho Editorial serão contatados pela Instituição para realizá-las e, a partir disso, emitir nova autorização de publicação. Poderá ser recusada a publicação dos artigos em relação aos quais foram feitas ressalvas pelos avaliadores, caso essas não tenham sido consideradas pelos respectivos autores.
19. Na avaliação dos artigos serão mantidas em sigilo suas autorias.

Profª. Ms. Patrícia Spagnolo Parise
Coordenadora do Núcleo de Pesquisas e Estudos Jurídicos
Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica
da Faculdade de Direito - FESURV

