

# Estado de Direito

BRASIL • Nº 33 • ANO VI • ISSN 2236-2584

## Sistema Climático

O Jornal Estado de Direito comemora seis anos atuando na popularização da cultura jurídica. Agradecemos a todos os patrocinadores que materializam cada trabalho, aos professores e leitores por provocar o debate, a dúvida e a reflexão. Vocês são atores deste palco, a nossa razão de existir! Nesta edição, trazemos como

destaque a entrevista concedida pelo jurista José Manuel Sobrino Heredia ao ambientalista Paulo Magalhães, onde explica como pode funcionar um projeto que contemple os sistemas climáticos e marinhos, administrados por autoridades internacionais, com poderes de atuação multilateral. Leia nas páginas 16 e 17.

## Princípio da Insignificância no Direito Ambiental

Luiz Regis Prado analisa o princípio da insignificância no campo do Direito Penal Ambiental, considerando a imprecisão do conceito para a conduta do agente e tipificação do injusto penal, *que deve ser interpretado com acurado exame dos elementos específicos próprios da tutela ambiental.*

Página 14



QUERCUS

José Manuel Sobrino Heredia em entrevista concedida na Universidade da Coruña

## O ônus da prova no CDC

Antônio Carlos Fontes Cintra defende a compreensão prévia às partes do ônus que lhes cabe, evitando que seja ferido o direito ao contraditório, pois a finalidade da norma é a de facilitar a busca dos direitos do consumidor, *mas não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar.*

Página 14

## Futuro da Europa

Luciano Benetti Timm debate a crise financeira, o aumento da expectativa de vida da população, a falta de incrementos da atividade empresarial, medidas econômicas brasileiras como modelo de superação. *Oportunidade para o Brasil importar especialistas e enfrentar a potencialidade do mercado asiático no século XXI.*

Página 10

## Prestação Jurisdicional

Bruno Espiñeira Lemos comenta as questões que comprometem a correta celeridade dos serviços Jurisdicionais, desde investimentos de estrutura e funcionamento das unidades integrantes do Judiciário, recursos financeiros, *além da necessidade da nomeação dos magistrados pela Presidenta Dilma Rousseff.*

Página 10

### Veja também

Página 3

#### Democracia

David Sánchez Rubio articula a problemática dos conceitos de democracia através do pensamento do sociólogo Marcos Roitman, abrindo horizontes

Página 4

#### Estado de Direito

Fernando Dias Menezes de Almeida atenta para a importância da objetividade das decisões jurídicas aos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, instrumento de garantia e controle das ações estatais

Página 6

#### Roberto Lyra Filho

César Augusto Baldi recorda o legado de um “herede do direito”, na busca de reconhecer a produção de ordenamentos paralelos, menos fechados e sem contradições, numa visão humanizada

Página 8

#### Agenda do Legislativo

Rafael Silveira e Silva agrega elementos para compreender a predominância do Executivo na formação da pauta para produção das leis no Brasil

Página 9

#### STF versus CNJ

Alexandre Coutinho Pagliarini afirma que o Congresso Nacional deveria tomar uma posição, a partir interpretação constitucional, *onde se encontram elementos favoráveis aos dois Órgãos*



# Estado de Direito



ISSN 2236-2584

Edição 33 • VI • Ano 2011

Estado de Direito Comunicação Social Ltda.  
CNPJ 08.583.884/0001-66  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Rua Conselheiro Xavier da Costa, 3004  
CEP: 91760-030 - fone: (51) 3246.0242 e 3246.3477  
Nextel ID: 84\*97060  
skype: estadodedireito

e-mail: contato@estadodedireito.com.br  
site: www.estadodedireito.com.br  
siga-nos: www.twitter.com/estadodedireito

Diretora Presidente  
Carmela Grüne

Jornalista Responsável  
Cármem Salete Souza MTb 15.028

Consultoria Jurídica  
Renato de Oliveira Grüne OAB/RS 62.234

Colaboraram na 33ª Edição  
Carlos Bailon, Camila Breitenbach, Diego Sausen, Lorenzo de Almeida  
Neves, MV Hemp, Dropê EJC, Luis Cassiano Silva (Hip Hop Sanduba)

Anúncios  
teleanuncios (51) 3246.0242 (51) 7814-4114  
comercial@estadodedireito.com.br

Organização de Eventos  
(51) 7814-4114  
contato@estadodedireito.com.br

Diagramação  
Jornal Estado de Direito

Fotografia  
AF Rodrigues  
Tel. 21 38849439 e 21 8803-6095  
[http://www.flickr.com/photos/af\\_rodrigues/](http://www.flickr.com/photos/af_rodrigues/)

Tiragem: 50.000 exemplares

Pontos de Distribuição em 15 Estados brasileiros  
Acesse <http://www.estadodedireito.com.br/distribuicao>

PORTO ALEGRE

1001 Produtos e Serviços de Informática: Rua São Luís, 316  
Rédito Perícias: Rua dos Andradas, 1270, sala 21

Livraria Saraiva  
Porto Alegre  
Rua dos Andradas, 1276 - Centro  
Av. Praia de Belas, 1181 - 2º Piso - Loja 05  
Rua Olavo Barreto, 36 - 3º Piso - Loja 318 e 319  
Av. João Wallig, 1800 - 2º Piso - Loja 2249  
Av. Diário de Notícias, 300 - loja 1022  
Caxias do Sul: Rodovia RSC, 453 - Km 3,5 - nº 2780 - Térreo  
Curitiba: Av. Candido de Abreu, 127 - Centro  
Florianópolis: Rua Bocaiuva, 2468 - Piso Sambaqui L1 Suc 146, 147 e 148  
Acesse [www.livrariasaraiva.com.br](http://www.livrariasaraiva.com.br)  
confira os demais endereços das lojas em que você poderá encontrar o  
Jornal Estado de Direito.

Livraria Revista dos Tribunais  
Acesse o [sitewww.rtd.com.br](http://www.rtd.com.br)  
confira os endereços das mais de 64 lojas da Editora RT em que o  
Jornal Estado de Direito é distribuído gratuitamente.

PAÍSES  
Através de Organismos Internacionais, professores e colaboradores  
o Jornal Estado de Direito chega a Portugal, Itália, México,  
Venezuela, Alemanha, Argentina, Ucrânia e Uruguai  
São mais de 400 pontos de distribuição.

Contate-nos, distribua conhecimento e seja um transformador  
da realidade social!

\*Os artigos publicados são de responsabilidade dos autores e não re-  
fletem necessariamente a opinião desse Jornal. Os autores são os únicos  
responsáveis pela original criação literária.

## Jornal Estado de Direito: presente, passado e futuro se misturam

Carmela Grüne\*

A história do Jornal Estado de Direito é a união de pessoas, instituições e empresas que me apoiaram e até hoje dão suporte fundamental para continuar. Ele nasceu no dia 15 de novembro de 2005, naquela época estudava Direito, conciliava estágio na advocacia, trabalho como corretora de imóveis e atividades no movimento estudantil da PUCRS, participando de seminários, buscando renegociar dívidas das mensalidades de alunos e produzindo eventos.

Nessa caminhada, o universo jurídico esteve presente muito cedo na minha trajetória. Começando pela influência do meu pai, Renato. Desde 1991, atua na Justiça do Trabalho, antigamente Junta de Conciliação e Julgamento. Aprendi ainda criança a conviver com a cultura da judicialização de conflitos. Ajudava o pai visitando as Juntas de Conciliação, acompanhando os processos, buscando os alvarás. Tenho a lembrança de sentar no colo da Diretora de Secretaria, Dona Maria, da 2ª Junta de Porto Alegre, mais que uma profissional, uma amiga.

Aos 16 anos, estudante de Administração de Empresas no Colégio Estadual Protásio Alves (espécie de sanduíche de segundo grau e curso técnico). De lá veio experiências como a Junior Achievement, onde criamos a minie empresa estudantil, se me recordo, denominada "Dito e Feito", tendo como o produto o TchanBom, chocolate ao leite com flocos. Conseguimos na época ficar entre os melhores projetos, vendendo 16 mil bombons em poucos meses. Aconselho aos adolescentes a participar desse programa, é gratuito e está presente em escolas públicas e particulares. Pouco tempo depois, estagiei no Setor de Habitação da Caixa Econômica Federal, lá aprendi que organização é tudo, eram dezenas de caixas com processos de financiamento e eu precisava cuidar dos documentos e atender clientes. Acabei entrando de cabeça na área imobiliária, posterior a experiência bancária, parti para Canadense Negócios Imobiliários, o anúncio pedia moças e rapazes para departamento comercial, fiz contratos de compra e venda, coloquei documentações dos imóveis em dia (hipotecas, averbações, renegociação de dívidas), montei processos de financiamento, acompanhei histórias de vida, o sonho do primeiro imóvel, o início dos imóveis 100% financiados, mas eu segui os estudos. Em 2001 passei no vestibular, para cursar Direito, com isso, diminuí os trabalhos na corretagem, comecei a fazer cursos paralelos, entrar para o movimento estudantil e lá as coisas começaram a tomar mais forma.

Numa das gestões do Centro Acadêmico participei da elaboração do jornal dos estudantes, tanto marcou a minha experiência no jornalismo. No estágio, cuidava da divulgação das informações dos processos, mas sentia: outro caminho viria pela frente. Conheci pessoas com objetivos semelhantes Filipe Tisbierak, Rafael Lorangeira e Giangrei Chaves, eles ajudaram a concretizar as primeiras edições do Jornal

e até hoje estão presentes. Em menos de um mês eu havia comprado um projeto gráfico e lançado a primeira edição do Jornal na Feira do Livro de Porto Alegre. Conheci o primeiro *designer* do site Estado de Direito, o Diego Alves, depois o diagramador Luciano Gazineu, posso considerar como meu professor de *designer*, desenhou diversas edições do Jornal, quando preciso me dá uma força.

Os professores são imprescindíveis nesse processo substancial de formação e compartilhamento de conhecimentos. Sílvio de Salvo Venosa e Maria Berenice Dias, foram os primeiros a saírem na capa do Jornal. Na verdade, são muitos educadores e pesquisadores que já publicaram, certamente uma centena, aos quais agradeço profundamente por compartilharem saberes, dividir angústias, levando temas tão importantes para o maior entendimento do direito numa linguagem mais inclusiva.

As empresas e instituições possuem caráter basilar dentro da materialização do Jornal, tenho imensa consideração, pois abraçam todos os momentos, fiéis, dão a estrutura que preciso para levar esse trabalho. Agradeço de coração a todas elas, do presente, do passado e do futuro, que escolhem essa publicação para associar a sua marca, minha gratidão!

Estamos atentos, procurando aguçar os sentidos e as formas de percepção que o Direito pode se manifestar, assim como, evidenciando práticas cotidianas de estudo, por eventos e entrevistas. O apoio coletivo gera grandes resultados: a realização de mais de cem eventos gratuitos, 80% deles disponíveis no [www.youtube.com/estadodedireito](http://www.youtube.com/estadodedireito), [www.youtube.com/carmelagrune](http://www.youtube.com/carmelagrune) e [www.estadodedireito.com.br](http://www.estadodedireito.com.br), atingindo internautas de mais de oitenta países.

A história narrada percorreu um pedaço da minha vida e a do Jornal, na verdade é muito mais longa, mas de qualquer modo, agora essa história faz parte da sua, pois tens em mãos o Jornal Estado de Direito feito, cuidadosamente, pensando em você. Cada detalhe na fotografia e no texto deseja provocar o seu olhar, para a vontade de ser multiplicador de conhecimento, um questionador, agente reativo às ideias expostas.

Se a cidadania só existe numa via de duas mãos, desejei 2012 com a mente mais aberta, sensível às oportunidades de apreender, para descobrir capacidades e desenvolver potencialidades. Amor, respeito, fé, perseverança e gratidão. Obrigado pai e mãe por estarem do meu lado, dividindo sonhos, colocando literalmente a mão na massa. Como a música está sempre presente no meu cotidiano, me despeço com Tô, de Tom Zé:

"Eu tô te explicando pra te confundir,  
Eu tô te confundindo pra te esclarecer,  
Tô iluminado pra poder cegar,  
Tô ficando cego pra poder guiar."

\*Diretora Presidente do Jornal Estado de Direito.

### Apoio



RÁDIO ONU  
<http://radio.un.org/por>



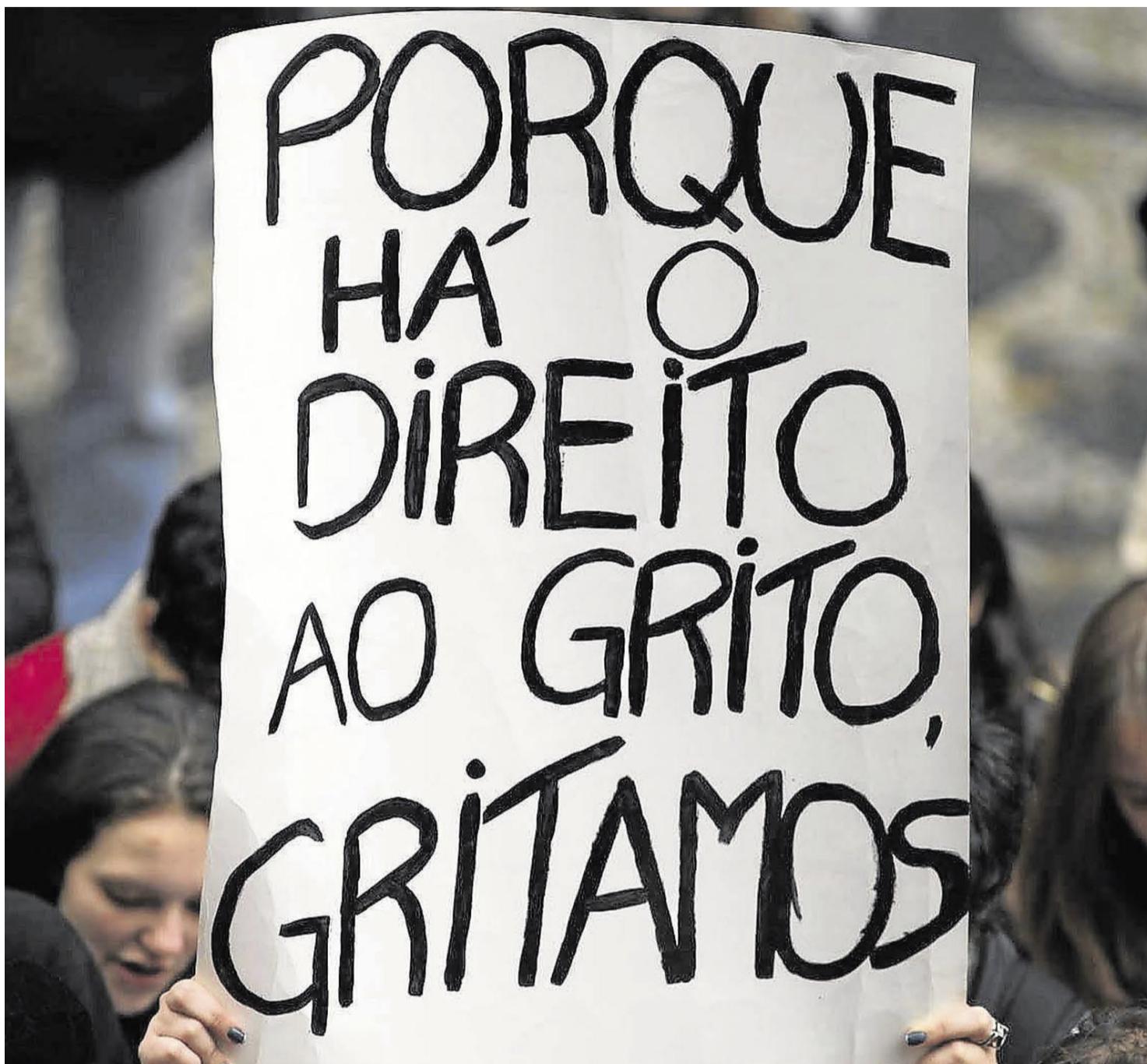
# Ampliar el sentido de la democracia

David Sánchez Rubio\*

Para el sociólogo Marcos Roitman, dar a la palabra democracia un significado es parte de una guerra teórica y política por controlar el mundo. Desde quienes tienen más poder, su propuesta hegemónica posee un doble objetivo: a) transformarse en objeto de consumo social y b) a la vez, proyectar una imagen para organizar la vida cotidiana. En este sentido, el orden hegemónico es una fábrica de significantes, siendo los medios de comunicación y centros especializados, sus centros de difusión. A través de ellos, hoy en día, se extiende y expande una idea de que la democracia es un producto para el mercado, que hay que generalizar su uso y debe estar en la boca de todos. De tal manera, que todos se sienten integrados pese a que quedan fuera de un real y efectivo ejercicio político y democrático. La democracia tiene que ser para ello una definición atractiva y fácil de digerir, útil para legitimar un sistema que no le interesa que la gente tenga una cultura activa y participativa en los asuntos comunes y públicos. Desear la democracia supone un mensaje breve, corto, al alcance de todos, elemental: debe encajar con una sociedad de consumo, vivida en el marco de un individualismo extremo. Estratégicamente se nos lobotomiza por medio de una idea estrecha y simplificada de democracia que de repetirla tanto, nos cala en los huesos y la defendemos como si fuera la única posible. Pese a ser una entre muchas formas de concebir y practicar democracia, su extensión y hegemonía termina por excluir y desplazar otras expresiones más directas y participativas. No hay más democracia que la existente.

## Coca-cola

El propio Roitman nos avisa de que con la democracia ocurre algo parecido que con el discurso de la Coca-cola. Como refresco dice que acaba con la sed al tiempo que se presenta como la chispa de la vida. Pero si la tomamos, fracasa: no acaba con la sed ni tampoco nos saca de la depresión si estamos tristes o deprimidos. Pero se consume como si tuviera ambas cualidades. Acabamos viviendo autocomplacientes con el engaño. Pues bien, lo mismo sucede con el concepto de democracia representativa y con sus productores. Se impone una lógica de consumo, se centraliza todo en la fiesta de las elecciones (en este sentido son muchos los políticos que afirman que el voto es la fiesta de la democracia, más aún a raíz del surgimiento del movimiento de los indignados) y todo es un ritual electoral donde se eligen gobernantes. Se vive en democracia cuando se compite por el control de las instituciones y existe alternancia en el poder. Democracia se circunscribe a una técnica de gobierno para elegir a la elite representante y para legislar y administrar leyes. Los resultados son manifiestos: se despolitiza el mundo de las relaciones humanas, pese a que están empapadas de relaciones de poder, y se desvinculan y aíslan a los seres humanos de la práctica activa diaria. Desaparecen los sujetos soberanos y se desarticula la ciudadanía política. La democracia solo puede expresarse procedimentalmente, y se configura como un conjunto de reglas de juego donde se habla de mayorías y minorías, poliarquías, consensos, alternancias, estabilidad y elecciones. Asimismo, emerge como un acto de regulación normativa, como una técnica procedimental para elegir elites que administran y gestionan la razón de Estado.



## Acción Democrática

Frente a esta perspectiva restrictiva y estrecha de democracia, se hace necesario ampliar la mirada e incorporar más elementos que forman parte de la acción democrática en todas las esferas de lo social y de una manera ampliada. Para ello, hay que saber distinguir algunos conceptos y abrir el horizonte de sentido más rico y complejo. Para ello, utilizaremos la técnica de la clasificación binaria empleando dualismos relacionados con la idea de democracia:

a) Democracia como forma de gobierno/ democracia como modo de vida y estilo de existencia: cuando hablamos de democracia o de procesos de democratización, es importante si nos estamos refiriendo solo a una forma o modo de ejercer el gobierno o si expresamos una manera de ser en la vida y un estilo de existencia que no solo se reduce al mundo de lo público, sino a todos los ámbitos de nuestra vida: mundo familiar, del trabajo, de la producción y la distribución de los bienes...

b) Participación/representación; democracia formal/democracia material (y en relación a otras esferas no estatales): democracia puede implicar no solo mecanismos de representación, sino también expresiones de participación activa y directa. Reducir la democracia al primer caso, implica un proceso de delegación extremo que

**Hablar  
de democracia también  
implica el modo como  
nos identificamos  
y construimos  
nuestras identidades  
democráticas**

termina por desempoderar a los sujetos, con la consiguiente articulación de una cultura de ciudadanía sierva y esclava.

c) Identidades democrática e identificaciones democráticas: hablar de democracia también implica el modo como nos identificamos y construimos nuestras identidades democráticas. No es igual que, como ciudadan@s soberan@s seamos nosotros mismo quienes dotemos de carácter a nuestras propias producciones, tanto en un sentido étnico, cultural, político, ideológico, sexual, económico o libidinal, que, por el contrario, sean otros quienes decidan por

nosotr@s y se nos identifiquen externamente, y no a través de procesos en los que sin tener total control, somos autoproducidos de los significados y re-significados del mundo político. No es igual una identidad internamente producida que una identificación externa, jerárquica y heterónoma, que viene de fuera y que nos quita protagonismo soberano.

d) Finalmente, el par gobernantes/gobernados, en el sentido del carácter que se le da al ejercicio del poder, si se manda para obedecer o se manda para que los demás obedezcan: el carácter dado al ejercicio del poder es fundamental en democracia. Siguiendo la filosofía zapatista, hay que tener claro si se manda para obedecer (mandar obedeciendo), con la intención de que los gobernantes sean responsables ante los gobernados y se alterne en el proceso de manejo del poder, o de si se manda para que los demás obedezcan, bajo una lógica ambiciosa de control centralizadora y que solo pretende mantener estructuras de desigualdad y de jerarquías en las que unos están más capacitados que otros y que, además, tienen más valor y son más importantes.

\*Professor titular de Filosofia do Direito da Universidade de Sevilla. Professor visitante de Universidades de diversos países como Brasil, Costa Rica, Colômbia, Equador e México.

# Importância da forma da decisão jurisdicional no Estado de Direito

Fernando Dias Menezes de Almeida\*



Por ocasião do 6º aniversário do jornal Estado de Direito, ocorreu-me trazer à consideração de seus leitores uma reflexão crítica sobre certo aspecto prático do exercício da jurisdição no Brasil, explorando sua relação com o Estado de Direito.

## Estado de Direito

De diversos modos pode ser definido o Estado de Direito. Um deles, que me parece bastante feliz, por seu caráter preciso e sucinto, aliado a uma linguagem simbolicamente expressiva, é associar a ideia de Estado de Direito à do governo das leis, em lugar do governo dos homens – fórmula, aliás, consagrada no art. 30 da Declaração de Direitos de Massachussets, de 1780, e sempre lembrada, em suas aulas e escritos, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Dessa concepção, decorre ser a legalidade o componente essencial do Estado de Direito. Legalidade tanto em seu sentido formal – lei enquanto ato produzido pelo povo ou seus representantes, inclusive a lei de nível constitucional –, como em seu sentido material – lei como norma geral e abstrata, potencialmente garantidora da igualdade.

O que diferencia o Estado de Direito de outros modos de ser do Estado é, pois, a prevalência da vontade objetiva do Direito sobre a vontade subjetiva dos indivíduos que exercem o poder, ditos governantes.

O Estado de Direito, assim substancialmente identificado, pode ainda ser visto sob diversos aspectos formais: monarquias constitucionais ou repúblicas; presidencialismos ou parlamentarismos (ou seus intermediários); Estados federais, regionais ou unitários. E pode qualificar-se por

**Um acórdão de centenas de páginas, em que cada julgador mais se preocupa em externar sua visão subjetiva sobre questões jurídicas muitas vezes tomadas em abstrato, dificilmente dotará a decisão jurisdicional da objetividade...**

diversos acidentes ideológicos: liberal, social, regulador, entre outras variantes terminológicas.

Mas pouco adianta a afirmação da prevalência da legalidade, se ela não puder ser garantida por eficazes instrumentos de controle dos atos estatais.

Em geral, ao se tratar do tema do controle de legalidade ou de constitucionalidade dos atos estatais, concentra-se atenção nos aspectos estruturais e funcionais dos órgãos que exercem o controle. Desse modo, por exemplo, discute-

se a jurisdição una ou dúplice; exploram-se aspectos de controles internos e externos à Administração; estudam-se vantagens e desvantagens do controle político e do controle jurídico de constitucionalidade.

No entanto, gostaria de chamar atenção para a importância de que se revestem também os aspectos de forma da decisão proferida pelos órgãos de controle, especialmente os jurisdicionais.

Isso porque, no Brasil, país em que se consolidou o modelo de controle jurisdicional irrestrito e unificado no Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), tem-se acentuado, em todos os graus de jurisdição, uma tendência de decisões muito extensas, fartamente lastreadas em citações doutrinárias, bem como em eruditas análises de ordenamentos e de pensamento estrangeiros.

## Decisão Jurisdicional

Com a adoção dessa forma de decidir, perde-se a conexão entre a motivação da decisão e o caso concreto em análise. A decisão jurisdicional aproxima-se de um discurso acadêmico sobre questões jurídicas em abstrato.

Ora, em um sistema, como o brasileiro, de Direito legislado – ou seja, decorrente principalmente de decisões políticas dos poderes constituídos – e não de Common Law – no qual se toma o Direito como um dado decorrente das tradições imemoriais da terra – a função precípua da decisão jurisdicional, no que tange os atos estatais, há de ser a verificação de sua legalidade, aí incluída sua constitucionalidade.

## Razão Jurídica

É fundamental que a razão jurídica de decidir, lastreada no ordenamento jurídico vigente, esteja clara na decisão de legalidade ou de ilegalidade de um ato administrativo, ou da decisão de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de uma lei. E mais: que tal razão jurídica seja apresentada como síntese do entendimento do órgão julgador, e não sob a forma de dispersos pontos de vista pessoais de cada julgador.

É certo que o sentido objetivo do ordenamento jurídico só pode ser alcançado após sua interpretação pelo órgão jurisdicional. Porém, para que essa interpretação conduza verdadeiramente a um sentido objetivo, é preciso que os julgadores, particularmente os tribunais, preservem tal objetividade em suas decisões.

Um acórdão de centenas de páginas, em que cada julgador mais se preocupa em externar sua visão subjetiva sobre questões jurídicas muitas vezes tomadas em abstrato, dificilmente dotará a decisão jurisdicional da objetividade que se exige do Direito para que – como visto de início – se possa cogitar de um governo de leis, não de homens.

Por outras palavras, a objetividade do ordenamento jurídico, isto é, a prevalência da vontade objetiva do Direito sobre a vontade subjetiva dos governantes, essencial ao Estado de Direito, impõe-se igualmente aos atos administrativos, aos atos legislativos e aos atos jurisdicionais.

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor e livre-docente pela mesma Faculdade.



TESTE SEU  
**CONHECIMENTO**  
 IDENTIFIQUE  
 SUAS DIFICULDADES

# SÉRIE

## QUESTÕES DE CONCURSOS



### ADVOCACIA PÚBLICA

- 1ª edição (2011)
- 360 páginas

### CARREIRAS JURÍDICAS I

Magistratura Federal,  
 Magistratura do Trabalho,  
 Procurador da República  
 e Procurador do Trabalho.

- 1ª edição (2011)
- 536 páginas

### MAGISTRATURA ESTADUAL

- 1ª edição (2011)
- 472 páginas

**MAIS DE 8 MIL  
 QUESTÕES**

**R\$ 62,00  
 POR VOLUME**

Questões extraídas de provas aplicadas nos últimos anos,  
 formuladas por integrantes das bancas examinadoras  
 dos mais variados concursos de carreiras jurídicas.

EM SUA LIVRARIA OU,  
 SE PREFERIR, COMPRE COM  
**20% DE DESCONTO  
 E FRETE GRÁTIS\***

PELO 0800 17 1944 ou [www.EditoraAtlas.com.br](http://www.EditoraAtlas.com.br)

Ou pelas nossas Filiais | \*Oferta válida até 31/12/2011

#### PRÓXIMOS LANÇAMENTOS



# Roberto Lyra Filho, vinte e cinco anos depois

César Augusto Baldi\*

Neste ano de 2011, completam-se vinte e cinco anos da morte de um herege do direito. Passado todo este tempo, o que poderia ser recordado como legado de RLF?

Primeiro: não somente um questionamento do “direito que se ensina errado”, mas também a busca de uma alternativa teórica que rompesse as amarras de um positivismo (“justo porque ordenado”) e de um jusnaturalismo (“ordenado porque justo”), um valorizando a ordem jurídica constituída, o outro impotente diante da injustiça social. Daí a sua busca de uma “concepção dialética”, em que o direito é visto em sua totalidade, em que os contrários se interpenetram e que a negação se faz acompanhar da negação da negação.

Segundo: um quadro teórico em que o direito está estruturado em nove contextos, desde o plano internacional, passando por classes e grupos oprimidos e espoliados, negando o monopólio de produção estatal do direito e reconhecendo este direito paralelo como não inferior ao direito estatal. É a opção de reconhecer esta práxis como igualmente jurídica, no início dos estudos sociológicos sobre pluralismo jurídico, uma virtualidade a ser explorada nos novos desenvolvimentos constitucionais de Bolívia e Equador.

## Direitos Humanos

Terceiro: o vetor histórico-social, donde se extrai a resultante mais avançada numa correção de forças, atuando-se para garantia de reivindicações, como síntese abrangedora, ele denomina “direitos humanos”, “nem acima, nem abaixo, mas dentro do processo, aqui e agora”, permitindo-se a revisão do elenco dos direitos conquistados, por processos de conscientização e libertação. Isto numa época em que os direitos humanos ainda não haviam se tornado a gramática dos processos emancipatórios e, portanto, ainda não “estabilizados” dentro do status quo. Não existe, assim, um direito natural de um lado, e um direito positivo de outro, separados, mas sim uma “justiça militante”, que não carrega “princípios ideais”.

Quarto: uma nítida posição de esquerda, que, no entanto, não deixa de criticar o socialismo do Leste Europeu (“o socialismo gorado”), nem a “domesticação” da social-democracia, nem os processos ditatoriais, de direita e de esquerda. Para ele, o socialismo somente pode ser democrático, dentro de um processo de “conquistas graduais, pelo exercício de pressões libertadoras.” Um processo que ele qualifica como des-ordenador, no sentido de que “nenhuma ordem pode eternizar-se, mas alguma ordem permanece, em cada etapa, como resíduo do processo desordenador.” E de forma mais enfática ainda: “não se extingue, legitimamente, a violência estrutural duma sociedade espoliativa, com outra violência que também ofende os Direitos Humanos” e, assim, o erro de confundir revolução e ditadura é condenar as realizações da primeira a se congelarem nas garras da segunda.

## Ex-posição de Deus

Quinto: uma reavaliação do legado de Marx, em especial no campo do direito, não vinculando as lutas somente ao plano da “superestrutura”, mas reconhecendo, naquele momento, grupos oprimidos (mulheres, negros, minorias sexuais), quando tal questão mal era tematizada no âmbito marxiano. E recusando todos os tipos de dog-



matismos. O que implica reconhecer, ainda, que a dialética hegeliana não tinha apenas uma casca “mística” e um núcleo racional, bastando ser invertida: para ele, o núcleo era místico porque, de fato, uma teodiceia, algo como uma ex-posição de Deus. Isto significava que: a) os fundamentos da dialética desembocam na fé em Deus e, portanto, é impossível o abandono do lado místico, desejado por Marx; b) todos somos uma mistura de lado científico, filosófico, lúdico e até místico, “ainda quando a fé não se volta para Deus, mas para uma libertação exclusivamente humana”; c) sem Marx, “nada se intenta validamente, na atual Filosofia e Sociologia Jurídicas; porém com ele, o trabalho apenas começou”. Não à toa o autor selecionava três textos bíblicos como ecoando na voz de Marx: At II, 45 (“a cada um segundo as suas necessidades”); II Tes III, 10 (“quem não quiser trabalhar não tem o direito de comer”; e Is X, 1-3 (“ai daqueles que fazem leis injustas e dos que redigem sentenças iníquas para afastar os tribunais e negar direitos aos fracos do meu povo”). E tampouco confundia religião e “os grupos reacionários com que estão infestadas as igrejas e que se tornam cúmplices da exploração do homem pelo homem.”

## Humanismo Dialético

Sexto: o Direito não é norma, nem puramente estatal e “muito menos prisioneiro de um só ordenamento fechado e sem contradições”, e, assim, combater o positivismo não significa negar a positividade do direito, nem atribuir ao Estado uma ilegitimidade presumida e extrema. Mas, por outro lado, o “humanismo dialético” não se confunde com o “uso alternativo do direito”: não se trata “apenas de mudar o uso do direito, concebido nos moldes antigos”, mas é necessário enquadrar tal tática dentro de “uma visão mais larga e profunda”. Sem a “filosofia alternativa, o simples uso alternativo arrisca-se aos piores desvios de meta e de instrumento.” Ou como diria Boaventura Santos: é possível utilizar as

ferramentas hegemônicas para objetivos não hegemônicos e, ao mesmo tempo, há concepções não hegemônicas e alternativas destas ferramentas.

É verdade que o pensamento de Roberto Lyra Filho está imbuído de: a) uma crença de progresso, ainda que não linear, mas em forma de espiral, o que não afastaria a permanente “evolução” ou caminhada adiante no processo; b) uma insistência no papel das vanguardas, dentro do processo de libertação e conscientização; c) de uma dicotomia ainda forte entre os planos econômico e não econômico e pouco reconhecimento de contradições também no “bloco dos dominados” (ao contrário, destacava que o bloco dominante estava eivado de contradições”).

## Camelização do Direito

O Zaratustra de Nietzsche anuncia que o espírito, em sua travessia pelo deserto, sofreu três transformações, passando a ser, sucessivamente, camelo, leão e criança. Para Boaventura Santos, o direito moderno passou pelas três metamorfoses, em sentido contrário: começou por ser uma criança nos séculos XVII e XVIII, criando os novos valores da burguesia dominante; no século XIX, transformou-se no leão da negatividade, revoltado contra os valores e crenças que a questão social colocou na

agenda política; e desde a primeira Guerra Mundial, transmutou-se em camelo, suportando pesadíssimos fardos e carregando todo o tipo de regulação social. Esse processo de “camelização” do direito empobreceu a sociologia jurídica, e a “descamelização”, diz Boa Santos, deve romper a “ortodoxia conceitual” que associa direito a direito estatal, poder a política liberal e ciência a conhecimento. RLF é um bom guia para a primeira travessia, razoável companheiro para o segundo percurso, mas corre o risco de nos abandonar no fim da jornada, ao prender-se ainda à dicotomia filosofia/ciência, procurando dar um estatuto científico àquela e partilhando a crença nas potencialidades do desenvolvimento científico. Isto, contudo, não lhe retira as virtualidades ainda presentes. Como recordam tanto Roberto Lyra Filho quanto Erich Fromm, o fato de um anão erguer-se nos ombros de um gigante pode, por julgar-se maior que ele, dar razão de olhá-lo de cima para baixo, mas nunca poderá negar que o gigante funciona como seu ponto de apoio de elevação.

\*Mestre em Direito (ULBRA/RS), doutorando Universidad Pablo Olavide (Espanha), servidor do TRF-4ª Região desde 1989, é organizador do livro “Direitos humanos na sociedade cosmopolita” (Ed. Renovar, 2004).



**MARISE CORRÊA**  
Direito de Família & Sucessões

**Marise Soares Corrêa**  
Advogada OAB/RS 13.188

Rua Quintino Bocaiúva, 683 / cj.402 - Moinhos de Vento  
Edifício Centro Profissional Quintino Bocaiúva

Porto Alegre/RS - CEP 90440-050

(51) 9981.3856 / (51) 9800.6362

www.marisecorreia.com.br / marisecorreia@terra.com.br

# INTIMAÇÕES AASP

Abrangência  
em todo território  
nacional



O envio de intimações é um serviço que a Associação dos Advogados de São Paulo presta desde 1943.

Em 2011, a AASP expandiu sua atuação para todos os Estados.

Agora, os associados podem receber intimações de diversos Tribunais\* do Brasil sem acréscimo na mensalidade.

---

Para conhecer a maior instituição de suporte profissional à advocacia do país e maior entidade por adesão voluntária da América Latina acesse [www.aasp.org.br](http://www.aasp.org.br) ou ligue (11) 3291 9200.



**AASP**

Associação  
dos Advogados  
de São Paulo

 @aasp\_online

\* Consulte nosso site para saber quais.

# A apropriação da agenda do Legislativo

Rafael Silveira e Silva\*



GERARDO MAGELA, AGENCIA SENADO

Na formulação das políticas públicas, o Poder Executivo tende a concentrar grande número de proposições e, consequentemente, também garante a publicação de várias leis de sua autoria. Tal predominância é explicada (i) por regras que asseguram ao Presidente da República exclusividade na iniciativa dos projetos de lei em determinadas matérias, (ii) pela publicação de medidas provisórias, (iii) bem como pelo poder de solicitar urgência constitucional no processo legislativo. Esses e outros fatores permitem que o Presidente molde ou até mesmo defina a agenda legislativa.

Com base nisso, a quantidade de iniciativas patrocinadas pelo Presidente exige um esforço adicional dos parlamentares no que tange à apreciação dessas propostas, que, por mais importantes que sejam, impõe grandes barreiras às discussões de projetos apresentados no âmbito do próprio Congresso Nacional, dado que a pauta de votações passa a ser constituída quase que exclusivamente por propostas do Executivo. Frequentemente observamos as pautas “trancadas”, ou seja, há impedimento para que as discussões de outras matérias ocorram enquanto não forem votadas medidas provisórias ou projetos urgentes do Governo. Essa circunstância, tão comum nos últimos anos, passa a ideia errônea e simplista de que o parlamento funciona apenas reativamente e que os congressistas são meros “carimbadores” das propostas do Governo.

Ainda que a atividade parlamentar enfrente tais constrangimentos institucionais e, não raro éticos, uma visão mais analítica e qualificada sobre os trabalhos do Poder Legislativo pode lançar novas luzes sobre a elaboração de políticas. Independente dos debates nos plenários da Câmara e do Senado, existe uma ampla atividade nas comissões permanentes dessas casas legislativas que é rica e prolífica, a tal ponto de

chamar a atenção do próprio Poder Executivo. É nesse aspecto que observamos a existência do fenômeno da apropriação a agenda legislativa.

Verifica-se que muitas propostas de lei ou medidas provisórias do governo são inspiradas em propostas que tramitam no parlamento, contrariando outra noção também equivocada de que as matérias de interesse do Executivo se originaram exclusivamente dos órgãos da administração pública. Tal prática pode assumir feições em um continuum que reflete diferentes graus de apropriação, podendo variar da simples abordagem de políticas até a adoção de cópias literais de dispositivos de proposições legislativas em tramitação!

## Mobilização de Interesses

Será a apropriação um fenômeno que ocorre isoladamente? Nas nossas análises verificamos o contrário, que ela ocorre com considerável frequência. No período de janeiro de 1995 a dezembro de 2010, mapeamos 672 proposições do Executivo que não faziam parte do conjunto de iniciativas exclusivas do Presidente e que foram objeto de nossa análise para verificar a ocorrência desse fenômeno. Observou-se que 18,5% das medidas provisórias e 40% dos projetos de lei do Executivo surgiram por meio da apropriação. Esses números nos dão dimensão da capacidade de mobilização dos interesses do Governo pelo Congresso Nacional nas políticas públicas.

Há indicações de que a apropriação é uma prática que leva em conta as características do nosso sistema político, não sendo, pois, apenas fruto de estratégias de Governo. Observando o comportamento do Executivo nos dois últimos mandatos, notamos que 20% das iniciativas do governo Fernando Henrique originaram-se da apropriação, contra 39,8% das iniciativas

do governo Lula.

Quais seriam as razões para o uso da apropriação? Em primeiro lugar, deve-se compreender a forma como um tema é inserido na agenda de prioridades do Executivo e no “ganho informacional” proporcionado pelos trabalhos ocorridos no Congresso. A partir do momento em que questões de política entram nas prioridades de governo, este, por sua vez, pode encontrar no parlamento debates já avançados e, frequentemente, textos legislativos em vias de aprovação e amadurecidos pelos relatores nas comissões temáticas. A qualidade do texto e seu sentido (se mais ou menos conveniente ao governo) refletem o ganho informacional. Portanto, o timing da criação da agenda e o sentido do ganho informacional seriam os elementos fundamentais para a decisão pela apropriação.

A agenda pode ser formada por meio de grupos de interesse, que encontram no Legislativo um locus mais permeável para modificação ou criação de políticas. Tais grupos também investem seus esforços no governo, mas os canais são mais restritos e dependem de um processo decisório menos transparente para que as demandas se tornarem propostas legislativas. Ao acolher com mais facilidade as demandas dos grupos de interesse, o Congresso sai na frente do governo nos debates e discussões, adiantando decisões que, posteriormente, poderão ser aproveitadas por meio da apropriação.

Outra explicação é a forma como os partidos se organizam para formar a coalizão de apoio ao governo. É importante destacar que, distribuídos em diferentes ministérios, cada partido ainda conserva sua própria agenda de prioridades, podendo, assim, recorrer aos textos das proposições em tramitação ou dos relatórios produzidos por seus parlamentares para apresentá-los como propostas de Executivo. Trata-se de um

caminho natural, mas nem sempre perceptível, de condução de políticas públicas pelos partidos políticos.

## Medida Preventiva

Existem ainda questões que surgem por meio de ocorrências que chamam a atenção do público e que demandam uma pronta ação do governo, implicando, no segundo momento, a apresentação de projetos de lei. Em muitas ocasiões já existem no Congresso proposições com texto amadurecido e que fazem referência a esses tipos de fato.

Por fim, há casos em que a agenda desenvolvida no parlamento ganha força por uma dinâmica própria, mas nem sempre no sentido desejado pelo Executivo. Nesse caso, a agenda é, então, apropriada (sempre por meio da apresentação de uma proposição legislativa), de forma a concorrer com os projetos que colocam em risco os interesses do Governo. Aqui temos a apropriação como medida preventiva, pela qual o governo apresenta seu projeto de lei ou medida provisória para tentar direcionar os temas de acordo com suas preferências e não de acordo com aquelas debatidas no Legislativo.

Percebe-se que a apropriação traz novos elementos de compreensão da relação entre o Legislativo e o Executivo no Brasil e coloca à prova a assunção generalizada de que o parlamentar é mero figurante no jogo de construção das leis. O fenômeno aqui tratado apresenta um quadro mais fidedigno sobre a complexidade do processo político associado à produção legislativa.

\* Consultor Legislativo do Senado Federal. Doutorando e Mestre em Ciência Política pela UnB; Especialização em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública; Economista pela UnB.

# STF versus CNJ - briga de cão e gato?

Alexandre Coutinho Pagliarini\*

Na qualidade de relator da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4638, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu liminar parcial que suspendeu a eficácia de alguns dispositivos da Resolução 135, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esta Resolução, em seu conjunto, dispõe basicamente sobre “a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados acerca de ritos e penalidades”.

## A Concessão da Liminar

A concessão da liminar foi noticiada pela imprensa como sendo pernicioso no sentido de ter esvaziado a competência do CNJ na atividade correicional dos juizes do Brasil todo. Contra a decisão de Marco Aurélio se insurgiu em entrevistas o presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); em favor, a Associação que representa os juizes do país (autora da ação).

Tem-se, de um lado, o STF, na qualidade de guardião da Constituição e de tribunal último do País. De outro, o CNJ como órgão que pode receber e conhecer das reclamações contra membros e órgãos do Poder Judiciário, “(...) sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos Tribunais (...)”.

## Congresso Nacional

A Emenda Constitucional 45/2004, ao criar o CNJ, permitiu-lhe “(...) o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, (...) além de outras funções que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura”. Entretanto, em nenhum lugar a Constituição disse que o CNJ é um Tribunal ou fizesse parte da estrutura judiciária para produzir a res judicata (coisa julgada).

Nesta briga de cão e gato e tendo em vista o que chamamos nós constitucionalistas de

ativismo judicial, há uma instituição omissa no meio: o Congresso Nacional, que não se deu ao luxo de positivizar norma que bem regulamentasse esta nova situação da Justiça no Brasil com a criação deste corpus de controle externo, que é o CNJ; a lei 11.364/2006 é insuficiente e evasiva. Logo, a questão tem que ser vista a partir do prisma principiológico constitucional, e na Carta da República encontramos elementos favoráveis à liminar de Marco Aurélio e outros favoráveis à Resolução do CNJ. Uma posição terá que ser tomada, em favor de uma doutrina ou de outra.

Na notícia da concessão da liminar por Marco Aurélio e no que se refere ao suposto esvaziamento das competências do CNJ, alguns fatores têm que ser levados em conta: 1º) a criação do CNJ foi extremamente boa porque é tal órgão um instrumento de controle externo de um Poder (o Judiciário) que não se julgava submetido aos ditames do artigo 37 da Carta da República; 2º) o Poder Legislativo brasileiro é omissa e confuso em suas intervenções – quando elas existem; 3º) ativismo judicial; 4º) o CNJ não é tribunal.

Um erro que se pode apontar na Resolução guerreada pela AMB junto ao STF é o fato de que, nela, o CNJ se intitula tribunal, e poder jurisdicional este órgão de controle externo nunca teve, nem nunca terá – e nem tem a intenção de exercer o poder jurisdicional. Mas o que realmente causou irritação nos magistrados da AMB que ajuizaram a ação direta de inconstitucionalidade foi o fato de ela (a Resolução) dispor acerca da “uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados acerca de ritos e penalidades”.

Temos aqui diante de nós um “gol” marcado por Marco Aurélio. Realmente, segundo teorias federalistas e de tripartição dos Poderes clássicas, não pode uma Resolução superar hierarquicamente o Estatuto da Magistratura e as normas internas correicionais dos Tribunais estaduais e das demais Cortes de Justiça.

## Corregedorias de Justiça

Mas ao mesmo tempo a liminar do ministro Marco Aurélio representa um histórico “gol contra”. Ora, o CNJ foi criado justamente para uniformizar a conduta de juizes do Brasil inteiro – sem lhes tirar o poder jurisdicional – para cumprir a finalidade precípua de exercer externamente ao âmbito judicial “(...) o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes (...)”. O que vinha ocorrendo antes da atuação do CNJ era o seguinte: as Corregedorias de Justiça eram omissas, não investigavam e não puniam e isso feria de morte o princípio da moralidade administrativa (art. 37 CF/88) também aplicável à atuação de juizes e serventuários da Justiça.

Caso o Plenário do STF acompanhe o voto do ministro Marco Aurélio em fevereiro de 2012, a nossa Suprema Corte estará a produzir os seguintes resultados: a) privilegiará o ativismo judiciário que vem fazendo com que este Poder – que nem eleito é – se sobreponha ao Legislativo; b) esvaziará a



GLAUCIO DETTMARAG, CNJ

competência fiscalizatória do CNJ; c) fará com que tudo volte ao *statu quo ante*, e, conseqüentemente, os juizes descomprometidos com a moralidade administrativa sentir-se-ão aliviados porque sabem que as suas Corregedorias nada farão contra eles.

Na verdade, o grande culpado pelo que está a ocorrer é o Congresso Nacional brasileiro, que transformou o(a) presidente da República em legislador(a) (por meio das Medidas Provisórias) e que transformou o Judiciário brasileiro também em legislador numa escala que nem o magistrado e escritor norte-americano Oliver Wendel Holmes (da doutrina do realismo jurídico) jamais sonhou possível; daí pergunta-se: o STF é o Oráculo de Delfos?

## Ajustes Legislativos

Portanto, não pode haver briga de cão e gato. Criado o CNJ, já deveriam ter sido

feitos os ajustes legislativos para que a novidade excelente que este órgão de controle externo representa pudesse bem funcionar; mas nunca é tarde.

Por fim, posiciono-me contra a decisão provisória de Marco Aurélio, pois é evidente que o CNJ foi criado para proporcionar mais credibilidade à própria Justiça, forçando-a a observar o princípio constitucional da moralidade administrativa – sobretudo este.

\* Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre pela PUC/SP. Pesquisador do NPGD da UNIT (Aracaju/SE), onde também é Professor Titular e Coordenador de Relações Internacionais. Professor Titular da FITS (Maceió/AL). Professor Visitante na Universidade de Lisboa (com o Catedrático Jorge Miranda). Articulista/Especialista do Instituto Millenium. Diretor de Relações Internacionais do IDCC. Escritor. Advogado.



### Consultoria Empresarial

- Avaliação de Empresas
- Captação de Investimentos
- Defesa Patrimonial
- Diagnóstico Financeiro
- Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira
- Plano de Negócios
- Plano Financeiro
- Recuperação de Impostos - Revisão de Tributos
- Reestruturação e Recuperação de Empresas
- Renegociação de Dívidas Bancárias

www.viamarketing.com.br

Porto Alegre / Rio Grande do Sul / Brasil

Fone: (51) 3062.0555



# A prestação jurisdicional no Brasil

Eficiência x Eficácia

Bruno Espíneira Lemos\*

Não é de hoje que se discute a qualidade, a eficiência e a eficácia da prestação jurisdicional no Brasil. Tem-se na ordem do dia, por exemplo, a discussão sobre a extensão dos poderes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), discute-se a necessidade do aumento do número de ministros no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a criação de novos Tribunais Regionais Federais (TRFs), debate-se a reforma ou criação de um novo Código de Processo Civil (CPC) e no atual momento eu ousaria nominar outro elemento que merece debate que, quer se queira ou não, auxilia no retardamento da prestação jurisdicional, qual seja, a demora do presidente da República em nomear magistrados que passam por seu crivo de escolha.

Rapidamente, quanto ao CNJ, não posso imaginar que ainda existam vozes que discordem da sua importância e relevância no atual cenário republicano, na pavimentação de caminhos para uma melhor prestação jurisdicional. Aliás, corporativismos à parte, difícil não concluir que se trata o CNJ de uma das melhores, senão, o melhor invento aprovado pelo constituinte reformador, cuja atuação maiúscula, jamais se poderia cogitar ser aparada rumo a uma “competência” subsidiária diante da atuação das corregedorias dos tribunais. Isso representaria retrocesso inaceitável.

Quanto ao aumento do número de ministros no STJ, embora me pareça um debate que ainda possa amadurecer, inclino-me no sentido de que tal aumento se faz necessário.

Atinente à criação de novos TRFs, em especial, um desmembramento da competência do TRF da 1ª Região, me parece medida necessária, para não dizer crucial.

No que diz respeito à reforma ou elaboração de um novo CPC, os debates em torno da questão são normalmente profícuos, pois nos ajudam a reinventar-nos e quiçá, melhorarmos

enquanto operadores do Direito, todavia, sempre guardo reservas quando o foco principal passa a se direcionar de maneira monocórdia ao tema dos recursos processuais, vistos como os “vilões” ou principal motivo da morosidade da prestação jurisdicional, jamais sendo observados sob a ótica de se constituírem em um dos importantes meios de exercício da ampla defesa a ser disponibilizado ao jurisdicionado.

Aliás, essa perspectiva negativa dos recursos, quase sempre imputável ao magistrado sonolento que atribui ao advogado os excessos que retardam as lides, merece a crítica perspicaz de Calamandrei, para quem, sem os advogados, “... não haveria mais, no processo, as sutilezas inventadas pelos leguleios; não haveria mais questões de competência, nem apelações, nem recursos em cassação. Se não fossem os advogados, a justiça se desenrolaria pacatamente, com espírito paterno e patriarcal... E assim por diante, até o incauto orador decidir-se a deixar seus juízes irem almoçar”.

## Recursos Processuais

Bons ventos soprarão quando os reformadores lembrarem que, mais importante do que os “recursos processuais” é a boa gestão dos tribunais e mesmo o investimento de “recursos financeiros” na máquina judiciária, na sua estrutura e no seu pessoal de apoio. Na minha modesta percepção, sem esse enfoque, se enfraquece qualquer “legitimação” reformadora que não substancial reside no âmbito meramente formal.

Instado certa feita a opinar, na condição de membro da Comissão Nacional de Acesso à Justiça do Conselho Federal da OAB, sobre a questão do aumento do número de ministros do STJ destaquei que a prestação plena da jurisdição, com a “razoável duração do

processo”, possui hoje assento constitucional no Brasil, na topologia dos direitos e garantias fundamentais, portanto, categorização de um direito fundamental a merecer em toda a sua dimensão e extensão a proteção do Estado, sendo a nova redação do art. 5º, com a introdução do seu inciso LXXVIII, da Carta Maior, fruto de evolução da sociedade.

Ponderei ainda naquela ocasião, o que repito agora, quanto aos obstáculos orçamentários (destina-se ao sistema de Justiça do País, segundo dados do CNJ, 1,12% do PIB), na lição de Ferrajoli, as instituições políticas, começando pelo Estado, não são sociedades comerciais com fins de lucro. O crescimento econômico e a produção da riqueza não são fins, nem muito menos seus parâmetros de legitimidade. Certamente é verdade que os direitos fundamentais custam, assim como, também é certo que custam ainda mais, também no plano econômico, suas violações e inobservâncias. Este é um fato geralmente ignorado. Comumente, o desenvolvimento econômico vai associado, na ideologia liberal, ao exercício somente dos direitos civis de propriedade e de livre iniciativa. Só o mercado seria, graças à perspectiva dos benefícios, um fator de produção de riqueza. Todavia essa é uma visão restrita das causas do desenvolvimento, como aquela que mede o crescimento apenas em função do produto interno bruto.

Ainda na senda do raciocínio empreendido por Ferrajoli, quando cita Amartya, fica demonstrado que todas as liberdades fundamentais representam outros fatores do desenvolvimento e do bem-estar e da produção, dado que servem para promover as chamadas capacidades fundamentais da pessoa. Por exemplo, sem liberdade de imprensa e sem democracia política não se tem controle sobre o correto exercício dos poderes públicos. Sem liberdade de pensamento e

expressão não se tem pesquisa nem desenvolvimento intelectual, cultural e tecnológico. Sem garantia das liberdades civis e pessoais não se tem sequer iniciativa econômica, nem segurança nos mercados e nos investimentos.

Sustento, pois, que a racionalidade econômico-formal weberiana, no caso, daqueles que se aliam ao argumento unicamente orçamentário para barrar os investimentos no sistema de justiça, deve dar lugar à ideia de racionalidade material ou substancial de Celso Furtado, em matéria de interesses sociais relevantes, que se mesclam aqui com os direitos fundamentais.

Como se pode notar, esses e outros debates merecem todo o espaço destacado em qualquer democracia em sua eterna e inconclusa busca por uma desejada síntese dialética. Acrescento apenas uma pitada nova na discussão: Não se sabe ao certo a razão da demora, além, certamente, da busca por uma melhor escolha, da presidente da República em nomear os magistrados, cujas listas tríplexes são constitucionalmente atribuídas para escolha.

Explica-se melhor, padecem na mesa presidencial dezenas e dezenas de listas para nomeação em TREs, TRTs e TRFs de todos os cantos e regiões do País, aliás, também padece uma lista do próprio STJ, e, até recentemente, também se viveu essa angústia no STF. Nossa presidenta, a quem tanto admiro e respeito e que decerto possui outras tantas importantes e densas atribuições diante da magnitude das suas funções, poderia nos brindar com mais essa cota de contribuição com a prestação jurisdicional célere no Brasil, observando uma “razoável duração do processo” de escolha dos magistrados que lhe compete selecionar.

\* Advogado. Procurador do Estado da Bahia. Mestre em Direito – UFBA.

# Crise e desafios na União Européia

Luciano Benetti Timm\*

A União Européia é o resultado de um processo de formação de um bloco europeu comum que durou muitos anos e que provavelmente ainda não chegou ao seu fim. Do modo simplificado, pode-se dizer que ela seja um tratado que une países, mas um tratado que vai além de acordos tradicionais entre países por criar instituições comunitárias, com alguma independência frente aos países membros. Ela começa com tratados de cooperação de energia e proteção militar no pós-guerra e chega até a formação de uma “quase federação” no Tratado de Roma por meio do qual são criadas instituições comunitárias como a Comissão Européia. Países abrem mão de parcela de sua soberania em prol de ganhos de escala na formação de um bloco comum europeu. Ademais, futuramente, também por tratados, cria-se uma cidadania européia, terminando com as fronteiras entre países membros da Comunidade (ou mais propriamente União); e ainda se institui a moeda européia (o Euro).

É no meio deste processo que países membros da União Européia foram pegos por uma crise financeira que assolou os Estados Unidos da América e que teve suas repercussões no Velho Conti-

nente. A verdade é que cada país europeu, fruto de sua cultura, aproveitou o excesso de liquidez financeira mundial de sua maneira. Alguns países, como a Alemanha, aproveitaram para reestruturar as finanças públicas e outros preferiram, como a Grécia, viver o presente sem pensar nas consequências futuras que adviriam em momentos de crise de liquidez (carpe diem).

Não é novidade a ninguém que vários países europeus perderam competitividade e que seu modelo de Estado Social estava agonizando. E a razão para isso é simples: aumento da expectativa de vida da população sem correspondente incremento de atividade empresarial. Pessoas vivendo por mais tempo significa uma diminuição de emprego aos mais jovens, ao mesmo tempo em que traz maiores custos de previdência social e mesmo de tratamento médico (cada vez mais caros e complexos no prolongamento da vida humana).

Mas não é só isso. Os anos de bem estar social promovidos pela redistribuição de renda praticamente aniquilou o empreendedorismo europeu (pense-se em França, Inglaterra por exemplo), novamente com raras exceções (Holanda e Ale-

manha, sobretudo). Uma geração de “indignados” que atingiu uma perigosa zona de conforto e que foi pega em meio a uma crise de proporções mundiais não aceita o empobrecimento da Europa.

O receituário para Europa é simples e conhecido no Brasil. Aperto fiscal, controle dos gastos públicos, da inflação e do câmbio. Eis o tripé montado pelo governo de Fernando Henrique Cardoso e mantido praticamente sem mudanças por Lula: estabilidade monetária, controle do dólar e Lei de Responsabilidade Fiscal.

Mas a geração de “indignados” não aceita. Como se a culpa fosse dos bancos (lembrando que bancos nunca emprestam dinheiro seu, mas dos outros, como dos fundos de pensão de estatais e funcionários públicos, fundos de investimento de milionários compostos muitas vezes por artistas e esportistas admirados pelo grande público e de petrodólares gerados em ditaduras admiradas e defendidas por setores da esquerda brasileira).

Contudo, a encruzilhada da Europa é mais complexa. Ela precisa decidir se aprofunda a União Européia, de modo que sua quase federação vire efetivamente uma federação como

os Estados Unidos (e, com isso, possa haver um controle maior das instituições européias sobre governos dos países, aliás como fez a União Federal brasileira em relação a Estados muito endividados como o Rio Grande do Sul); ou então se termina de vez com aquele bonito projeto de uma Europa só. Ficar no meio do caminho será o pior dos mundos para os europeus poderem enfrentar o século XXI, que sabidamente será o século asiático.

O Brasil poderia aproveitar o momento para importar professores e engenheiros europeus como fizeram os Estados Unidos no século passado. Repatriar jogadores de futebol gordos e preguiçosos não nos fará dar o salto que precisamos para competir com asiáticos.

\* Advogado. Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Possui pesquisa de Pós doutoramento na UC Berkeley no Departamento de Direito, Negócios e a Economia, Master of Laws (LLM) em Direito Econômico Internacional pela Universidade de Warwick (Inglaterra). Professor do PPGD da UNISINOS. Editor das obras “Direito e Economia” pela Livraria do Advogado. Autor do livro “Direito e Economia no Brasil” pela Editora Atlas.



**PENSE  
GRANDE.  
FAÇA  
DAMÁSIO.**

Campanha de

# Matrícula 2012.1

No Damásio, há descontos em TODAS as mensalidades:

até 31/12/2011  
**25%**  
de 1º a 31/1/2012 – 20%  
de 1º a 29/2/2012 – 15%

Direção-geral: Damásio de Jesus

Direção pedagógica: Marco Antonio Araujo Junior

## Carreiras Jurídicas

### Anuais

- Anual Carreiras Jurídicas (Diurno ou Noturno) ●
- Anual Carreiras Jurídicas (Fins de Semana) ●

### Semestrais

- Defensoria Pública e Procuradorias ●
- Delegado de Polícia Civil ●
- Delegado Federal ●
- Magistratura e MP do Trabalho
- Magistratura e MP Estadual

### Módulos Especiais

- Analista e Técnico dos TRT's e do TST – **Novo**
- Analista dos Tribunais – TRE/TRF
- Sentença Cível, Criminal e Peças do MP ●
- Questões Discursivas, Sentenças Trabalhistas e Peças Típicas do MP do Trabalho ●
- Resolução de Questões, Súmulas e Jurisprudências
- Português para Concursos

## Exame de Ordem

### Extensivo Semestral

- 1ª fase (Semanal ou aos Fins de Semana)

### Conheça também:

- Intensivo
- Reta Final
- 2ª fase

[www.damasio.com.br/oab](http://www.damasio.com.br/oab)

## Carreiras Fiscais

- Carreiras Públicas Semestral – Nível Médio ●
- Carreiras Fiscais Semestral – Nível Superior ●
- Técnico dos Tribunais (TRE/TRF/TRT)
- Agente e Escrivão da Polícia Federal ●

Consulte os descontos especiais para:

## Pós-Graduação

- Direito Constitucional Aplicado
- Direito do Trabalho e Processo do Trabalho
- Direito Penal e Processo Penal

[www.damasio.com.br/pos-ead](http://www.damasio.com.br/pos-ead)

● Nova formatação

Procure a Unidade mais próxima de você!  
**www.damasio.com.br**

**+250**  
de  
Unidades em  
todo o BRASIL!



**Complexo Educacional  
Damásio de Jesus**

# A liberdade como conceito de direito

Wellington Pacheco Barros\*



CARMELA GRUNE

Quando o Jornal Estado de Direito aniversaria nada melhor para homenageá-lo e à sua incansável diretora do que focar um tema bem representativo daquilo que é sua própria proposta de existência – liberdade.

Como a vida e a saúde, a liberdade é um tema que faz parte da existência humana. A Filosofia, a Sociologia, a Política e o Direito a enfrentam com profundidade. Mas é a História nos diz que por ela bateram-se países, revoluções eclodiram, ideologias surgiram e pessoas morreram. Assim, por mais que por ela se lute ou se discuta, haverá sempre a dificuldade de se prendê-la dentro de um conceito pragmático geral.

## Prazer

É certo que cada um sente dentro de si o que é liberdade, porque este sentimento individual é tão forte que se torna quase palpável. Neste prisma, pode representar o gosto pelo mar, pelas montanhas, pela velocidade, pela algazarra do grupo, mas também por estar só, pelo silêncio, pela imensidão do campo ou até mesmo pela embriaguez do vinho. Liberdade, portanto, para cada indivíduo, é um sentimento exclusivo: é a realização do que lhe dá prazer.

Acontece que esta abrangência personalíssima de liberdade não raramente gera conflito interpessoal, como por exemplo, é o exercício no mesmo momento e no mesmo local do gosto pelo silêncio e a necessidade do burburinho. O

**O conflito, assim,  
como regra natural  
de coexistência  
social, precisa ter seu  
elemento preventivo  
ou resolutor, mesmo  
em se tratando de um  
direito tão caro ao  
homem**

conflito, assim, como regra natural de coexistência social, precisa ter seu elemento preventivo ou resolutor, mesmo em se tratando de um direito tão caro ao homem.

O Brasil se pauta por normas de condutas escritas; há uma compreensão de que as leis ditadas pelo Estado são instrumentos imprescindíveis para reger a vida do homem e da sociedade brasileira. O direito legislado, por conseguinte, foi eleito como o exclusivo elemento normatizador da sociedade. O costume, a moral, a ética, que também são normas sociais

de comportamento, não raramente são relegados a meras citações doutrinárias, ou explicados como elementos subalternos à lei, e não como anteriores e superiores a ela. Embora se possa atribuir certa legitimidade por seu conteúdo histórico, não significa que a lei tenha, sempre, uma eficácia perfeita, mesmo no estreito campo de supremacia. Isto porque o processo de criação de nossas leis, e em quantidade razoável, não parte do princípio de que deve representar o querer do povo, que é o verdadeiro dono de todo o poder, mais do interesse grupal em jogo. Assim, muitas leis surgem com a obrigação de comportamento geral quando, em verdade, representam o resguardo de poucos. Ou seja, a sociedade é obrigada a cumprir a lei porque lhe dizem que, como lei, deve ser cumprida. Todavia, ela vai obedecer é ao mando do grupo que teve força de dirigir o seu processo de criação através do lobby. Contrariando a lei do grupo, louve-se o Congresso Nacional pela exaustiva discussão que trava a respeito das reformas do Código Florestal. A nova lei terá legitimidade social muito forte.

## Código Florestal

Mas, afastada a excepcionalidade da lei do grupo, a Constituição Federal é que nos dá o norte para que se possa conceituar liberdade no campo do Direito. Inicialmente, há que se visionar que a Constituição está dividida em dois grandes grupos de direitos: aqueles que repre-

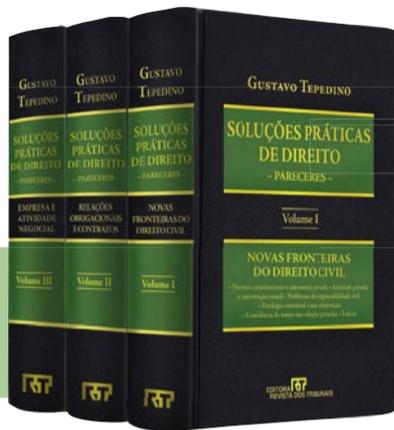
sentam as coisas dos indivíduos e da sociedade e, no lado oposto, aqueles que representam as coisas do Estado. Nestes, está tudo aquilo que o Estado deve ser: a criatura multifacetada, criada justamente para administrar o comportamento geral, que é a soma dos indivíduos. Naqueles, o que o homem é e o que ele pode fazer, inclusive as defesas que pode opor ao Estado quando esta atenta contra seus direitos.

Dessa forma, sendo a Constituição Federal a partilha de um poder maior, o da sociedade, do povo, no primeiro momento, não pode ter ela regras que se conflituem ou se excluam em obediência ao poder originário. Assim, como a ação do Estado não é absoluta, pois seu comportamento é derivado do poder social geral, ele se personifica nos traços da lei; nem mais, nem menos. Na mesma esteira de ideias se situa o comportamento do indivíduo, pois, embora possa fazer tudo que a lei não proíbe, mas como a lei no Brasil regra muito, seu limite também está nesta mesma lei. Portanto, como ela tem origem e finalidade social, a liberdade individual traz consigo esta carga de limites.

Por isso, é possível se concluir que a liberdade como conceito de direito é ampla, mas não é absoluta, em qualquer sentido.

\* Desembargador aposentado do TJ/RS, advogado do escritório Wellington Barros Advogados Associados, professor universitário, articulista e autor de mais de 50 livros.

# LANÇAMENTOS

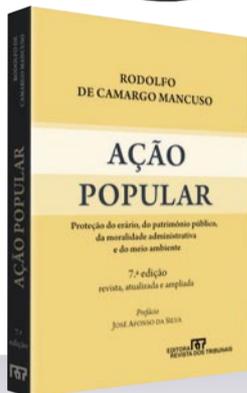


COLEÇÃO

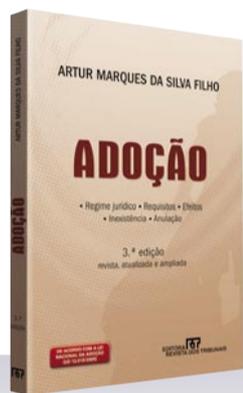
## SOLUÇÕES PRÁTICAS DE DIREITO

- ✓ 3 VOLUMES
- ✓ MAIS DE 1.900 PÁGINAS
- ✓ ENCADERNAÇÃO LUXUOSA

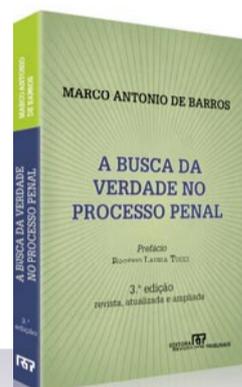
Pareceres atuais e relevantes sobre temas de Direito Civil e Empresarial interpretados na complexidade do ordenamento, proporcionando respostas seguras para questões profissionais cotidianas



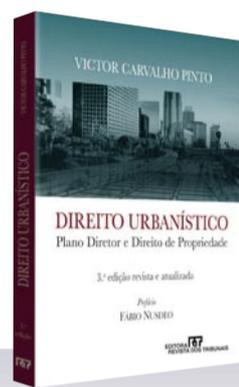
**Ação Popular**  
Rodolfo de Camargo Mancuso



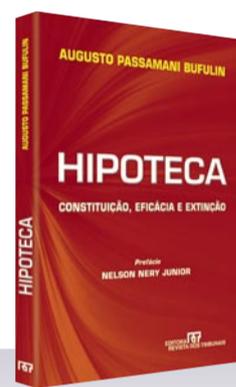
**Adoção**  
Artur Marques da Silva Filho



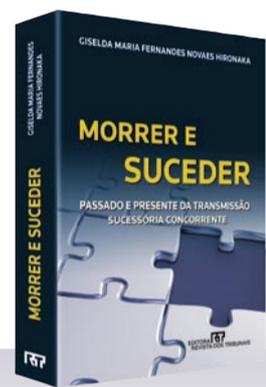
**A Busca da Verdade no Processo Penal**  
Marco Antonio de Barros



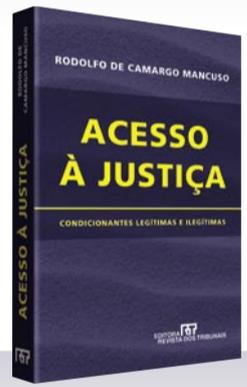
**Direito Urbanístico**  
Victor Carvalho Pinto



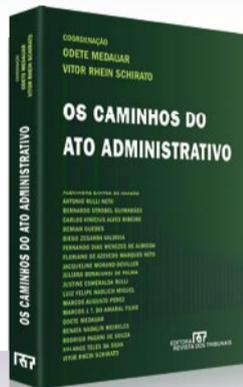
**Hipoteca**  
Augusto Passamani Bufulin



**Morrer e Suceder**  
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka



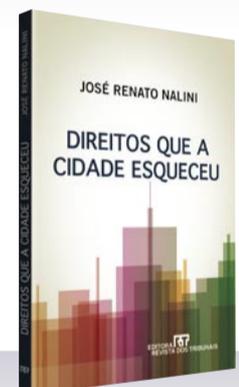
**Acesso à Justiça**  
Rodolfo de Camargo Mancuso



**Os Caminhos do Ato Administrativo**  
Coord.: Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato



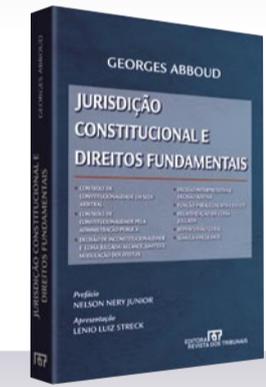
**Desvio Produtivo do Consumidor**  
Marcos Dessaune



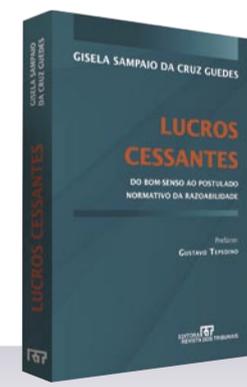
**Direitos que a cidade Esqueceu**  
José Renato Nalini



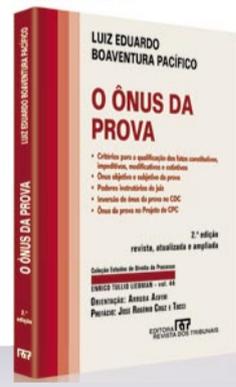
**Ética para um Judiciário Transformador**  
José Renato Nalini



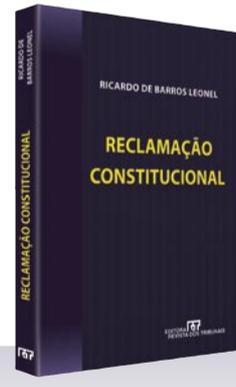
**Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**  
Georges Abboud



**Lucros Cessantes**  
Gisela Sampaio da Cruz Guedes



**O Ônus da Prova**  
Luiz Eduardo Boaventura Pacífico



**Reclamação Constitucional**  
Ricardo de Barros Leonel



**Responsabilidade Tributária**  
Coord.: Ives Gandra da Silva Martins



**Do Valor da Causa**  
Gelson Amaro de Souza

## CONHECIMENTO

O presente perfeito para pessoas especiais  
Dê um livro de presente de Natal!



Endereços completos em:  
[www.livrariart.com.br/lojas](http://www.livrariart.com.br/lojas)

Televendas 0800-702-2433

**livraria**  
**RT**

[www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)

SÃO PAULO • São Paulo • Itu • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • Petrópolis • Barra Mansa • Nova Friburgo • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Apucarana • Campo Mourão • Cascavel • Foz do Iguaçu • Fórum Estadual • Francisco Beltrão • Londrina • Maringá • Paranavá • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió

# Princípio da Insignificância em matéria ambiental

Luiz Regis Prado\*

A Lei 9.605/1998 revela-se problemática quanto à elaboração dos tipos penais, tanto no que diz respeito à amplitude excessiva de seus elementos normativos, elidindo o princípio da legalidade, como em relação à existência de efetiva lesão ao bem jurídico ambiente (PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Ambiente. São Paulo: RT, 2011).

Isso enseja, na prática, discussões acerca da punição de situações concretas de perfazimento de delitos ambientais que efetivamente não lesam o bem jurídico protegido pelo tipo penal.

Convém evidenciar que sua aplicação no âmbito meio ambiental é de extrema complexidade, haja vista as peculiaridades e relações que a matéria encerra.

De acordo com o princípio da insignificância (princípio de bagatela), formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *minima non cura praeter*, como manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal.

A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em casos de lesões de pouca gravidade ou quando no caso concreto, o *quantum* de injusto seja mínimo.

O princípio da insignificância é tratado pelas modernas teorias da imputação objetiva como critério para a determinação do injusto penal, isto é, como um instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados.

Alguns autores assimilam ou equiparam o instituto da adequação social de Welzel e o critério da insignificância elaborado por Roxin.

Entretanto, a finalidade dos casos englobados por ambos os critérios permite identificar diferenças marcantes entre eles, posto que nos casos abarcados pelo chamado princípio de insignificância não há a valoração social implícita na adequação social. Exemplo paradigmático é o furto de objetos de ínfimo valor.

Em sede ambiental, menciona-se o abatimento de duas árvores de espécie nativa brasileira, que não afeta o equilíbrio ecológico do local, mas teoricamente perfaz o delito insculpido no artigo 50 da Lei 9.605/1998; a manutenção de ave em cativeiro apenas para lazer, sem que esta tenha sido caçada ou utilizada de modo ilícito; o abatimento de um espécime, que não acarrete prejuízo à cadeia alimentar, ao equilíbrio ecológico etc.

A partir do princípio da insignificância, como fórmula de restrição interpretativa, explica-se que “só uma interpretação estritamente referida ao bem jurídico e que atenda ao respectivo tipo (espécie) de injusto deixa claro porque uma parte das ações insignificantes são tidas como atípicas e frequentemente já estão excluídas pela própria dicção legal. Mas, por outro lado, como, v.g., os furtos de bagatela, encaixam indubitavelmente no tipo: a propriedade e a posse também se veem vulneradas pelo furto de objetos insignificantes, enquanto em outros casos o bem jurídico só é menoscabado se ocorre certa intensidade da lesão” (Roxin).

Com a aplicação desse princípio, opera-se uma limitação no alcance dos tipos penais. É bem verdade que o furto de objeto de valor insignificante, a extração de duas árvores em floresta nativa, o porte de material de pesca em local proibido, sem que tenha ocorrido de fato

a captura de qualquer espécime, entre outros exemplos, são condutas que não podem ser valoradas como socialmente úteis ou adequadas, sendo, por isso, inaplicável a adequação social.

Tampouco é possível falar aqui em desvalor de situação ou estado, visto que a conduta do agente, conscientemente dirigida ao fim proposto, perfaz formalmente o tipo legal. Em tese, a solução está na aplicação do aludido princípio, em razão, respectivamente, do mínimo valor da coisa furtada e da ofensa quase irrelevante ao bem jurídico ambiente (equilíbrio ecológico local, ecossistema ambiental – da flora ou fauna –, por exemplo), como causa de atipicidade da conduta, visto que não há lesão de suficiente magnitude para a configuração do injusto (desvalor da ação/desvalor de resultado).

## Tutela Ambiental

De qualquer modo, a restrição típica decorrente da aplicação do princípio da insignificância não deve operar com total falta de critérios ou derivar de interpretação meramente subjetiva do julgador, mas, ao contrário, há de ser resultado de uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais vetores – v.g., valoração socioeconômica média existente em determinada sociedade (para o descaminho), elementos específicos próprios da tutela ambiental, tidos como necessários à determinação do conteúdo da insignificância. Isso do modo mais coerente e equitativo possível, com o intuito de afastar eventual lesão ao princípio constitucional da segurança jurídica.

Nessa linha de pensar, o Supremo Tribunal Federal tem buscado sua delimitação, exigin-

do para aplicá-lo a conjugação dos seguintes critérios: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF – HC 84412/SP).

No entanto e de modo geral, nota-se que doutrina e jurisprudência, no intuito de sua aplicação em matéria ambiental, por vezes, confundem insignificância com ausência de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido, e, até mesmo, com a própria integralização do injusto penal, através da composição do desvalor de ação/desvalor de resultado.

Por fim, importa destacar que a aceitação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade de determinadas condutas no âmbito do Direito Penal do Ambiente também não é unânime, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Demais disso, em grande parte dos casos concretos de aplicação desse postulado, o problema pode ser mais seguramente solucionado através dos princípios da lesividade (ofensividade ou exclusiva proteção de bens jurídicos), da intervenção mínima e fragmentariedade, e também pelo princípio da proporcionalidade.

Em realidade, a tão criticada imprecisão da adequação social não foi superada pelo critério da insignificância. O que é, afinal, insignificante? Trata-se de um conceito extremamente fluido e de incontestável amplitude. Daí, poder o referido princípio vulnerar a segurança jurídica, peça angular do Estado de Direito.

\* Pós-doutorado em Direito Penal Ambiental comparado. Universidade de Strasbourg (França).

# Natureza jurídica da inversão do ônus da prova

Antonio Carlos Fontes Cintra\*

A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC, tem se mostrado um instrumento de grande utilidade para reequilibrar a “disparidade de armas” no momento de realização de provas em litígios relativos às relações de consumo. Caracteriza-se, do mesmo modo, como estímulo ao conhecimento da verdade, na medida em que aquele que tem melhores condições de produção das provas é compelido a realizá-las, impedindo que se valha da regra básica do art. 333 do CPC para se quedar inerte no dever de cooperação processual.

Controversa, todavia, é a natureza jurídica da inversão do ônus da prova, se de “regra procedimental”, estando, portanto, sujeita a determinado momento processual e delimitada por outras fases que lhe antecedem e sucedem, ou se seria de “regra de julgamento”, como parte integrante dos mecanismos de convencimento de fundamentação do magistrado. Se for entendida como “regra procedimental”, deverá o magistrado, antes da fase de produção de prova, promover a inversão, permitindo ao réu o conhecimento prévio do ônus que lhe recai. Assim, caso a inversão do ônus probandi seja concedida após o momento processual de requerimento das provas, deverá o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, agora que conhecem o seu ônus, para que possam melhor se conduzir no processo, sob

pena de cerceamento de defesa.

## Regra de Julgamento

Na jurisprudência brasileira, o tema é controvertido. O STJ tem se posicionado pela concepção da inversão do ônus da prova como “regra de julgamento”, permitindo que seja decretada inclusive em segundo grau de jurisdição, sem que às partes seja conferido o direito de indicação de nova produção de provas. Em decisão mais recente, todavia, o STJ optou pela desconstituição da sentença que determinou a inversão do ônus da prova na própria sentença, asseverando que o momento mais adequado para a promoção da inversão *ope iudicis* é o do despacho saneador, que dará à parte ré a ciência de que terá de se empenhar em comprovar a inexistência dos fatos a ela imputados.

Os argumentos para concebê-la como regra de julgamento pautam-se na impossibilidade do julgamento antecipado sobre os elementos necessários à concessão da inversão, tais quais a existência de relação de consumo e verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. A concessão na fase de saneamento representaria, nesse sentido, antecipação de julgamento, ferindo o devido processo legal. Como o juiz é o destinatário da prova, as regras de distribuição de seu ônus são a ele dirigidas, constituindo-se em regras de juízo ou de julgamento.

Posicionando-se em sentido diverso, Rebouças

acentua que as regras de distribuição da carga probatória se destinam a todos os sujeitos da relação processual – juiz, autor e réu. Mas é às partes que interessa o conhecimento do encargo que lhes cabe, a ponto de ser tida como verdadeira a afirmação que lhes diz respeito (*allegatio et non probatio quae non allegatio*), de forma que a falta de provas, quando conferido o encargo da produção, fará com que os fatos alegados sejam tomados como inexistentes. Em razão disso, defende o autor que a decisão quanto à inversão do ônus deve anteceder a fase de produção de provas e se seguir à apresentação da contestação, quando o juiz estará apto a formar seu juízo quanto à verossimilhança das alegações. Excepcionalmente, todavia, admite-se a possibilidade de inversão da carga probatória no decorrer da instrução processual, quando se denotar que o réu tem criado obstáculos ao fornecimento de provas que se encontram em seu poder.

No mesmo sentido, Barbosa Moreira acusa a afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa na orientação da regra de julgamento, visto que impediria o fornecedor de se desincumbir de ônus da prova que até então não lhe pertencia, ressaltando que as normas sobre repartição do ônus probatório consubstanciam-se também, em “regras de comportamento dirigidas aos litigantes”. Conclui então o autor que “não seria demais recordar, ainda uma vez, que a finalidade da norma que

prevê a inversão é a de facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar.”

Concordamos com Barbosa Moreira e Rebouças. Ao nosso ver, deve ser conferida às partes a compreensão prévia do ônus que lhes cabe, de modo a dirigir os trabalhos que seguirão, evitando que sejam tomadas de surpresa, ferindo-se o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurados. A existência do ônus da prova é uma garantia processual, que assegura ao réu a certeza de que não responderá por fatos afirmados e não provados, permitindo também ao magistrado que se ampare em tais regramentos como instrumento a se evitar o coibido *non liquet*. Além disso, a não apreciação da inversão do ônus probatório antes da produção das provas impede o consumidor de se valer da prova pericial, que, na existência de uma inversão do ônus probatório na fase de saneamento, estimulará o fornecedor a promovê-la e custeá-la, sob pena de sucumbir ao ônus probatório se constatada sua necessidade.

\* Defensor Público do Distrito Federal, doutorando em Direito Privado pela Universidade de Lisboa, Mestre pela Umesp. Professor de diversos cursos preparatórios para concursos públicos. Membro do Conselho Superior da Defensoria Pública do Distrito Federal.

# Água alienígena?

André Rafael Weyermüller\*

Assim como ocorre com livros, muitos filmes precisam ser revistos e interpretados depois de certo tempo para que sirvam de base para importantes reflexões. O filme “O homem que caiu na Terra” é um exemplo e merece ser assistido com olhos contemporâneos. O filme foi produzido em 1976, tendo como tema central a problemática da água. O então jovem David Bowie interpreta um visitante de outro planeta que literalmente cai na Terra em uma nave que o traz de um planeta distante que sofre de extrema escassez de água onde sua família aguarda agonizante o desfecho dessa missão desesperada. O simbólico é uma constante no filme e permite assim diversas interpretações úteis.

A figura humanoíde, pálida e frágil, brilhantemente interpretada por Bowie, deixa sua família em seu planeta desértico para tentar a última possibilidade de salvar sua civilização trazendo água da Terra. O visitante é oriundo de um planeta avançado tecnologicamente. Isso, por si só é paradoxal, na medida em que fica subentendido que, apesar da tecnologia e desenvolvimento, carece de um bem tão simples e ao mesmo tempo tão essencial. Para os humanos, essa tecnologia eletrônica representaria resultados de bilhões de dólares, valor esse suficiente para investir em uma nave capaz de levá-lo de volta ao seu planeta levando o máximo possível do valiosíssimo bem.

A genialidade do filme está justamente na capacidade de deixar o problema principal da

água em segundo plano em relação às conexões estabelecidas entre o visitante e os humanos com o qual se relaciona. Sua visível inocência frente às características humanas negativas acaba conduzindo o enredo para um desfecho previsível. Os detalhes de como as coisas acontecem em termos práticos não são relevantes, cabendo ao espectador concluir por conta própria. Atribuindo a si o nome de Sr. Newton, o alienígena de aparência andrógena procura um advogado especializado em patentes e lhe apresenta documentos para patentear diversas inovações capazes de construir uma grande companhia para gerar uma fortuna com essas inovações. É claro que essas invenções provocam conflito com interesses econômicos poderosos que também são expostos de forma superficial, mas ao mesmo tempo evidentes, criando uma espécie de nuvem de interesse e cobiça sobre o nobre propósito do visitante. O dinheiro produzido pelas inovações trazidas é apenas um meio na visão do alienígena, enquanto que para o homem, um fim.

Seu envolvimento com uma mulher e sua parcial “humanização” através do relacionamento com ela, do consumo compulsivo de bebidas alcoólicas e da exposição excessiva à televisão, fragiliza ainda mais sua posição no contexto humano no qual se inseriu sem conhecer sua complexidade. O dinheiro produzido pelas inovações patenteadas e administrado por seu advogado é capaz de comprar tudo que deseja. Essa posição não faz o alienígena esquecer-se da sua origem e

do propósito que o trouxe, mas impede a concretização de seu objetivo. Seguidos lampejos de memória ou de visão atemporal constata-se que o tempo está passando para sua família que habita o planeta desértico sem futuro. De nada adianta a tecnologia que sua civilização produziu frente a esse problema essencial. Assim, nenhum diálogo existe entre sua companheira e seus dois filhos, até porque são desnecessários pela realidade desesperadora na qual estão inseridos. Metáfora do silêncio daqueles que não são ouvidos.

## Metáfora do Silêncio

Na Terra, a companhia criada por seu advogado proporciona a construção de uma nave espacial que aparece brevemente no dia em que seria lançada ao espaço. Fica evidente que ele tornou-se o foco da mídia e dos interesses de muitos, fato que lhe foi extremamente prejudicial. Sua viagem acaba se frustrando numa sucessão confusa de eventos que acabam confinando Newton em realidade artificial, onde recebe tudo que pede e é objeto de diversas experiências médicas inconclusivas que terminam com sua fuga e reaparição com o lançamento de um disco com músicas que espera sejam ouvidas por sua mulher no longínquo planeta, da mesma forma como tomaram conhecimento do “planeta água”. Pelas transmissões de televisão e rádio. Tudo inútil. O tempo não passa para ele, que reencontra envelhecidas as pessoas que num primeiro momento o ajudaram, mas que acaba-

ram fazendo prevalecer interesses essencialmente humanos. A atemporalidade da existência do Sr. Newton acaba por prendê-lo em nossa realidade. Impotente mesmo com muito dinheiro de mudar o destino que se abateu sobre seu planeta e família: a morte pela escassez de água.

A problemática da água é possivelmente o elemento mais sensível da crise ambiental que vivenciamos. Má distribuição, mercantilização, conflitos, contaminação e influências das mudanças climáticas indicam que o cenário de crise é real e carece de um enfrentamento muito mais efetivo, sobretudo pelo Direito e seus mecanismos cada vez mais inadaptados para essa realidade. Se o filme lembrado e resgatado dos anos setenta é apenas uma metáfora provocante desprovida de recursos visuais aos quais estamos habituados, a realidade da crise da água não pode mais ser enfrentada como se o tempo não passasse, como se no futuro nossa evolução tecnológica pudesse dar conta dos passivos criados. A adaptação do Direito é possível e está em aberto para construção da superação da lógica causal e linear pela matriz sistêmica. O extremo é uma possibilidade, mas ainda é possível uma atuação concreta sem ter que “cair” em outro planeta onde nossa tecnologia busca paradoxalmente indícios de água e vida. A vida está aqui e a água representa nossa essência material.

\*Advogado e professor de Direito da Feevale e Unisinos.

# Arbitragem na solução de conflitos espaciais

José Monserrat Filho\*

Acabam de ser criadas as “Regras Opcionais para Arbitragem de Controvérsias ligadas a Atividades no Espaço Exterior”.

As atividades espaciais, cada vez mais úteis, intensas, diversificadas e globalizadas, ganham os benefícios de um antigo recurso jurídico, reconhecidamente prático, célere e construtivo, que poderá se projetar neste conturbado século 21.

Não por acaso, o mais novo documento do Direito Espacial Internacional foi adotado rapidamente, no Palácio da Paz, em Haia, Holanda, agora no dia 6 de dezembro de 2011, pelo Conselho Administrativo da Corte Permanente de Arbitragem, conhecida pela sigla em inglês PCA (Permanent Court of Arbitration).

A Corte Permanente de Arbitragem, conceituada organização intergovernamental vinculada ao sistema das Nações Unidas, surgiu no ano de 1899, em Haia, durante a 1ª Conferência Internacional da Paz, com a missão de promover a arbitragem e outras formas de solução pacífica de litígios entre Estados. A instituição viu-se reafirmada pela 2ª Conferência Internacional da Paz, reunida também em Haia, em 1907 (na qual o célebre jurista brasileiro Rui Barbosa atuou com festejado destaque em defesa do princípio da soberania dos Estados).

A Corte Permanente de Arbitragem tem hoje 112 países membros, inclusive o Brasil e a maior parte dos países da América Latina, onde o recurso à arbitragem sempre desempenhou papel relevante. Atualmente, ela opera na área de cruzamento e interação entre o direito internacional público e o direito internacional privado. E segue empenhada, como em suas várias fases no passado, em resolver conflitos de forma civilizada, justa e diligente – imperativo cada vez maior do nosso tempo, tanto na arena política quando nas áreas econômica, financeira e comercial.

## A ideia e a elaboração do texto

O projeto sobre “Regras Opcionais para Arbitragem de Controvérsias ligadas a Atividades no Espaço Exterior”, lançado em 2009 pelo Secretário Geral da Corte Permanente de Arbitragem, Christiaan M. J. Kröner, buscou criar um mecanismo especializado para solucionar controvérsias surgidas nas atividades espaciais em rápida evolução – graças à participação crescente não apenas de novos países, como também de organizações internacionais intergovernamentais e não-governamentais, bem como de empresas privadas nacionais e multinacionais.

## Litígios

O texto foi desenvolvido pelo Bureau Internacional da Corte Permanente de Arbitragem em conjunto com um Grupo de Consultores Especialistas em Direito Espacial e Direito Aeronáutico, especialmente convidados. O Juiz Fausto Pocar, integrante do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, presidiu o Grupo de Consultores, composto por doze membros de diferentes países e regiões do mundo: Tare Brisibe (Nigéria), Frans von der Dunk (Holanda), Joanne Gabrynowicz (Estados Unidos), Stephan Hobe (Alemanha), Ram Jakhu (Canadá), Armel Kerrest (França), Justine Limpitlaw (África do Sul), Francis Lyall (Reino Unido), V.S. Mani (Índia), José Monserrat Filho (Brasil), Maureen Williams (Argentina) e Haifeng Zhao (China).

O texto final é claro, abrangente e, ao mesmo tempo, conciso. Com apenas 43 artigos, trata de ordenar de modo flexível, confiável e eficiente todo o processo de arbitragem de litígios numa área essencial: as complexas, arriscadas e caras atividades espaciais, que se tornaram indispensáveis à vida cotidiana de todos os povos e países.

## Objetivos Centrais

Como esclarece a introdução do documento, as regras opcionais para arbitrar litígios espaciais foram redigidas com base nas novas regras de arbitragem aprovadas, em 2010, pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL, na sigla em inglês), devidamente modificadas para alcançar os seguintes objetivos:

I) Expressar as especificidades das controvérsias que têm o espaço exterior como componente e envolvem o uso desse espaço pelos Estados, organizações internacionais e entidades privadas;

II) Reconhecer o direito internacional público como elemento integrante das controvérsias que podem envolver Estados e o uso do espaço exterior, bem como as práticas internacionais apropriadas a tais controvérsias;

III) Definir o papel do Secretário-Geral e do Bureau Internacional da Corte Permanente de Arbitragem de Haia;

IV) Conceder liberdade às partes para optarem por um tribunal arbitral de um, três ou cinco pessoas;

V) Fornecer nomes para compor a lista de árbitros especializados mencionados no Artigo 10 e a lista de peritos científicos e técnicos referidos no Artigo 29 das Regras Opcionais, e

VI) Formular sugestões para o estabelecimento de procedimentos destinados a garantir a confidencialidade dos trabalhos.

As Regras da Corte Permanente de Arbitragem sobre Meio Ambiente, aprovadas em 2001, também inspiraram a redação de vários artigos das Regras Opcionais para Arbitragem de Controvérsias ligadas a Atividades no Espaço Exterior.

## Regras flexíveis e parte autônomas

As Regras, amplamente flexíveis, são de uso voluntário. As partes em litígio – Estados, Organizações Internacionais e empresas privadas – recorrerão a elas se assim decidirem com total autonomia. E têm à sua disposição não apenas as Regras, como também os serviços do Secretário-Geral e do Bureau Internacional da Corte Permanente de Arbitragem.

Dois ou mais Estados podem se valer das Regras, por exemplo, para resolver litígios sobre a interpretação ou a aplicação de acordo multilateral a respeito do uso ou acesso ao espaço exterior.

Em conflitos sobre questões técnicas, como reza o Artigo 27 das Regras, as Partes, por mútuo acordo, devem apresentar no processo de arbitragem um documento que resuma e revele os assuntos de fundo dos temas técnicos e/ou científicos que os litigantes desejem levantar em seus memoriais ou declarações orais.

As Regras anexam, ao final, três modelos de cláusulas: 1º) Para as Partes introduzirem em tratados, acordos e contratos o recurso à arbitragem visando solucionar controvérsias futuras, inclusive com a escolha do número de árbitros (um, três ou cinco), da cidade ou país da arbitragem, bem como da língua a ser usada no processo; 2º) Para declaração de renúncia a qualquer processo contra a sentença emitida pelo tribunal de arbitragem; e 3º) Para declaração de imparcialidade e independência a ser apresentada pelo juiz ou juízes indicados para compor o tribunal de arbitragem, conforme o Artigo 11 das Regras.

\*Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (SBDA); Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Espacial da SBDA.

# Sistema Climático

O ambientalista português Paulo Magalhães entrevista o professor

Catedrático de Direito Internacional Público da Universidade da Coruña, José Manuel Sobrino Heredia.



QUERCUS

O sistema climático num património comum da humanidade, tem como objectivo que esse património seja gerido por uma autoridade que esteja acima dos Estados

**Paulo Magalhães:** O sistema climático deveria ser um Património da Humanidade?

José Manuel Sobrino Heredia (JM): Bom, é uma ideia bonita, é uma ideia sugestiva, é uma ideia nova, e eu acredito que é uma ideia que pode produzir valor acrescentado. É uma ideia que tem fundamento jurídico também, quer dizer que não é algo artificial, isto significa que podemos encontrar uma base política, um fundamento, que permita que o sistema climático unido a outros sistemas naturais, constitua um Património logicamente de natureza imaterial da Humanidade. É novidade pelo seu objeto de pensamento, porque a ideia de património comum da humanidade remonta há muitos anos atrás quando Países em vias de desenvolvimento fizeram sua a bandeira de que as riquezas do mundo na sua globalidade deveriam estar na nossa geração e nas gerações futuras. Pensaram utilizá-la em algo material e imaterial, material porque eram os recursos dos fundos marinhos e oceânicos, os nódulos polimetálicos, mas pouco a pouco se foi anexando a esses recursos materiais outros recursos que são menos materiais, por exemplo, o clima no fundo mar. A situação no fundo do mar, porque tudo é dependente, é todo um conjunto, é uma globalidade. Enfim, penso que o projecto de considerar o sistema climático num património comum da humanidade, tem como objectivo que esse património seja gerido por uma autoridade que esteja acima dos Estados, no que se refere logicamente ao clima.

**PM:** O conceito de Património imaterial natural pode ser um caminho possível para

capturar e internalizar factores essenciais a nossa existência, e que hoje são considerados como “externalidades”? Seria um instrumento indicado para construir uma contabilidade das relações globais?

JM: Bem. Património é uma ideia. É uma ideia jurídica, é uma ideia filosófica, mas agora vamos falar em termos jurídicos do património que é algo que é necessário conservar. Conservar no interesse de todos. Então a gestão de um património no interesse de todos, porque é multilateral, é mais sensível, mais difícil de forma bilateral entre soberanias. Os países estão fechados nas suas fronteiras, nos seus territórios, nos seus quadros políticos de atuação. Se combinarmos a ideia de património com a ideia de uma autoridade internacional, e se lhe atribuirmos competências relativas, não são necessárias muitas, mas certas competências para estabelecer um quadro de atuação multilateral, creio que se resolveriam muitas das tensões atuais. Mas claro para o conseguir, seria necessário conseguir que certos países que neste momento estão emergindo, como que o Brasil, o México, Índia, China, para citar os mais relevantes, aceitem ceder certas parcelas do exercício da soberania, não digo da soberania, mas do exercício da soberania em temas ambientais ou simplesmente climáticos a uma autoridade internacional, em conjunto com os outros países, não é simples. Seria necessário verificar o sistema que neste momento esta em funcionamento na autoridade internacional dos fundos marinhos e oceânicos. Foi projecto que começou como um grande projecto futurista, com concessão de competências soberanas, e hoje é um mecanismo que eu creio que funciona bastante

bem. Que equilibra os interesses das grandes empresas, há que as ter em conta, porque estão na vida económica das grandes potências, com os interesses das potências que não têm tecnologia para explorar os seus fundos. A perspectiva pragmática que está aqui a ser utilizada, poderia aplicar-se aos sistemas climáticos e oceânicos.

**PM:** Então, serviria de alicerce para construção de um sistema jurídico-económico, com justiça e reciprocidade necessárias para viabilizar projecto coletivo de recuperação da biocapacidade do planeta?

JM: É uma ideia. Eu penso que esta ideia para ser mais do que uma ideia, tem que institucionalizar-se. Por exemplo agora em Durban, está-se a discutir sobre dinheiro, isto é com que dinheiro se vai alimentar o fundo verde climático. Mas quem o vai gerir? Quem vai dar esse dinheiro está preocupado com o destino do dinheiro. Não se podem colocar nas mãos de governos, sobre tudo em países em que os governos são voláteis, onde não há estabilidade política, e não se pode financiar um programa planificadamente, porque em dois anos pode haver uma mudança violenta anticonstitucional do sistema. Há pouca segurança na utilização do dinheiro. Se este fosse um mecanismo institucional internacional, penso que os países doadores aceitariam melhor a entrega desse dinheiro. Penso mesmo que por não existir esse mecanismo, esse dinheiro não se vai entregar, visto ser um valor elevado, não vai existir esse fundo 100.000 milhões de dólares anuais. Os Países em desenvolvimento não são capazes de utilizar esse dinheiro, da mesma forma como não são capazes de utilizar o fundo

européu de desenvolvimento. Será necessário procurar alianças e isto só pode ser no quadro de uma estrutura institucional. É também importante que o setor privado não esteja afastado, porque fundamentalmente é o setor privado que contamina. É claro que o setor privado não quer participar num programa de investimento numa economia limpa, e ao fim de um ano existir uma mudança de governo ou de normas. Uma instituição internacional daria essa segurança jurídica.

**PM: A ideia de Património pode constituir a desejada evolução jurídica de um conceito indeterminado e genérico do “Common Concern of Mankind”, em algo mais palpável que não exista apenas no espírito dos seres humanos como “preocupação”?**

JM: Sem dúvida nenhuma. Não é apenas uma preocupação ou interesse da humanidade, está numa escala superior, é a existência de um património imaterial, é a noção patrimonial. Existe algo que devemos conservar, existe algo que tem um valor, que se pode quantificar, é difícil de quantificação, mas há um valor que se deve proteger. Esta é ideia de património. Enquanto a ideia de humanidade não é algo adquirido do direito internacional. A noção de humanidade não é nenhuma novidade, e não vem de agora, o que se passa é que entrou mais lentamente no mundo do meio ambiente do que noutros cenários internacionais. Por exemplo o direito internacional humanitário faz referência à humanidade, o direito internacional penal faz referência à humanidade. Nestes momentos pode-se estar julgando, nos tribunais de Ruanda ou na Jugoslávia ou no tribunal de Haia (no Tribunal Penal Internacional), certos indivíduos por terem cometido crimes

contra a humanidade. Então não é nenhuma novidade, é uma questão de pensar e unir ambos os pólos, Património e Humanidade e ligá-los ao meio ambiente ou a algo mais concreto como o sistema climático.

**PM: Num condomínio existe uma gestão integrada de diferentes formas da propriedade que se sobrepõem sobre um mesmo bem? Esta propriedade híbrida, poderá ser conceptualmente ampliada para o planeta?**

JM: Para o direito internacional a ideia de condomínio não é nova. Historicamente foi utilizada a ideia de condomínio, esse equilíbrio entre o individual e o coletivo, sobretudo em períodos coloniais, por exemplo, o condomínio das zonas híbridas e também em territórios que têm uma difícil determinação da soberania territorial, por exemplo, a ilha dos Faisões entre Espanha e França, e noutras zonas do mundo. Responsabilidade e condomínio são compatíveis. E existem outras práticas que lhe são muito próximas. Hoje em dia os âmbitos jurídicos não são compartimentos estanques, mas são purosos e comunicam. A soberania não é algo absoluto, é relativo, é maleável, não é como no século XIX. Hoje em dia se permite que haja uma atribuição do exercício de certos âmbitos de soberania a outras instituições. Vemos todos os dias os portugueses e espanhóis, talvez mais os espanhóis, porque por um lado temos a União Europeia por outro lado temos as comunidades autónomas. Então estamos acostumados que uma matéria atue em diferentes níveis de poder político, simplesmente introduz-se princípios adequados de organização, o princípio de subsidiariedade, o princípio de proporcionalidade, princípio de

**A soberania não é algo absoluto, é relativo, é maleável, não é como no século XIX. Hoje em dia se permite que haja uma atribuição do exercício de certos âmbitos de soberania a outras instituições**

atribuição de competências, e se funcionam bem a nível de estado espanhol e a nível de União Europeia, também se pode projectar a um nível superior porque o princípio da subsidiariedade poderia ser um princípio perfeitamente aplicável ao património comum da humanidade. Neste sentido e quando a dimensão do problema ambiental vai mais adiante que as possibilidades de cada estado tem para resolver de forma rápida, eficaz e efetiva, são nulas. Nestas matérias a realização dos interesses do Estado só se realizam no seio de um quadro multilateral, e se houver uma autoridade superior, porque tem um maior campo de actuação, estamos a agir na dimensão do problema. Há uma série de mecanismos, procedimentos e princípios no âmbito jurídico que poderiam fortalecer esta ideia de Património da Humanidade.

**PM: A própria imaterialidade do conceito de sistema, pode constituir uma ferramenta para estruturar e organizar a sobreposição que existe entre as actividades realizadas no interior dos estados e os seus efeitos globais?**

JM: Este sistema é hipotético, visto que é uma ideia. Eu gosto desta ideia porque a palavra sistema em si significa algo que se organiza, normas e princípios organizados que se aplicam em determinado âmbito, e a instituições também. Penso que é importante fortalecer esta ideia, no momento atual em que estamos num deserto de ideias nesta matéria, porque penso que o mundo está preocupado com outras questões mais materiais, como o problema das crises financeiras e económicas. A ideia de património imaterial do sistema climático, introduz um certo elemento emocionante, uma certa novidade. Penso que se poderia não eliminar, porque é impossível eliminar, mas suavizar os confrontos de soberanias, porque atualmente quando vamos a Durban, ou a Cancun ou Copenhaga o problema é que os estados se reafirmam uns sobre os outros e não cedem. Os chineses dizem aos americanos ou aos europeus, vocês contaminaram, a dívida ecológica é vossa, e agora toca-nos a nós aguentar e pagar. Isso é inviável porque é uma soberania contra outra soberania. É necessário procurar um sistema em que se perceba a globalidade do problema, e a necessidade de estabelecer uma instituição que se eleve e que dêem uma maior atenção a essas questões do meio ambiente e das alterações climáticas que desgraçadamente as têm passado para segundo plano.

## CURSOS DE EXTENSÃO

Direito Sucessório: Atualização, Abordagem Processual e Prática Forense  
21 a 29 de novembro de 2011

Direito e Homoafetividade: Os Novos Arranjos Familiares no Cenário da Vida Contemporânea  
29 de novembro a 8 de dezembro de 2011

Noções Sobre Armas de Fogo  
2 a 3 de dezembro de 2011

[www.feevale.br/extensao](http://www.feevale.br/extensao)

CURSOS NA  
ÁREA DE DIREITO  
FEEVALE.  
NA DEFESA DO  
CONHECIMENTO,  
DA INOVAÇÃO E  
DO SEU FUTURO.



UNIVERSIDADE  
**FEEVALE**  
CONHECIMENTO PARA INOVAR O MUNDO

# Em defesa da responsabilidade territorial urbana

Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo\*

No curso dos acirrados debates sobre a nova lei florestal que têm ocorrido nos últimos três anos no Congresso Nacional, a questão urbana resta praticamente ignorada. As discussões trataram até agora, sobretudo, da consolidação ou não de ocupações efetivadas em desacordo com a lei em imóveis rurais. Demandas do setor agropecuário têm dominado a pauta política, em contraponto com esforços dos ambientalistas contra retrocessos nas normas de proteção das florestas e outras formas de vegetação nativa.

O atual Código Florestal (Lei nº 4.771/1965) apresenta lacunas no que se refere aos perímetros urbanos. As regras sobre as áreas de preservação permanente (APP) aplicam-se em tese a áreas rurais e urbanas, mas a redação da atual lei florestal nesse aspecto é pouco precisa e colide com dispositivos da Lei do Parcelamento Urbano (Lei nº 6.766/1979). Na prática, as APP têm sido simplesmente ignoradas em vários núcleos urbanos, realidade que se associa a graves prejuízos ambientais, como o assoreamento dos corpos d'água, e a eventos que acarretam sérios riscos para as populações humanas, como as enchentes e os deslizamentos em encostas.

## Solo Urbano

As lacunas e os conflitos normativos em relação às APP e a outros assuntos incluídos na interface entre o direito ambiental e o direito urbanístico foram objeto de estudos durante alguns anos na Câmara dos Deputados, no âmbito do processo de formulação da futura Lei de Responsabilidade Territorial Urbana (LRTU). A ideia é que a LRTU substitua a Lei do Parcelamento Urbano, mediante texto em que se garanta abordagem mais ampla e consistente do que a da legislação em vigor. Intenta-se que sejam abrangidas todas as formas de parcelamento do solo urbano, incluindo também os condomínios urbanísticos, bem como sejam detalhadas as regras para regularização fundiária de favelas e outras ocupações irregulares existentes nas cidades. A proposta é a disciplina, também, do licenciamento urbanístico e ambiental integrado dos parcelamentos, e dos locais nos quais se veda ocupação em razão do risco para a população e para o meio ambiente, entre outros



aspectos. A LRTU constituirá complemento importantíssimo do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), o principal diploma legal referente à questão urbana no plano nacional.

O processo legislativo correspondente à LRTU (Projeto de Lei nº 3.057/2000 e proposições apensas), reunindo cerca de vinte proposições afetas ao tema, já ultrapassou a etapa das comissões, tendo sido aprovado na forma de substitutivo elaborado no âmbito de comissão especial, que se encontra pronto para análise pelo plenário da Câmara dos Deputados. Desde o final de 2007, contudo, não há movimentação

política significativa em prol da colocação desse processo em pauta para decisão final.

Acredita-se que, em grande parte, esse quadro decorre da apropriação ocorrida de parte do conteúdo do substitutivo referente à LRTU. Quando foi adotada a medida provisória relativa ao Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), que gerou a Lei nº 11.977/2009, o Poder Executivo inseriu no texto um capítulo relativo à regularização fundiária em áreas urbanas baseado integralmente nas discussões sobre a LRTU. Têm essa origem as regras mais importantes e inovadoras sobre o tema, como as que dizem respeito aos institutos da demarcação urbanística e da legitimação de posse, bem como a opção pelo tratamento diferenciado quanto a regularizações de interesse social, direcionadas à população de baixa renda, e demais regularizações. A apropriação de parte do texto que vinha sendo construído pelos parlamentares, e sua inserção na medida provisória base da Lei do PMCMV, ao que parece, reduziu as chances de aprovação da LRTU, ao menos no curto prazo.

Sabe-se que os assentamentos informais muitas vezes ocupam exatamente áreas ambientalmente frágeis e mesmo locais especificamente protegidos pelas normas ambientais. A legislação ambiental brasileira é bastante rigorosa, mas em certos pontos permanece apenas parcialmente aplicada, em face da capacidade limitada de fiscalização dos agentes públicos, da omissão desses agentes associada em alguns casos à corrupção e, também, da inviabilidade concreta de serem efetivadas ações mais rigorosas de controle diante de certas realidades sociais. O desafio que se apresenta é como enfrentar essa situação e assegurar, ao mesmo tempo, proteção do meio ambiente e o direito à moradia da população de baixa renda, incluindo-se necessariamente nas iniciativas nesse sentido a preocupação com os riscos de ocupação de determinadas áreas de nossas cidades, como a beira dos cursos d'água e as encostas.

Recentemente, o Poder Executivo editou a Medida Provisória (MP) nº 547/2011, procurando prevenir e mitigar os problemas decorrentes dos desastres naturais, especialmente em áreas urbanas. Entre as medidas estabelecidas, consta a obrigatoriedade de elaboração pelos municípios de plano de expansão urbana, cuja

pertinência pode ser colocada em dúvida, se lembramos que o plano diretor, abrangendo o município como um todo, deve ser o grande vetor do desenvolvimento urbano, por determinação expressa da Constituição Federal.

Quando tratamos de regularização fundiária em áreas urbanas, tem-se hoje um conjunto pouco articulado de normas de aplicação nacional. A Lei do Parcelamento Urbano carece de atualização e não detalha o tema, além de conter alguns conflitos com as normas ambientais. A Lei do PMCMV aborda diretamente a regularização, mas não apresenta toda a disciplina necessária sobre ela, além de gerar dúvidas sobre seu escopo nacional ou apenas federal. A MP nº 547/2011 traz pontos contestáveis. Mesmo o Estatuto da Cidade, não obstante a importância inegável de seu conteúdo, avançou pouco em termos da questão ambiental e sua conexão com a questão urbana.

## Núcleos Urbanos

As propostas que vêm sendo elaboradas para a nova lei florestal podem tornar esse painel ainda mais complicado. A redação aprovada na Câmara e os textos produzidos até agora no Senado Federal explicitam, em princípio, a aplicação das faixas de APP a áreas rurais e urbanas, o que é correto. Rios não assoreiam apenas em áreas rurais. Deslizamentos em encostas não acontecem apenas em áreas rurais. O problema está nas redações muito pouco debatidas dos dispositivos afetos à proteção da vegetação nos núcleos urbanos. As cidades estão fora do foco de atenção política. Quais são as situações em áreas urbanas que devem justificar a supressão de vegetação em APP por utilidade pública ou interesse social? Que ocupações irregulares de APP em perímetros urbanos podem ser realmente consolidadas, sem riscos? Quais são claramente as prerrogativas da legislação municipal nesse campo?

Na verdade, o debate sobre a lei florestal deveria ocorrer de forma integrada com a retomada imediata do processo da Lei de Responsabilidade Territorial Urbana. Está na hora de as cidades brasileiras serem levadas mais a sério.

\*Urbanista e advogada, mestre e doutoranda em ciência política, consultora legislativa da Câmara dos Deputados.

# Ação Popular Ambiental: exerça sua cidadania!

Adauto José de Oliveira\*

Na realidade em que vivemos, devemos considerar a sociedade plural que temos e, assim, provocar uma sinergia para garantir uma equidade a todos, onde possam alcançar uma sadia qualidade de vida, derivativo de preceito constitucional, para o qual devemos construir alternativas visando sua efetividade, o que implica uma forma de pensar o mundo sob outra ótica.

Discute-se muito hoje a preservação ambiental, como forma de garantir uma sobrevida ao planeta como um todo e à sociedade humana. A questão básica refere-se ao despertar do senso de responsabilidade social aliado à responsabilidade cívica dos cidadãos, ou seja, uma ética ambiental. Como conciliar um mundo cada vez

mais populoso, com o excessivo consumo dos bens renováveis e não renováveis. Desta forma, o Poder Público, espécie do gênero Direito coletivo, deverá facilitar e fomentar a sensibilização do povo, bem como proporcionar acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.

A efetividade da tutela ambiental faz-se premente através de um empreendimento pragmático, conscientizando as pessoas de sua liberdade sustentável, para exercerem sua cidadania ambiental.

Para que sejam produzidas mudanças significativas no modelo de desenvolvimento vigente, é necessário ultrapassar as atitudes teóricas

críticas, adotando práticas transformadoras com um engajamento em todas as esferas individuais e coletivas da sociedade. A efetividade da tutela ambiental faz-se premente através de um empreendimento pragmático, conscientizando as pessoas de sua liberdade sustentável, para exercerem sua cidadania ambiental.

Assim, para termos um cidadão do mundo, que tenha garantido seus direitos, principalmente da tutela jurisdicional ambiental, efetivada de forma prática, devemos utilizar o instituto da Ação Popular Ambiental, que pode ser classificado como instrumento processual de participação do cidadão. Não se deve olvidar que as ações coletivas são opções mais céleres e menos dispendiosas para a solução de deter-

minadas demandas, além de representar um equilíbrio para as partes em juízo e garantir a efetividade do processo.

O exercício da Ação Popular Ambiental visa proporcionar ao cidadão o direito de impugnar, preventiva ou repressivamente, os atos que resultem em degradação ambiental, além de apurar e imputar a responsabilidade administrativa e criminal do agente causador do dano e está à disposição de todos que queiram ver seu ambiente sendo defendido.

\*Mestre em Direito - Unitoledo - Araçatuba-SP. Advogado militante em Jales (SP). Biólogo e Pedagogo. Professor Universitário. Autor do livro "Ação Popular Ambiental" pela Arraes Editores.

# O modelo Inglês de combate à violência doméstica

Sofia Graça\*

Em 2004, apenas dois anos antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha no Brasil (Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006), foi introduzida em Inglaterra a 'Domestic Violence and Victims of Crime Act 2004' (DVVC) que foi descrita pelo Governo Inglês como a maior reestruturação da legislação sobre violência doméstica naquele país nos últimos 30 anos. Ao contrário da legislação Brasileira que se destina claramente à protecção de mulheres, a lei Inglesa não faz qualquer menção de género, destinando-se a todas as vítimas de crimes. Uma peculiaridade desta lei é não definir o que considera ser violência doméstica. A definição do conceito pode ser encontrado em documentos oficiais do Governo sobre violência doméstica e violência contra mulheres e crianças, mas não na própria lei. Na ausência de tipificação legal, o crime de violência doméstica é pois punível de acordo com a legislação criminal, por exemplo, no que diz respeito ao homicídio ou assédio.

## Agressor

A DVVC foi considerada revolucionária pelos seus autores porque instaurou uma série de mecanismos destinados a aumentar a protecção judicial oferecida a vítimas de violência doméstica. Até 2004, para além da protecção conferida pela lei penal através da acção do Ministério Público, uma vítima de violência doméstica podia recorrer a tribunal civil para pedir dois tipos de protecção: uma ordem que impedisse o agressor de a importunar ou assediar (*non-molestation*

*order*), e uma ordem que impedisse o agressor de ocupar a residência de família (*occupation order*). A partir de 2004, a violação de uma *non-molestation order* tornou-se crime, dando-se mais gravidade à conduta do agressor. Instituiu-se ainda na lei a obrigatoriedade de abrir um processo de averiguação institucional no caso de morte de vítimas de violência doméstica (que entrou em vigor apenas em 2011). Na legislação que se seguiu ao DVVC, houve também um esforço para envolver várias instituições, estatais e não estatais no apoio à vítima através da criação de uma série de mecanismos como os *Independent Domestic Violence Advisors* ou as *Multi-Agency Risk Assessment Conferences*.

No Verão de 2011, no espírito de protecção à vítima da DVVC e legislação posterior, foi implementado um projecto com a duração de um ano em três regiões Inglesas, com o objectivo de acelerar a protecção oferecida a vítimas de violência doméstica. Trata-se da implementação de Domestic Violence Protection Orders (DVPOs) e Domestic Violence Protection Notices (DVPN). Nestas regiões do país, um agente da polícia, com autorização de um superior pelo menos com o cargo de superintendente, pode emitir uma notificação ao autor da violência que o impeça de se manter em contacto com a vítima ou regressar à morada de família durante um máximo de 48 horas (uma DVPN). Nestas 48 horas, tem de ser iniciados trâmites processuais num tribunal cível que confirmem esta notificação e a estendam por um período de entre 14 a 28 dias (a

DVPO). Ainda que o afastamento do agressor da residência de família seja uma prática adoptada em várias jurisdições como forma de protecção imediata da vítima, note-se que neste projecto piloto, durante 48 horas, o agressor é afastado da sua residência sem uma decisão judicial ou intervenção do Ministério Público. O objectivo desta medida é permitir à vítima decidir em segurança se quer abandonar o agressor e abrir um procedimento de natureza cível (por exemplo uma *non-molestation order*) sem ter de abandonar a sua residência e fazer providências alternativas no que diz respeito à sua vida pessoal e a dos seus filhos. Trata-se de uma opção deliberada de deslocar o agressor e não a vítima da casa de morada da família. Pretende-se também colmatar os níveis de vitimização que ocorrem quando da libertação do acusado detido, que, muitas vezes, assume um comportamento ainda mais violento após a sua libertação.

## Polícia

O sistema inglês tem, pois, vindo a tentar simplificar o procedimento judicial no que diz respeito à protecção de vítimas de violência doméstica ao mesmo tempo que tenta passar a mensagem de que se trata de um comportamento inaceitável. A criminalização da violação das *non-molestation orders* foi um passo importante neste sentido, bem como o esforço de sensibilização para este problema junto de, entre outros, polícia, serviços sociais e público em geral. A utilização de DVPNs é uma prática que segue

O objectivo desta medida é permitir à vítima decidir em segurança se quer abandonar o agressor e abrir um procedimento de natureza cível

na mesma linha de acção e que transfere para a polícia grande parte do poder de decisão nas horas imediatamente a seguir ao crime. A sua constitucionalidade provavelmente seria debatida em vários sistemas judiciais por poder colidir com os dos direitos individuais do agressor (ainda não constituído arguido ou condenado por um crime quando afastado de casa). Trata-se, contudo, de uma posição que não é única na Europa, na celeridade com que visa actuar e no poder de decisão que dá à polícia. Este projecto piloto pode assinalar o futuro do sistema legal em situações de violência doméstica, pelo que o seu impacto merece ser debatido.

\* Professora Universitária - Kent Law School e Criminologista.

## Pós-Graduação

Universidade Anhanguera - Uniderp

Coordenação Geral: Luiz Flávio Gomes  
Coordenação Pedagógica: Rodrigo Cunha



Prepare-se em 2012 com  
muito mais conteúdo.

Faça sua Pós-Graduação na LFG.

### Cursos na Área Jurídica

Advocacia Trabalhista  Novo	Direito de Família e das Sucessões Novo
Ciências Penais	Direito Notarial e Registral
Direito Administrativo Novo	Direito Previdenciário Novo
Direito Ambiental e Urbanístico	Direito e Processo do Trabalho
Direito Civil, Negocial e Imobiliário Novo	Direito Processual Civil
Direito Constitucional	Direito Processual Moderno Novo
Direito Empresarial Novo	Direito Público
Direito do Estado	Direito Tributário



0800 884 4800 | [www.LFG.com.br/pos](http://www.LFG.com.br/pos)

Verifique a disponibilidade de curso e quórum mínimo definido em edital. Todos os cursos de Pós-Graduação são oferecidos na modalidade a distância e certificados pela Universidade Anhanguera-Uniderp, localizada em Campo Grande-MS, e retransmitidos pelas mais de 440 unidades LFG no Brasil.

# Arquitectura da ecologia

Valter Hugo Mãe\*

Houvesse uma árvore em mim e as suas  
folhas me enchessem o peito

E o meu corpo se colorisse discreto ao  
alcançe de um verde perfeito

E por natureza estivesse tudo assim como  
dentro dos Homens fosse certo

Haver amor pelas coisas sem fim, ter o  
céu e a terra mais perto

E saber o que sente a chuva e o escuro e  
até ter percepção incrível de insecto

Amando todas as coisas para futuro

Ser com a natureza um arquitecto

Ser com a natureza um arquitecto

Houvesse uma árvore em mim e as suas  
folhas me enchessem o peito

E o meu corpo se colorisse discreto ao  
alcançe de um verde perfeito

E saber o que sente a chuva e o escuro e  
até ter percepção incrível de insecto

Amando todas as coisas para futuro

Ser com a natureza um arquitecto

Ser com a natureza um arquitecto

\*Nasceu em Saurimo, Angola, no ano de 1971. Licenciado em Direito, pós-graduado em Literatura Portuguesa Moderna e Contemporânea. Vive em Vila do Conde. Entre as obras publicadas “A máquina de fazer espanhóis” e “O remorso de Baltazar Serapião” este vencedor do Prémio José Saramago. O vídeo da música está disponível <http://youtu.be/tA5VuaXmwaw>.



NELIO PAULO | WWW.PEQUENAMORTE.COM

## Música e silêncio(s)

Paulo Ferreira da Cunha\*

O Direito à Cultura tem sido, objetivamente, um dos parentes pobres dos direitos sociais. Ora cultura e mídia têm entre si relações complexas.

### Cultura Popular

Diz-se que a cultura, como alegadamente não interessaria ao homem da rua, destinatário dos anúncios que a custeiam ao menos em parte, não poderia ter na mídia senão uma presença muito residual, decorativa. Apenas nos limites do tolerado pelas massas (avessas às delícias dos clássicos e do cult), a quem anunciantes e responsáveis por programações queriam mais que tudo agradar. Não se trataria de formação cultural, mas de mero ludismo, resignado com os gostos presentes de um hipotético público-alvo. Obviamente ficam também de fora as variadas formas de cultura popular, presumivelmente ainda agradando menos ao consumidor-robot que a cultura dita erudita.

Embora esta explicação seja simples e até lisonjeie o ego de uma pretensa elite, não se nos afigura exata. E pode ser álibi para péssimas programações, desculpa para a mediocridade. Isso a que Bernard Pivot chamou a Remontrance à la ménagère de moins de cinquante ans. A programação cairia para o gosto da “doméstica” de menos de 50 anos.

Que motivos a tal levarão? Poderia até ser uma identificação entre o gosto das massas

amorfas e o dos programadores (ou seus patrocinadores, credores, etc.). Curioso é como alguns se desculpam com as massas, quando não querem, afinal, ou não podem, ir muito além do seu presumido estado presente.

A verdade é que, em contrapartida, sempre houve fenómenos de alta qualidade para as massas. Shakespeare não é de universal qualidade e ao mesmo tempo sucesso de bilheteira e apoteose popular?

### Serviço Público

Mas os programadores realmente atendem ao gosto popular? Depende, desde logo, de que sector do povo se está a falar. Em matéria de gostos culturais não há homogeneidade.

Além do mais, por exemplo, embora alguma mídia receba concessão (caso de canais de rádio e TV) para serviço público, nem sempre dá relevo às matérias culturais (como a cultura regional) que fazem parte dos pressupostos para que tais concessões são concedidas. Mas o « quarto poder » comporta-se muitas vezes como tal, e até desafia os demais. Chega a haver proibições (por exemplo, no tocante a pesquisas eleitorais) que a mídia parece ter interesse e proveito em violar, até porque a multa compensa...

O direito à cultura será meramente dar a cada um do que gosta, ou antes permitir a cada um compreender o outro, abrindo-lhe janelas, até de convivência, com formas culturais de

que, à partida, pelo preconceito natural pelo desconhecido, nem gostaria? É o problema de uma Educação para a diversidade.

Ajudaria nas programações culturais um certo ecletismo.

Tudo não será, antes de mais, fruto da rendição dos programadores culturais a um fenómeno muito estranho: a moda?

Na verdade, a moda não é ditada por todos os programadores culturais, mas depende apenas de uns tantos, tem um diálogo complexo não com todas as pessoas comuns, mas principalmente com certos segmentos sociais, eventualmente mais visíveis, etc. É manifestação de fenómeno social mais profundo: As Leis da Imitação. Há casos em que se seguem os Smiths, copiando do estrato social mais baixo para o mais alto, e há casos em que se copia de cima para baixo, como foi o caso do Tango, que passaria das tabernas para os salões.

### Democratização

Obviamente que se se considerar a cultura como mero fenómeno de elite e símbolo de status, não interessaria nada que dela haja divulgação. Porque a democratização seria a sua negação. Mas a vera cultura « erudita » é muito diferente. Ela visa a alta qualidade e é expressamente feita para ser cultura. Mas só uma perspectiva snob a quer reservar a uns tantos. Marx, que não era nada utopista, sonhava com um mundo em que qualquer um pudesse

ser um Mozart ou um Miguel Ângelo.

O ideal é não a massificação que rebaixa o povo mas a democratização que o eleva. E pela qual o cidadão comum tem uma educação escolar e mediática que lhe permitem entender e apreciar o essencial das várias formas de cultura (não como um especialista, mas com uma sólida cultura geral). Não nos digam que é impossível. Nove anos de escolaridade obrigatória (e hoje há países onde já há muito mais) chegariam para tanto.

Se a escola ensinasse e exigisse a sério, sem demagogias, separando o essencial do acessório, promovendo o sentido crítico, semeando cultura democrática, cultivando grandes autores, grandes obras, conhecimentos essenciais. E a sensibilidade tanto para as culturas eruditas como para as culturas populares.

Mas não pode ser só a escola a atuar. A mídia também tem um grande papel. E não pode deixar de ter uma responsabilidade social para com a Cultura. Já nem se fala da responsabilidade do Estado, que é de primordial importância, e de que se não pode, de modo algum, abster. Nem com pretexto de neutralidade ideológica, nem de falta de verbas, tão abundantemente esbanjadas em coisas supérfluas ou até nocivas.

\* Professor Catedrático e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

# Multiculturalismo e Democracia

Ângela Montalvão Machado\*

Proponho-me fazer uma reflexão que possa responder, ainda que parcialmente, à questão - pode o multiculturalismo constituir um desafio à democracia?

Num mundo onde a Globalização é a palavra de ordem, onde a homogeneização parece ser um caminho sem retorno, onde fica o lugar da diversidade?

A tradição democrática liberal é formada por um ideal de liberdade, igualdade e realização, que, na melhor das hipóteses, foi concretizado apenas parcialmente e que poderá não estar ainda completamente imaginado. Será que a perspectiva democrática liberal minimiza a necessidade humana de identidades culturais autónomas e seguras?

## Identities

A democracia liberal questiona a exigência de envolver a política na preservação das identidades de cada grupo ou na sobrevivência de subculturas que, de outro modo, não poderiam progredir através da livre associação de cidadãos. As instituições democráticas, mais do que quaisquer outras, levam geralmente os cidadãos a confrontarem-se com um conjunto diversificado de valores culturais.

Um dos desafios lançados pelo multiculturalismo à democracia liberal que talvez nos pareça, à partida, mais evidente, é a dúvida de poder existir uma política de reconhecimento que respeite a pluralidade de identidades culturais e que não restrinja a vida de cada pessoa a uma espécie de guião.

## Democracia

Winston Churchill definiu democracia como “o pior dos regimes à excepção de todos os outros”, ou seja, o regime menos mau que os homens conseguiram inventar, que permite, da forma mais equilibrada e harmoniosa possível, que convivam os dois valores, desde sempre cerne de toda a Política - liberdade e igualdade.

Karl Popper e Isaiah Berlin, entre outros, dedicaram uma vida a abordar conceitos como tolerância, pluralismo, liberdade,

igualdade, defendendo que estes só podem ser preservados dentro de uma sociedade aberta, uma sociedade democrática que esteja permanentemente em guarda perante os seus inimigos - os regimes totalitários, quer sejam de esquerda ou de direita.

## Diversidade

Assim, a democracia liberal apresenta-se, aparentemente, como o pano de fundo favorável para o desenvolvimento do multiculturalismo. Mas como podemos definir multiculturalismo? Diz Charles Taylor que a nossa identidade é construída a partir do reconhecimento dos outros. O não reconhecimento ou o reconhecimento não adequado pode ser uma ofensa ou uma injustiça. O multiculturalismo luta pelas minorias e outros grupos, como certas formas de feminismo, procurando o reconhecimento dos membros destes grupos que necessitam de estabelecer uma forte identidade.

## Elementos Étnicos

Citando Nathan Glazer, referindo-se aos Estados Unidos, matriz, por razões históricas, do multiculturalismo, “o multiculturalismo está longe de ser um termo descritivo neutro, embora seja possível descrever a diversidade étnica e das minorias neste país de uma forma neutra”. Existem vários caminhos para responder a esta realidade. Para muitos, que defendem o multiculturalismo, é uma posição que rejeita a assimilação e a imagem do melting pot (caldeirão) por serem impostas pela cultura dominante, preferindo, antes, metáforas como salad bowl (saladeira) e glorious mosaic (mosaico glorioso), que permitem que todos os elementos étnicos da população mantenham os seus traços distintivos.

## Política

O termo multiculturalismo é recente, pois só em 1989 figura na edição revista do Oxford English Dictionary. Em termos históricos, uma forma de interpretar o multiculturalismo seria como consequência do desaire do projeto do moderno Estado-Nação, que

enfatizava a unidade e semelhança - a identidade - sobre a diferença e a diversidade. Enquanto o clássico Estado-Nação moderno valorizava a homogeneidade, o multiculturalismo valoriza a diversidade.

Quando um Governo adota uma política multicultural ativa, parte do princípio explícito de que a diversidade cultural é positiva para a nação e é necessário promovê-la ativamente. Se uma política governamental como esta não existe, os imigrantes ficam entregues a si próprios e à tarefa de encontrarem o seu lugar na nova sociedade, acreditando-se que serão rapidamente absorvidos na, e pela, ordem cultural estabelecida (ou, quando isto não acontece, acabando na classe mais baixa ou nos guetos étnicos).

O problema situa-se em torno da harmoniosa convivência entre a democracia liberal e o multiculturalismo. Um dos desafios será o da preservação da identidade nacional, da national unity.

## Polêmica

É difícil encontrar, hoje em dia, uma sociedade democrática que não seja palco de alguma polémica sobre a questão de se saber se e como as suas instituições políticas deveriam melhorar a capacidade de reconhecerem as identidades das minorias culturais e sociais.

A política de reconhecimento constitui um desafio próprio das democracias liberais, porque estão, por princípio, empenhadas na representação igualitária de todos. A questão está na forma de reconhecimento das identidades culturais distintas dos membros de uma sociedade pluralista, por parte das instituições públicas.

O importante talvez seja perceber que a democracia liberal sempre se tentou pautar pelo equilíbrio e que nem a democracia americana, nem qualquer outra, se pode dar ao luxo de cair num relativismo que seria a destruição de si própria, da diversidade e do multiculturalismo - como valores inerentes da dignidade humana.

O respeito mútuo implica a vontade e

**A política de reconhecimento constitui um desafio próprio das democracias liberais, porque estão, por princípio, empenhadas na representação igualitária de todos**

capacidade generalizadas de conciliar os nossos desentendimentos, de defendê-los perante aqueles de quem discordamos, de discernirmos entre divergência respeitável e desrespeitável, e de nos abirmos e sermos recetivos à mudança. A garantia moral do multiculturalismo depende da prática destes méritos de deliberação.

Como Nathan Glazer, acreditamos que as mudanças têm de se fazer por dentro, têm de ser as pessoas a educarem-se, a progredirem como seres humanos, individual e voluntariamente. Esta evolução, ainda que lenta, será sempre muito mais sólida e eficaz do que qualquer medida governamental. Como diz João Carlos Espada: “Porque os indivíduos são livres e iguais enquanto cidadãos, podem ser livres e diferentes enquanto indivíduos”.

\* Doutora em Ciência Política. Diretora da Faculdade de Ciência Política, Lusofonia e Relações Internacionais da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, de Lisboa, onde é também Diretora do Doutoramento em Ciência Política e da Licenciatura em Ciência Política e Relações Internacionais.



**PERÍCIAS E AVALIAÇÕES DE ENGENHARIA**  
Fundamentos Práticos  
José Fiker  
2ª edição 2011



**PERÍCIAS DE ENGENHARIA**  
A Apuração dos Fatos  
Simone Feigelson Deutsch  
1ª edição 2011



**COMENTÁRIOS À LEI DOS RESÍDUOS SÓLIDOS - Lei nº 12.305**  
Suely Mara Vaz G. de Araújo e  
Ilídia A. G. Martins Juras  
1ª edição 2011



**O ARQUITETO E A LEI**  
Elementos de Direito da Arquitetura  
José Roberto Fernandes Castilho  
1ª edição 2011

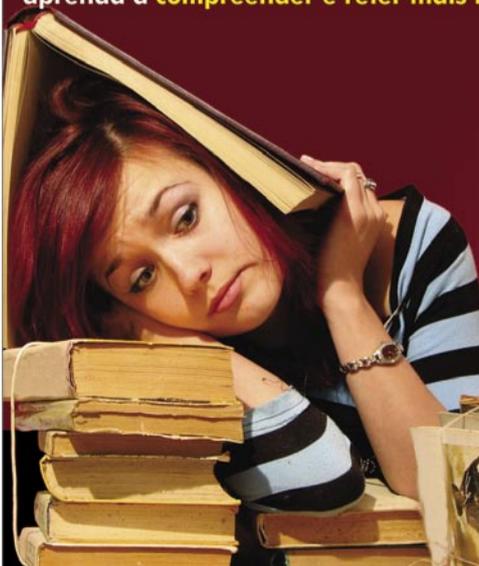
Rua Santo Amaro, 586 – Bela Vista – São Paulo – SP  
www.editoraleud.com.br e-mail: leud@leud.com.br  
www.editorapillares.com.br e-mail: editorapillares@ig.com.br




## Dificuldades nas Leituras Técnicas e Jurídicas?

**Otimize seu tempo e saia na frente**

Leia até **200 páginas** em **20 minutos** -  
aprenda a **compreender e reter mais informações.**



**Quando você lê:**

- Sente sono e não se concentra
- Lê varias vezes para entender
- Não retêm os assuntos
- Barulho atrapalha
- Não consegue compreender.

**Ligue e solicite o seu**  
**DIAGNÓSTICO DE LEITURA**  
**GRATUITO**

(51) 3072-7250



Porto Alegre | Curitiba | Joinville | Maringá

# A dignidade dos animais

Geraldo Miniuci\*

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI 1.856, por unanimidade declarou inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro, de 1998, que autorizava a criação e a realização de exposições e competições entre aves de raças combatentes para, nos termos da ementa daquele diploma, “preservar e defender o patrimônio genético da espécie *gallus-gallus*”. No entendimento da corte, a rinha, prática que consiste em provocar briga de galos que lutarão entre si até a morte ou à exaustão, implica maus-tratos que os animais, estimulados pela ação humana, se infligem mutuamente. Ainda que essas aves sejam violentas por natureza, seu comportamento agressivo manifesta-se apenas em determinadas circunstâncias, quando se sentem ameaçadas. A rinha constitui uma situação artificialmente criada pelo ser humano, com o objetivo de estimular uma briga entre galos, numa arena em torno da qual apostadores torcem e movimentam valores. O tribunal considerou que os maus-tratos são evidentes, classificando a briga de galos como atividade insensível, má e cruel. Nos termos do acórdão, “a promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da ‘farra do boi’ (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico” (fls. 226).

## Proteção aos Animais

A Corte Constitucional da Alemanha, por sua vez, em janeiro de 2002, proferiu decisão que limita a incidência de dispositivo da lei alemã de proteção aos animais, em cujos termos um animal não poderá ser abatido, sem que ele tenha sido previamente insensibilizado, seja por meio de método mecânico, elétrico ou de exposição à atmosfera controlada para induzi-lo e mantê-lo em estado de inconsciência até a sangria (BVerfG, 1 BvR 1783/99). Essa regra geral prevê exceções para os casos em que, por motivos religiosos, os animais devam ser mortos sem prévia insensibilização, mas, sempre de acordo com a lei, é necessário que a pessoa interessada solicite autorização especial para semelhante abate. O autor da ação julgada pela corte, cidadão turco, de fé sunita, que morava na Alemanha havia já 20 anos, era açougueiro, tendo como clientes fregueses que consumiam carne somente de animais abatidos nos termos da lei islâmica, isto é, degolados, sem que tenham sido submetidos



AF RODRIGUES

à insensibilização. Até 1995, a administração concedia-lhe a necessária autorização para que abatesse seus animais, nas dependências de sua empresa, nos termos das leis de sua religião. A partir daquele ano, contudo, essa autorização não foi mais concedida, fato que o levou, primeiro, à justiça administrativa, e, depois, à corte constitucional, alegando violação dos seguintes direitos fundamentais: liberdade de crença; direito ao trabalho e igualdade de todos perante a lei. No primeiro caso, a proibição do abate mediante degola, sem insensibilizar o animal, impede a prática de ato revestido de religiosidade; no segundo, essa mesma proibição impede que o açougueiro especializado no comércio daquele tipo de carne exerça sua profissão, pois, não lhe sendo mais permitido abater os animais conforme as leis de seu sistema de crença, não terá ele o que vender para sua clientela e será forçado, com isso, a mudar de atividade. Por fim, o princípio da igualdade de todos perante a lei será violado, se não for dado aos açougueiros muçulmanos o mesmo tratamento já conferido aos açougueiros judeus, que possuem autorização para abater os animais de sangue quente mediante degola, sem a prévia insensibilização. A corte julgou procedente a ação, permitindo, assim, que nova exceção fosse aberta à lei de proteção aos animais.

## Diversão

Comparemos os dois casos. Expressam eles duas éticas distintas em relação aos animais? Ou maus-tratos sem propósito não se comparam com abate de animais para consumo? Se não

são comparáveis, qual, então, a diferença entre ambos? Por que condenar a briga de galos, se nada há de errado em abatê-los e comê-los? Por que flexibilizar a regra geral de proteção aos animais em favor de práticas religiosas? Os animais são reconhecidos como sujeitos de direitos morais, dotados de dignidade e merecedores de respeito? Se não forem, por que vedar e criminalizar os maus-tratos praticados contra eles? Que diferença fará quando um ser que não tem dignidade sofre ou é morto? Se posso sacrificar animais para saciar a minha fome, por que não posso sacrificá-los para satisfazer a minha cobiça ou para alegrar-me o espírito com um pouco de diversão, como, por exemplo, numa rinha ou numa tourada?

## Farra do Boi

No caso julgado pelo STF, embora, à primeira vista, possa parecer o contrário, condenou-se a briga de galos não tanto por imperativos éticos em relação àquelas aves, mas por uma ética de outra natureza, que reprova comportamento humano tido como atrasado. Em outras palavras, não é a dignidade do animal que se protege, mas é a maldade humana que se combate, mediante a proibição de hábitos considerados nefastos, que acentuam a agressividade, como a rinha ou a farra do boi. Nesse sentido, escreve o Ministro Peluso, em seu voto, que a lei do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar as competições entre aves de raças combatentes, “ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano” (fls. 221).

## Intolerância Religiosa

Com efeito, não passa de impostura falar em dignidade dos animais, quando se admite comê-los ou, senão, de alguma forma, instrumentalizá-los. Insensibilizar um cordeiro antes de sangrá-lo ou degolá-lo sem atordoá-lo são duas práticas com objetivos distintos: assegurar a qualidade da carne, de um lado, cumprir ritual religioso, de outro. Nisso consistiu, em essência, o caso enfrentado pela corte alemã. Não há nada de ética animal em semelhante questão, tratando-se apenas de um caso de direito administrativo, que envolve a acomodação de duas técnicas de abate: uma antiga, incorporada pela tradição religiosa, e outra moderna, possibilitada pela evolução tecnológica. Nada, a não ser a própria intolerância religiosa, impede que ambas sejam aceitas pelo ordenamento.

Eis, portanto, a diferença entre os julgamentos das duas cortes, a brasileira e a alemã: no primeiro caso, a condenação de uma prática que estimula a perversão humana; no segundo, uma acomodação entre as normas técnicas do Estado e as normas técnicas da religião. Há, porém, uma semelhança: ambos têm a mesma ética, pela qual o animal aparecerá como um ser que, sendo instrumentalizado e sem direito à vida, não terá dignidade, termo que, em contextos assim, quando invocado, nada mais será do que mera figura de retórica e pura hipocrisia.

\* Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional e Professor da Faculdade de Direito da USP. Foi bolsista da CAPES – Brasília/Brasil.

**Por que condenar a briga de galos, se nada há de errado em abatê-los e comê-los? Por que flexibilizar a regra geral de proteção aos animais em favor de práticas religiosas?**

# Doação de órgãos: quem pode autorizar?

Maria Berenice Dias\*

A doação de órgãos é autorizada pela Constituição Federal (art. 199, § 4º), a qual recomenda seja facilitada a remoção de partes do corpo humano para fins de transplante. De modo para lá de humanitário, a Lei 9.434/1997 – chamada de Lei dos Transplantes – presumia autorizada a doação, devendo a negativa constar expressamente em documentos identificatórios. Tal foi a reação que a legislação foi alterada (L 10.211/2001), passando a captação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano depender de autorização expressa.

Daí a necessidade de a lei eger quem pode autorizar as doações. Apesar da injustificável omissão da legislação especial, que não faz qualquer referência, nada impede que a própria pessoa disponha sobre o seu corpo para depois de sua morte. Tal é autorizado pelo Código Civil (art. 14): É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Costuma-se chamar de “testamento vital” o documento que contém as disposições feitas por alguém sobre as providências ligadas à sua morte ou para o caso de restar incapacitado. Mesmo que todos se oponham, sua vontade deve prevalecer. Ou seja, não é necessário consultar quem quer que seja ou colher a autorização de alguém. Não há exigência quanto à forma de o doador manifestar-se. Sequer precisa ter sido documentada por escrito. Para ser respeitado o seu desejo, basta a certeza de se tratar de manifestação livre. Esta é a única prova que precisa ser formalizada.

Na ausência de manifestação da própria pessoa, estabelece a lei uma ordem de legitimados

para autorizar remoções para fins de transplante (art. 4º): cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau. Tem prioridade o cônjuge. Ainda que esta expressão sirva para identificar pessoas casadas, não se pode negar que o companheiro sobrevivente dispõe do mesmo direito. Assim, quem mantém uma convivência pública, contínua e duradoura com a pessoa declarada morta, é quem decide. Isto porque a Constituição Federal reconhece a união estável como entidade familiar (CF, art. 226, § 3º). Em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, de 5/5/2011, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, o parceiro do mesmo sexo é quem pode manifestar-se sobre a doação. Havendo eventual conflito de vontades, prevalece o desejo do primeiro legitimado (cônjuge, companheiro ou parceiro homossexual). Somente no caso a união não estar documentada e os familiares com direito de optar negarem o relacionamento, não há como prevalecer a manifestação do convivente. Impossível aguardar que a Justiça reconheça a existência da união para identificar quem pode decidir.

Dúvidas surgem quando há discordância entre os parentes que tem legitimidade para decidir. A tendência é não realizar a extração quando inexistir unanimidade. A alegação é de que estaria semeando a discórdia na família. Mas esta vai persistir seja qual for a solução encontrada. De qualquer modo, a necessidade de consenso não está na lei. Somente em uma única hipótese é exigida a concordância de mais de uma pessoa: quando o doador for menor de idade é necessária a permissão expressa de

ambos os pais. Se o doador for juridicamente incapaz, a decisão é dos responsáveis. Cabe um esclarecimento. É juridicamente incapaz quem foi interdito, por decisão judicial, tendo-lhe sido nomeado um curador. É ele quem decide. Somente na eventualidade de serem nomeados dois curadores (o que não está previsto na lei, mas não é proibido) é que há a necessidade da dupla aprovação. Deste modo, exclusivamente quando o doador for menor de idade e houver discordância entre os genitores não é possível realizar a remoção. Mas, para o menor ser receptor de órgão, basta a concordância de um dos pais. O desacordo do outro nada conta (art. 10).

A prevalência da vontade de um dos legitimados frente a discordância de todos os demais se justifica. Primeiro porque a lei não exige consenso, somente a manifestação de um único parente. Documentada a concordância de um dos legitimados, impositivo que o procedimento seja levado a efeito. Esta é a única solução que atende a um punhado de princípios enfaticamente assegurados em sede constitucional e que dispõe de clara hierarquia axiológica. O primeiro deles é o direito a vida.

O conceito de saúde da OMS indica no mesmo sentido: estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças. Ora, quem espera indefinidamente na fila por um transplante não está em um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Cabe lembrar também os princípios da bioética que, como diz o próprio nome, trata da ética da vida: não-maleficência, beneficência, autonomia e justiça. Todos eles cabem ser invocados em prol de quem aguarda uma

O conceito de saúde da OMS indica no mesmo sentido: estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças

chance de voltar a viver com mais plenitude, não devendo prevalecer posturas egoístas, disputas descabidas, que muitas vezes são fruto de mágoas e ressentimentos passados ou de interesses futuros de natureza econômica.

Assim, de todo injustificado que as equipes de transplante insistam em obter a unanimidade de vontades para realizarem a extração de órgãos. Fazer exigências não previstas na lei – e com isso agravando o risco de vida de quem aguarda por um transplante – afronta inclusive o juramento hipocrático feito por todos aqueles que doam suas vidas para salvar os outros: Aplicarei os regimes para o bem dos doentes segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja.

\* Advogada. Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM. [www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br) e [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br).

## Conheça a coleção de livros “As Fantásticas Aventuras de Maria Roxinha”!

Sonho, diversão e fantasia  
na literatura jurídica infantil



Maria Roxinha

As histórias levam o leitor a conhecer a literatura jurídica infantil ao tratar de assuntos importantes e atuais:

- proteção ao meio ambiente,
- vidas no trânsito,
- solidariedade,
- respeito às pessoas e aos animais,
- Estatuto da Criança e do Adolescente.

Editora Maria Roxinha  
[www.mariaroxinha.com.br](http://www.mariaroxinha.com.br)

# A jornada de trabalho do atleta profissional de futebol

Rafael da Silva Marques\*

Pouco ou nada se tem debatido a respeito da duração do trabalho do atleta profissional de futebol. Mesmo havendo ampla legislação a respeito do tema, o certo é que, no mundo do direito, há ainda enormes dúvidas a respeito do limite da jornada de trabalho daqueles que fazem do futebol sua forma de subsistência.

Este pequeno texto buscará esclarecer algumas dúvidas, tendo por norte a Constituição federal de 1988 e a legislação ordinária a respeito do tema.

Preceitua o artigo 28, parágrafo quarto, VI, da lei 9.615/98 que a duração do trabalho do atleta profissional é de quarenta e quatro horas semanais, considerando atleta aquele trabalhador com contrato especial de trabalho desportivo.

Em uma interpretação mais apressada da lei, com base apenas em dispositivos legais, poder-se-ia entender que o atleta está sujeito à duração do trabalho superior a oito horas, desde que dentro dos limites das quarenta e quatro horas semanais.

Isso, contudo, não ocorre. A norma legal determina o limite máximo semanal e o faz com base no que preceitua a Constituição federal. Nada aduz a respeito do limite diário, o que faz necessário ater-se o interprete ao que consta da Constituição federal, oito horas, artigo 7o, XIII.

Note-se que a Carta política de 1988, na ca-

beça do artigo 7o, aduz que são “direitos dos trabalhadores”, direitos estes mínimos, considerando a lei 9.615/98, artigo 28, cabeça, o atleta profissional como trabalhador, vinculado a contrato especial de trabalho, portanto vinculado à norma geral constitucional de tutela do trabalho.

O que deve ficar registrado é que não há como utilizar-se de uma norma jurídica ordinária como fundamento de validade da Constituição. O certo é que o interprete utilize-se da Constituição como fundamento de validade da norma legal. Aliás, sobre isso, é tradição da jurisprudência trabalhista fundamentar decisões com base em lei ordinária, deixando de lado a norma constitucional.

Retornando ao tema central deste ensaio, quanto à concentração de que trata o inciso I do parágrafo quarto do artigo 28 da lei 9.615/98, sob a ótica constitucional, não poderia ser de setenta e duas horas. Se há limite previsto na Constituição federal, não pode haver trabalho por mais de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, devendo, se isso ocorrer, a entidade efetuar o pagamento como extra.

Ainda, quanto aos acréscimos remuneratórios previstos no inciso II do parágrafo quarto do artigo 28 da lei 9.615/98 destinados ao pagamento do período de concentração, deve ser dito que são eles devidos, conforme contrato. A concentração

é permitida, nos exatos termos da lei, desde que, por evidente, observado o limite máximo diário e semanal de horas de trabalho, artigo 7o, XIII, da CF/88 e 28, parágrafo quarto, VI, da lei 9.615/98. A limitação das concentrações aos parâmetros constitucionais não exclui, uma vez havendo previsão contratual, o pagamento destas horas que, dentro dos limites da norma, não serão pagas como extras, senão como “horas de concentração”. Uma vez ultrapassando a concentração o limite da duração do trabalho constante da CF/88 e lei 9.615/98, serão estas horas pagas como extra.

## Constituição

É bom que se diga que não é a Constituição que deve adaptar-se à lei ordinária como querem fazer crer alguns juristas de renome em nível de Brasil. É ao contrário. A Constituição é o fundamento de validade da lei ordinária e é esta que deve adaptar-se aos parâmetros constitucionais. Os limites, pelo que preceitua o artigo 7o, XIII, da CF/88, servem para todo e qualquer trabalhador, independentemente da natureza da atividade por ele desempenhada.

Registro que o Supremo Tribunal Federal, em análise ao artigo 62, II, da CLT (decisão esta que para parte da doutrina justificaria a inobervância do limite de oito horas (v. GEHLING, Ricardo

Tavares, “Atleta profissional de futebol. Natureza jurídica do contrato, duração do trabalho e acréscimos remuneratórios”. Em Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, v. 39, 2011, p. 43), concluiu que esta norma é constitucional. E o faz porque não consta de forma expressa a autorização para trabalhar além das oito horas diárias, de onde se depreende que vale, em se tratando de jornada de trabalho, o limite previsto no texto constitucional. O STF justifica sua decisão, da lavra do Min. Peluso, no fato de ser impraticável o controle de jornada, não autorizando interpretação de que se possa trabalhar ou estar à disposição do empregador por mais de oito horas (RF563.851-AgR/RS).

Por fim, conclui-se este breve estudo aduzindo que há um limite máximo de duração do trabalho para o atleta profissional de futebol, oito horas diárias. A questão da concentração, como é tempo à disposição do empregador, com o advento da CF/88, deve observar o limite diário e semanal, somando-se as horas de trabalho (treinamentos, jogos, preparação física e etc.) e as de concentração, limite este que não poderá ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

\* Juiz do Trabalho da 4ª Região.

# A Arbitragem e o Direito Individual do Trabalho

Carolina Mayer Spina Zimmer\*

No Direito do Trabalho, em nada é pacífica a questão acerca da admissibilidade da Arbitragem para a resolução dos conflitos individuais. E a divergência gira em torno do princípio da irrenunciabilidade de direitos, que tem por finalidade combater condutas que visem ao afastamento do campo de aplicação dos direitos trabalhistas, cuja previsão se encontra em normas de ordem pública.

Américo Plá Rodriguez demonstra que a irrenunciabilidade pode ser expressa na “impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”. Nos termos dos Artigos 9º, 444 e 468 da CLT, quaisquer pactos que estipulem cláusulas prejudiciais bem como a diminuição de direitos serão considerados nulos, o que leva a crer que os direitos trabalhistas são indisponíveis.

Este princípio impede que se considere válido o ato voluntário que afaste do trabalhador algum direito que lhe é próprio. Frente à lesão ou ao prejuízo, é absolutamente irrelevante o elemento volitivo, uma vez que se presume o “querer coagido”, diante da inferioridade substancial existente na relação de emprego.

A Lei 9.307/96, que regulamenta a Arbitragem, refere que poderão sujeitar-se à Corte Arbitral lides que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, o que gera certa dificuldade de introdução dos direitos trabalhistas neste conceito, principalmente, ao se considerar o contrato de trabalho.

Ressalta-se que uma interpretação construtiva desta mesma norma, levaria à conclusão de que a grande maioria dos direitos trabalhistas (dotados de certo grau de indisponibilidade) não poderiam ser objeto de Arbitragem. Ademais, aqueles que entendem não ser possível a utilização o instituto, nos conflitos individuais, aproveitam-se da natureza alimentar desses direitos (CF/88, Art. 100), o que confirmaria a sua exclusão, conforme a restrição legal. Como defensores desse posicionamento, mencionam-se autores como Maurício Godinho Delgado e Gustavo Filipe Barbosa Garcia.

O Tribunal Superior do Trabalho corroborou com esse entendimento do seguinte julgado: AIRR – 415/2005-039-02-40.9. Ministro Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Julgamento: 17/06/2009, 6ª Turma. Data de Publicação: 26/06/2009.

Em sentido contrário, encontra-se a posição de Walküre Lopes Ribeiro da Silva, ao declarar que a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas não constitui obstáculo intransponível à Arbitragem. Em primeiro lugar, porque nem todos os direitos são irrenunciáveis, tanto que há conciliação no curso dos dissídios trabalhistas submetidos à Justiça do Trabalho. Já há julgados reconhecendo a possibilidade de utilização da Arbitragem nos conflitos individuais de trabalho. Nesse sentido, TRT 3ª Região, processo: 00259-2008-075-03-00-2 RO. 4ª Turma. Data do Julgamento: 17/12/2008. Relator Desembargador Antônio Álvares da Silva.

Data da Publicação: 31/01/2009.

Em se tratando, por exemplo, de altos empregados, que seriam pessoas mais esclarecidas e capazes de escolherem árbitros de sua inteira confiança, não haveria porque obstaculizar a busca pela solução arbitral.

Respeitadas as posições divergentes, nos dias de hoje, parece não haver grandes óbices à utilização da Arbitragem no Direito Individual do Trabalho. Ainda que se defenda ser quase impossível que empregado e empregador negociem livremente as cláusulas que regem o contrato de trabalho e que, neste contexto, a posição de desigualdade tanto jurídica quanto econômica existente entre as partes dificulte a aplicação do princípio da livre manifestação de vontade, inclusive no tocante à possibilidade de eleição do árbitro, nem todos os empregados gozam de situação tal de hipossuficiência, que gere uma incapacidade presumida, no que tange ao “querer” uma forma alternativa de solução do seu conflito.

Logicamente que não se deve justificar essa opção, levando-se em conta, apenas, o fato de que a Arbitragem é um procedimento célere, confiável e confidencial, pois a vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas, aliada ao princípio da irrenunciabilidade de direitos e da garantia constitucional do livre acesso à Justiça, não admitirá a sua busca em qualquer conflito individual. Ou não admitirá somente por essas razões. A manifestação de vontade e o procedimento idôneo são essenciais para que a opção surta os seus efeitos.

Consoante o entendimento do Ministro Pedro

Paulo Manus, o uso da Arbitragem em conflitos individuais deve ser mantido, exceto se houver prova de que o procedimento foi inidôneo. A manutenção de uma postura inflexível é prestar um desserviço ao próprio trabalhador, que manifesta interesse em solucionar o seu conflito de forma mais rápida. O próprio Ministro salienta que algumas verbas trabalhistas não são indisponíveis, como a participação nos lucros, as horas extras e as gratificações para além do salário mínimo (AIRR n. 1475/2000-193-05-00.7, acórdão publicado em 17/10/2008). Note-se que há divergência entre as turmas do TST, o que desautoriza uma conclusão taxativa acerca do tema.

O que parece ser viável é a criação de certos mecanismos ou, até mesmo, de exigências que visem a dotar de segurança esse meio de solução de conflito. Poderia haver a participação dos órgãos administrativos, cuja finalidade é proteger o trabalhador e assegurar o correto cumprimento das normas trabalhistas, como as Superintendências Regionais ou o próprio Ministério Público do Trabalho. Não se está defendendo a intervenção direta e imediata desses órgãos, mas o exercício de atividades de fiscalização, para que se verifique se estão sendo respeitados alguns princípios básicos, como a boa-fé, a autonomia da vontade, além da própria proteção, tão relevante para o estudo do Direito do Trabalho.

\* Mestre em Direito pela PUCRS. Professora no Centro Universitário Ritter dos Reis e na Unisinos. Advogada Trabalhista.

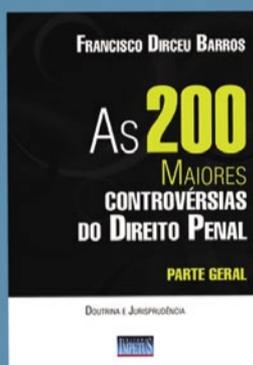


EDITORA  
IMPETUS

# Editora Impetus

Uma editora inteligente e de alma jovem como você.

As 200 Maiores  
Controvérsias  
do Direito Penal



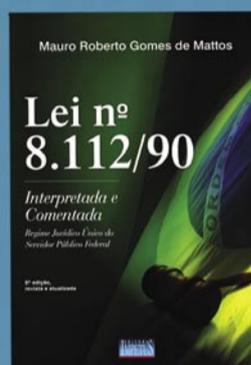
Francisco Dirceu Barros

Controle de  
Constitucionalidade  
Moderno



Saul Tourinho Leal

Lei nº 8.112/90  
Interpretada e  
Comentada



Mauro Roberto  
Gomes de Mattos

Curso de Direito  
Previdenciário



Fábio Zambitte Ibrahim

Visite [www.impetus.com.br](http://www.impetus.com.br) e conheça outras obras.

CURSO REGULAR:  
PREPARATÓRIO PARA A CARREIRA DE  
DEFENSOR PÚBLICO  
Também preparatório  
para as carreiras jurídicas  
960h/aulas

Duração: Um ano dividido em dois semestres.

Educação a Distância



Disponível Também a Distância

PREPARE-SE NA ESCOLA DOS DEFENSORES PÚBLICOS!

INÍCIO MAR/2012!  
MATRÍCULAS ABERTAS!

**FESDEP**  
FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR  
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RS  
*Formando Defensores  
dos Direitos Humanos*

PREPARATÓRIO PARA SERVIDORES  
DA DEFENSORIA PÚBLICA  
NÍVEL TÉCNICO E SUPERIOR

FEV/2012

Registre interesse no Site!

Inscrições e Informações:  
Fones: (51) 32252369 / 30623313  
E-mails: [cursos@fesdep.org.br](mailto:cursos@fesdep.org.br) /  
[fesdep@fesdep.org.br](mailto:fesdep@fesdep.org.br)  
Sites: [www.fesdep.org.br](http://www.fesdep.org.br) /  
[www.ead.fesdep.org.br](http://www.ead.fesdep.org.br)

# O boi do êxodo, a *actio libera in causa* e a embriaguez ao volante

Damáσιο de Jesus\*

**A**ldo Pereira, em “Crime e castigo”, artigo publicado na Folha de S. Paulo, edição de 14 de abril de 2011 (A3), recorda uma sentença da Bíblia: deve ser inocentado o dono do boi que, com uma chifrada, mate uma pessoa; se, entretanto, o boi era reincidente em chifrar humanos e o proprietário, não obstante advertido, “não o mantinha fechado”, vindo o animal a matar alguém, ele (o dono) será condenado (Êxodo, 21:28 e 29).

## Saída

Êxodo, derivado do grego exodos, significa saída, tratando da fuga que empreenderam os hebreus ao escaparem da perseguição sofrida no Egito. É claro que nele não encontramos a expressão *actio libera in causa* (ação livre em sua causa), remontando aos práticos italianos. Consistindo a imputabilidade na capacidade de entender e de querer, ocorre a teoria da *actio* quando o sujeito coloca-se em estado de inimputabilidade e vem a praticar uma infração penal. Exemplo: o segurança de uma indústria embriaga-se para que, no momento da subtração de bens por uma quadrilha, dormindo, ela não encontre dificuldades. Responde criminalmente pelo fato. Referindo-se à liberdade, ele era livre no momento em que resolveu embriagar-se (liberdade originária); não o era, contudo, no momento da prática do furto (liberdade atual). Como a imputabilidade deve ocorrer ao tempo do crime, suponha-se, no caso do boi da Bíblia, que o animal já tivesse matado várias pessoas e seu proprietário, em vez de prendê-lo, estivesse numa bebedeira, encontrando-se em estado de inimputabilidade quando o raivoso ruminante atropelasse mais uma vítima fatal. Responderia por crime intencional ou culposos? A Bíblia não responde.

De observar-se que as *actiones liberae in causa* não se dão somente quando o comportamento inicial é doloso, isto é, predestinado ao crime. É claro que, se o autor, voluntariamente, embriaga-se para realizar uma conduta comissiva ou omissiva intencional, não resta dúvida que responde por delito doloso. Note-se, na frase, que a expressão “voluntariamente” diz respeito à embriaguez; e “intencional”, ao crime. Mas pode ser também culposa a conduta inicial. Exemplo: o sujeito, culposamente, deixa de cumprir sua obrigação de diligência, havendo um resultado danoso. Nesse caso, há delito doloso ou culposos?

É nessa hipótese que nos reportamos ao caso do boi do Êxodo. Se o animal já tinha fugido várias vezes e ferido e matado diversas pessoas, a ausência de cuidado do consciente e advertido proprietário ou encarregado de observar o dever de diligência conduz à responsabilidade penal dolosa. Que dizer do motorista que, em estado de embriaguez costumeira, já surpreendido várias vezes cometendo manobras perigosas no trânsito com seu veículo, causando diversos acidentes fatais, dirige novamente bêbado e vem a matar uma pessoa? Como já ensinava Farinaccio, “se o sujeito sabe que costuma cometer delitos quando embriagado e não se abstém, vindo a cometê-los, deve sofrer pena” (Teoria..., p. 187). Pena de homicídio culposos? Creio que não. Se assim fosse, nem valia a pena Farinaccio ter repetido uma solução óbvia.

De acordo com a doutrina, para que se aplique a teoria da *actio libera in causa* é necessário que no momento livre o sujeito aja com dolo ou culpa, ainda que, no instante do crime, encontre-se em situação de incapacidade de entender e de querer. Há casos em que o êbrio, quando apanhado dirigindo

veículo motorizado, está de tal modo alcoolizado que nem consegue andar, quanto menos pensar corretamente. Nessas hipóteses, precisamos verificar qual era sua situação mental ao tempo do ato originário. Dessa forma, só há crime de homicídio com dolo eventual quando assim agiu o motorista antes do ato executório do fato. Quer dizer: ainda que ele se encontre, no instante em que matou a vítima com seu automóvel, em estado de incapacidade psíquica, é necessário que tenha agido com dolo eventual ao tempo da direção homicida.

Não admitimos a responsabilidade penal objetiva, na qual basta o nexo de causalidade material. Quando afirmamos que o dolo eventual ocorre na situação de indiferença do condutor para com o bem jurídico, desprezo com a vida alheia etc., não estamos dizendo ser preciso que ele esteja pensando no momento da ocorrência: “para mim tanto faz, pouco importa, dane-se” etc. Nunca encontramos réu em tal situação em 26 anos de Ministério Público e décadas de janeiros em pesquisas de jurisprudência. Na televisão, já vimos ocorrências em que o motorista embriagado mal pronuncia palavras, não se sustenta ereto, tal é sua confusão mental, sem capacidade de autodeterminação. Antes de embriagar-se, ou ao tempo da embriaguez, e antes do evento fatal, deve existir dolo ou culpa não só em relação à própria embriaguez; é indispensável que se conecte, um ou outro, ao delito consequente. Se o motorista, quando seu veículo atropela e mata a vítima, já estava agindo com dolo eventual, nem há necessidade da teoria da *actio libera in causa* para que responda por crime doloso.

Na *actio*, o elemento psicológico do agente deve ser apreciado em face de seu comportamento objetivo originário ou contemporâneo à conduta.

Nessa última hipótese, na lição de Nelson Hungria, “no caso de embriaguez não preordenada, mas voluntária ou culposa, responderá o agente por crime doloso ou culposos, segundo o indicarem as circunstâncias, ou seja, segundo a direção ou atitude da residual vontade que existe no estado de ebriedade” (Comentários...).

Diante da embriaguez dolosa ou culposa, presente a circunstância do consciente risco (teoria da imputação objetiva), entendemos que o motorista não deve responder por homicídio culposos no trânsito por ter praticado um crime “sem intenção”, como se costuma dizer. Trata-se de homicídio doloso com dolo eventual (art. 18, I, segunda parte, do CP). Ele assumiu o risco de causar o resultado. Como dizia Nelson Hungria, que aceitava a aplicação da teoria da *actio* à hipótese da responsabilidade dolosa do êbrio, “mesmo quando não haja preordenação, não fica excluída, nos crimes comissivos, a responsabilidade a título de dolo, desde que, ao colocar-se voluntariamente em estado de conturbação psíquica, o indivíduo soube que estava criando o risco, que aceitou, de ocasionar resultados antijurídicos” (Comentários...).

A teoria da *actio libera in causa* não prescinde de dolo ou culpa, consistindo sua característica na circunstância de que pode inexistir a potencial consciência da ilicitude ao tempo do ato executório do crime, presente em momento anterior (conduta originária).

\*Diretor-Geral da FDDJ, Presidente e Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Doutor Honoris Causa em Direito pela Universidade de Estudos de Salerno (Itália) e autor de mais de 20 livros publicados pela Editora Saraiva.

## Uma liberdade inconsciente

Alexandre Assunção e Silva\*

**O** outro dia resolvi testar meus conhecimentos respondendo um teste para candidatos ao exame da OAB de uma revista especializada em direito.

Lá pelo meio da prova deparei-me com um enunciado bem interessante. Dizia que um professor de medicina havia provocado, em sala de aula, uma discussão sobre o direito ao aborto, em face de uma de suas alunas estar grávida. Depois que os alunos debateram, o professor passou a emitir sua própria opinião. Fez referência a medicamentos abortivos, indicando quais considerava mais eficazes, defendeu seu uso, e afirmou que toda mulher deveria ter o direito de interromper uma gravidez indesejada.

Perguntava-se, então, qual o delito praticado pelo professor de medicina. A primeira alternativa dizia que ele tinha cometido a contravenção de fazer anúncio de substância abortiva (art. 20 da Lei de Contravenções Penais). A segunda, que ele teria praticado o delito de incitação ao crime (art. 286 do Código Penal). A terceira, que ele incorreu no delito de fazer publicidade que leve o consumidor a se comportar de maneira prejudicial a sua saúde (previsto no Código

de Defesa do Consumidor). A última alternativa afirmava que o fato era atípico.

Ao terminar de ler a questão, resolvi dar a resposta que, no meu ponto de vista, seria a solução mais correta para o caso. O fato, para mim, era atípico, pois penso que toda pessoa deve ter o direito de defender, publicamente, qualquer comportamento, mesmo que seja considerado crime, contanto que não incite diretamente alguém a praticá-lo, como decorrência natural do direito de liberdade de manifestação do pensamento.

Intimamente, porém, temia que a resposta que havia escolhido não fosse a correta, pois muitos profissionais da área jurídica preocupam-se apenas em encontrar o enquadramento legal para determinado fato, sem questionar a conformidade das leis com os direitos fundamentais.

Olhei o gabarito, já me preparando para encontrar uma resposta diferente. Qual não foi minha surpresa, contudo, ao ver que a resposta do gabarito era a mesma que eu havia escolhido.

Fiquei contente em ter acertado, e, ao mesmo tempo, surpreendido. Pensava que pessoas como eu, que considerariam aquele fato atípico,

eram minoria, e que num teste para exame de ordem a resposta deveria corresponder àquilo que a maioria dos juristas faria: enquadrariam o fato no tipo penal mais adequado, no caso, a apologia ao crime (art. 287 do Código Penal). Mas, dentre as respostas, não se encontrava o delito de apologia ao crime.

### Lei de Imprensa

Essa constatação me fez pensar. Por que o examinador que criou a questão não colocou, dentre os tipos penais cabíveis, o delito de apologia ao crime? Seria porque o Supremo Tribunal Federal liberou a realização de marchas em defesa do uso da maconha, ou revogou a lei de imprensa?

Acho que tais decisões podem ter influenciado tal postura, mas nenhuma delas declarou inconstitucional o delito de apologia ao crime.

Assim, quem elaborou a referida questão acredita, mesmo que inconscientemente, que toda pessoa tem o direito de se manifestar livremente sobre qualquer assunto e defender qualquer fato, seja ou não criminoso, dando suas razões para tanto. Reconhece a inconsti-

tucionalidade do delito de apologia ao crime, ainda que isso ainda não tenha sido declarado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, e que na referida hipótese deve prevalecer o direito de liberdade de expressão. O fato também poderia ser considerado anúncio de substância abortiva, mas o examinador ainda assim o considerou atípico.

Esse acontecimento serve para mostrar que os princípios democráticos, apesar de alguns obstáculos, vêm se consolidando no Brasil. Ainda que inconscientemente, os brasileiros estão valorizando cada vez mais o direito de liberdade de expressão, fazendo-a prevalecer sobre proibições do tempo da ditadura.

Essa é uma boa constatação. Quanto mais os princípios democráticos estiverem enraizados na mente dos brasileiros, mais difícil será o retorno de regimes totalitários, pois estes, sem o apoio popular, não têm como prosperar.

\*Mestre em Políticas Públicas pela UFPI. Procurador da República com atuação na área cível e criminal desde 2003. Autor da obra *Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião* publicada pela Editora Atlas.

# O direito das comunidades quilombolas

Rebeca Campos Ferreira\*

A noção de direitos coletivos vem à tona na Carta Magna, daí a relevância de empenhar considerações acerca das discussões na Subcomissão das Minorias, presidida pelo constituinte Ivo Lech, cujo relator fora Alcenir Guerra. Aqui, tomam-se os Anais da Subcomissão 7C, 'dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias' da Assembléia Nacional Constituinte (ANC) de 1987.

A introdução da noção de direitos coletivos é considerada novidade, embora estejam no mesmo capítulo dos direitos individuais. Contudo, pode-se apontar o rompimento da tradição de se tomar o direito exclusivamente através dos indivíduos, processo do qual decorre a revisão de procedimentos e códigos. Assim, os direitos supra individuais foram incorporados aos tradicionais direitos de natureza individual, e desse modo apontase para o alargamento da cidadania. Direitos coletivos tomam o cenário; e aqui será considerado o Art.68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que trata dos direitos territoriais de comunidades quilombolas.

## Resistência

O primeiro ponto a ser destacado é a criação de novo sujeito político e social a partir do artigo em questão, que cria a categoria remanescente de quilombo. Desse modo, fez-se necessária a ressemantização do conceito, o que gerou ampla discussão no plano acadêmico e jurídico. Em suma, como conceito jurídico de quilombo, segundo a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria da República: "Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos os grupos étnicos raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida, conceito construído com base em conhecimento científico antropológico e sociológico, e fruto de ampla discussão técnica, reconhecido pelo Decreto nº 4.887/03 em seu art. 2º".

Houvera intenso debate acerca da aplica-

bilidade do artigo na década de 1990, cujo cenário fora marcado por duas correntes: uma voltada à auto aplicabilidade do dispositivo, tendo que sua publicação seria suficiente para garantir emissão dos títulos de propriedade; outra voltada à regulamentação do artigo por legislação específica que definisse procedimentos administrativos e prazos.

## Terras Ocupadas

Hoje, o Art.68-ADCT é, na aplicação, combinado aos Artigos 215 e 216, da Seção da Cultura, que garantem a proteção às manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras. No campo infraconstitucional, é o Decreto 4.887/2003 que regulamenta o processo administrativo de delimitação e titulação das terras dos remanescentes das comunidades de quilombos.

A Carta Magna adotara medidas de reparação histórica e cultural dirigidas à população negra. Todavia, controvérsias circundam o Artigo 68 no tocante ao conceito de quilombo e categoria remanescente, bem como há dissenso quanto à aplicabilidade do mesmo e ao reconhecimento pela auto atribuição. A auto atribuição exclui quaisquer mecanismos majoritários, e ressalta os princípios da auto identificação por parte dos grupos, regulamentados nos artigos 1 e 2 da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. Vê-se que o ato cabe ao grupo, fato este que mostra que não há classificador da sociedade que possa se impor.

A Subcomissão das Minorias fora a que mais recebera inferências públicas. O Movimento Negro exercera seu lobby junto aos constituintes, encaminhando Proposta de Norma à deputada Benedita da Silva em maio de 1987, que garantisse direitos às comunidades negras rurais – posteriormente consideradas como remanescentes de quilombo.

Fora considerado no Substitutivo da Subcomissão em questão, em maio de 1987, em seu Artigo 7º: "O Estado garantirá o título de propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes dos Quilombos"; tal como consta no Anexo à Ata da 16ª Reunião da Subcomissão 7C.



A. F. RODRIGUES

Em 20 de agosto de 1987, o Deputado Carlos Alberto Cão apresentara Emenda Popular para inserção no Título X do ADCT o texto: "Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas essas terras bem como documentos referentes à história dos quilombos no Brasil". Vale ressaltar que o presente texto transitara pela Comissão de Sistematização sem alterações.

## Reconhecimento Jurídico

Em 22 de junho de 1988, fora votado em primeiro turno o Art. 24 do ADCT: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos, que estejam ocupando as suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombados os sítios detentores de reminiscências históricas, bem como todos os documentos dos antigos quilombos".

Com a promulgação da Constituição, fora o Art. 68 que passara a ter a escrita atual: "Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas

terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos".

A questão da tutela dos interesses coletivos é ponto chave nas inovações da Carta Magna. Grupos remanescentes de quilombos emergem no contexto da redemocratização, e com a criação de novos direitos e novos sujeitos pelo Art.68 o que se vê é o direcionamento para reflexões acerca da configuração fundiária, critérios de acesso e legitimação da propriedade, e pode-se ainda remeter às políticas da cultura, onde figuram como agentes tanto o Estado e seu aparato legal como a própria comunidade, instituída enquanto sujeito, que politiza identidades no processo. Por isso, quando se trata de direitos pautados em marcadores étnicos, a identidade passa a figurar tanto elemento de unificação quanto fundamento para ação política, na esteira do reconhecimento jurídico da diferença em um Brasil, que em 1988, se declara pluriétnico e multicultural.

\*Doutoranda em Antropologia Social, USP; Pesquisadora do Núcleo de Antropologia do Direito, NADIR.

Thiago Minagé

& Associados

ADVOCACIA CRIMINAL E EMPRESARIAL

Rua México, 90 - Sala 310/313

Centro - Rio de Janeiro / RJ

Telefones: (21)7895 4100 (21) 2220 14 05

www.thiagominage.jur.adv.br



1001  
GRUPO

**Comodato de Impressoras**  
Laser para Profissionais  
da Área Jurídica

**Recargas em Cartuchos**  
Tinta e Toner p/ impressoras  
NBR ISO 9001

**Manutenção de Impressoras**  
Laser, Jato de Tinta,  
Multifuncionais

**Tele-entrega (51) 3219-1001**  
A melhor taxa de entrega do mercado  
atendimentoaocliente@1001.com.br

Pós-Graduação  
em Direito

Início:  
março de 2012

Matricule-se até 30/12 e  
ganhe desconto de R\$ 897,40

Cursos nas áreas:

- Civil • Penal
- Trabalhista • Público
- Empresarial
- Tributário
- Previdenciário
- Imobiliário

**Exame de Ordem**

1ª Fase

Presencial e EAD

Início 05/01/12

IDC

Rua vicente da Fontoura, 1578

51 3028.4888

www.idc.edu.br

# Adolescentes e seus planos normativos de referência

Ana Paula Motta Costa\*

**N**a sociedade plural da atualidade e, de modo específico, no Brasil contemporâneo constituíram-se normatividades paralelas ao sistema jurídico estatal, localizadas, em especial, nas periferias urbanas. Em tais grupos – que não são minoria –, existem regras e mecanismos de solução de conflitos, legitimados ou não pelas pessoas. São campos sociais, em sobreposição, diferenciados e com relativa autonomia. É como se as pessoas na sociedade complexa tivessem, como referência para a solução de seus conflitos, vários planos normativos paralelos, contraditórios ou não, com o Direito estatal.

## Interlegalidade

Trata-se de variados sistemas simbólicos, ou significados socialmente objetivados e subjetivamente reais. Para orientar-se, diante de cada situação enfrentada, toma-se como referência um destes sistemas. Se as pessoas não o fazem porque não querem, ou não conseguem, a tendência é sentirem-se desorientadas. Essas referências não são, necessariamente, compartilhadas pela sociedade como um todo, mas sim por grupos, que interpretam o mundo desde a perspectiva de seus pares. Assim, às vezes, não são feitas escolhas ou opções, age-se a partir do olhar que se têm do mundo. Boaventura de Souza Santos denomina a relação entre escalas normativas de “interlegalidade”, como um espaço dinâmico, onde há misturas de “códigos de escalas” diferentes.

## Identidade Cultural

Muitos adolescentes brasileiros referenciam-se em distintos planos normativos, os quais se definem em razão das especificidades dos grupos a que pertencem e da geração que representam. Tais influências não são autônomas em relação ao Direito estatal, mas estão em planos distintos. Vale salientar que a formação das regras específicas, normalmente não ocorre com autonomia em relação à sociedade formal, ou ao Estado, ocorre em interrelação com o Estado, ou na ausência desse e de suas instituições.

Veja que não são traços culturais e étnicos preestabelecidos. As diferenças estão no “espaço intervalar”, nos “interstícios” culturais, nos espaços e tempos que se misturam em paralelos sobrepostos (BHABHA, 2005, p. 20-26). Assim, ao mesmo tempo em que há identificação com grupos com identidade cultural própria, diferentes em relação a uma dada homogeneidade, não há autonomia, ou separação nas formas de sobrevivência.

Assim, o modo de sobrevivência adotado pelos adolescentes das periferias é resultado de múltiplas influências, as quais passam pelas famílias a que pertencem, suas origens sociais e étnicas, pelas comunidades onde vivem, com presença maior ou menor de estruturas de Estado paralelas e, de outro lado, pela ausência das instituições estatais. Também compõem seu universo normativo as regras do grupo de outros jovens com quem convivem, que os influenciam,



conforme as exigências para pertencimento. Por outro lado, estão conectados com a cultura do mundo globalizado, escutam as mesmas músicas e vestem-se como os jovens em outros cantos do mundo, como se fossem “universais”.

## Repressão Penal

Nessa interconexão, vê-se que entre as referências utilizadas está o Direito estatal, enquanto limite e garantia de direitos. Entretanto, muitas vezes, o Direito estatal tem servido como fundamento para a violação de direitos. Isto porque a intervenção do Estado, ainda que em nome de certa legalidade, tem sido repressiva em sentido amplo, não só na atuação dos órgãos formais de controle social, como a repressão penal, mas também através da atuação das políticas sociais, que deveriam garantir direitos, mas que acabam servindo ao controle social. A atuação autoritária perde legitimidade na medida em que não dialoga com a realidade aonde a intervenção irá impactar. Ou porque parte de uma perspectiva estritamente universal.

A existência de diferentes planos normativos não é, necessariamente, problema. Podem ser problemáticas as estratégias adotadas pelos envolvidos – em especial o Estado – na gestão dos eventuais conflitos entre as diferenças, ou os critérios utilizados para a intervenção estatal. É relevante analisar a efetividade

de tal intervenção, no sentido da concretização dos direitos fundamentais em questão.

## Alteridade

Reconhecer a diferença, desde a perspectiva aqui adotada, diz respeito à necessidade de considerar que a norma estatal é um dos planos jurídicos em que as pessoas referenciam-se. Trata-se de reconhecer outras racionalidades que, muitas vezes, justificam ou explicam a atuação dos sujeitos.

Para que ocorra o diálogo intercultural, ou entre planos normativos, é necessário reconhecer os sujeitos. Enrique Dussel, ao contextualizar a exterioridade como espaço humano do outro, ou da alteridade, contribui ao afirmar a necessidade da consideração do outro, seja no plano individual ou cultural. Para além do individualismo contemporâneo, a consideração do outro requer alteridade, como descentralização do próprio universo, ou universalismo restrito. Reconhecer “o outro” significa dar visibilidade à especificidade etária e jurídico-cultural.

\*Doutora em Direito pela PUC/RS, com estágio Doutoral na Universidade Pablo de Olavide/Espanha. Mestre em Ciência Criminais pela PUC/RS; Advogada; Socióloga; Professora dos Cursos de Direito do Centro Universitário metodista do IPA e da Universidade Federal do Rio Grande do SUL- UFRGS

# Os psicopatas e o Direito Penal

Betina Heike Krause Suecker\*

Elas estão em todos os lugares: homens e mulheres sedutores, charmosos e envolventes. Não é fácil, até para uma pessoa “treinada” no estudo da psicopatia ou do transtorno de personalidade antissocial, reconhecê-los de imediato. Eles têm uma especial habilidade em disfarçar sentimentos de empatia e preocupação com o bem-estar do outro (o que pessoas normais sentiriam) quando, na realidade, estão menosprezando ou minimizando o sofrimento do próximo. Pelo contrário, isso apenas lhes traz prazer. Aquela mesma satisfação de um criminoso quando vê sua vítima implorando ou se defendendo para não ser agredida ou humilhada.

Afinal, quem são eles? Quando a psicopatia não era ainda muito divulgada ou estudada, eram nomeados como “pessoas do mal”, “cafajestes e mau caráter”. O psicopata não é aquele ser lombrosiano, predeterminado ao crime. Estudos indicam que ele é fruto da indiferença da mãe, a qual, nos primeiros meses de vida, não supriu suas necessidades de afeto, confiança e vínculo, e do meio em que vive, da ausência de valores e da potencialização ou idolatria de maus exemplos.

Na infância iniciam seus atos antissociais com transtornos de conduta: depredam o patrimônio da escola, não aderem às regras e não respeitam os professores. Seguem suas vidas sem qualquer respeito a figuras de autoridade. Cumpre ressaltar que não são todos os portadores desse transtorno de personalidade que se voltam para o crime: os mais inteligentes ocupam posições de destaque,

pela astúcia e ausência de ansiedade.

Psicopatas são eloquentes, não sentem culpa, remorso ou arrependimento por terem causado dano ao outro. Não existe um sentimento de alteridade, que dita a valorização do próximo como um ser humano com necessidades próprias e merecimento de respeito. O psicopata é um personagem de muitas facetas: é um ardiloso estelionatário, ou alguém que, para se livrar de quem se “coloca no seu caminho”, “contrata” um homicida ou dependendo do grau de psicopatia, ele mesmo pratica o delito.

Psicopatas são frios. Não apresentam qualquer conteúdo de moralidade. O outro é visto como um “otário”. Não respeitam qualquer forma de convenção, a não ser que seja para proveito próprio, enganando os demais de suas reais intenções: a obtenção de alguma vantagem.

Estão em todas as profissões, são inteligentes, calculistas e violam os direitos dos outros, mediante uso de mentiras patológicas, envolvendo-se em situações de risco, como, por exemplo, dirigir em alta velocidade, alcoolizados ou após o uso de drogas. Sujeitos que não sentem: são incapazes de amar qualquer pessoa e não estabelecem vínculos, sequer amizades verdadeiras. Não são confiáveis. É difícil identificá-los, ao menos, nos primeiros meses de convivência, pois adotam comportamentos de pessoas normais, apresentando falsamente sentimentos de compaixão, piedade e bondade.

A literatura especializada afirma que os

sintomas de psicopatia tendem a diminuir ao redor dos 40 anos, mas nenhuma pessoa que os conheça deveria se arriscar a modificá-los: a indiferença afetiva e a maldade fazem parte de suas vidas. Provocados, podem ser muito agressivos, através da força física, notadamente em relações afetivas (unilateralmente amorosas, pois são incapazes de sentir ternura e se colocar no lugar do outro), culminando em crimes passionais. Egocêntricos e vaidosos enganam e acobertam sua psicopatia para se locupletar de homens ou mulheres de prestígio ou poder, para ascensão social. Essa é uma outra peculiaridade do psicopata: a atração por indivíduos com visibilidade social, poderosos, o que assegura a obtenção de status, mediante comportamentos parasitários em relação ao sucesso da sua presa.

Geralmente, conceituamos pessoas normais, como aquelas com elevada tolerância à frustração e capacidade de administrar, de forma mais equilibrada possível, seus conflitos internos e os do seu entorno. Resiliência significa conseguir “dar a volta por cima”, quando os problemas, que parecem difíceis de serem resolvidos, nos fazem crescer. Os psicopatas têm baixa tolerância à frustração. Quando contrariados, e dependendo do grau de psicopatia são capazes de atos criminosos, em razão da impulsividade que ostentam.

O psicopata pode ser, então, por esse raciocínio compreendido, penalmente, como um doente mental?

O Direito Penal, no estudo das condutas

típicas e ilícitas, no conceito analítico de crime, reprova o fato em si, e no exame da culpabilidade, a pessoa do agente. O magistrado não tem o conhecimento técnico, e não se exige dele, acerca dos sintomas de psicopatia. Esse saber cabe aos psiquiatras forenses. O perfil desse criminoso pode ser suscitado quando do modus operandi dos crimes, geralmente cometidos com requintes de crueldade, como homicídios contra membros da família, com violência extrema, por motivos de herança, por ciúmes, delitos sexuais, em série, sem qualquer consideração ou medo das consequências.

Por isso, o psicopata não é enquadrado na classificação de doentes mentais, como os psicóticos (esquizofrênicos, que justificam sua inimputabilidade com a presença de delírios e alucinações). É percebido como imputável, um sujeito com discernimento e autodeterminação, em razão da total consciência que possui sobre o certo e o errado, o bem e o mal, o justo e o injusto, assim como as pessoas consideradas normais. A pena não os deterá ou assustará. O que os impulsiona é o prazer oportunizado pelo delito, e dessa satisfação, o psicopata não é capaz de renunciar.

\*Advogada. Especialista e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Doutora em Direito (PUCRS). Graduada em Psicologia. Professora na Universidade Feevale. Autora da obra “Maridos homicidas no Direito Penal da paixão”, publicada pela Editora Feevale.

## Conheça os cursos da Unibiz

### Transporte Internacional de Mercadorias

Aprenda como utilizar os procedimentos aduaneiros para garantir agilidade e segurança nas operações de transporte internacional rodoviário de mercadorias e muito mais.

### Incoterms

Aprenda como utilizar os procedimentos aduaneiros para garantir agilidade e segurança nas operações de transporte internacional rodoviário de mercadorias e muito mais.

### Tipos de Veículos

Aprenda tudo sobre os tipos de veículos e suas características para o transporte rodoviário internacional de mercadorias. Conheça as regulamentações, classificações e nomenclaturas através do curso Tipos de Veículos.

### Despacho Aduaneiro

Aprenda tudo o que é preciso para a exportação de mercadorias de forma simples e segura. Através do curso Despacho Aduaneiro.

CURSOS COM CERTIFICADO

### CURSO Atendente de Ótica

Destinado a profissionais de Atendimento de ótica e Consultores de ótica. Aprenda a entender o funcionamento do sistema ocular; Como são as ametropias que acometem a visão; Os tipos de lentes de contato e de armação de óculos e suas características; Saiba como interpretar receitas médicas.

Especializada em E-learning e Educação a Distância, a Unibiz dispõe de uma plataforma com mais de 130 cursos online para qualificar agora mesmo sua equipe. E se seu ramo de negócio possui uma demanda específica de treinamento, a Unibiz elabora um curso sob medida, com o conteúdo voltado exatamente para a sua necessidade. Informe-se e tenha acesso ao conhecimento necessário na velocidade que sua empresa precisa.

unibiz  
Brasil

Conhecimento sem distância

Acesse agora mesmo

[www.unibiz.com.br](http://www.unibiz.com.br)

# Dois lados da visão “droga”

N. R.\*



Assista vídeos jurídicos em nosso canal no You Tube  
<http://www.youtube.com/vlogliberdade>

Quando você altera seu organismo com química, seu olhar distorce de forma irreconhecível. Não enxerga mais sua própria realidade, se deixa levar na fantasia, prazer de momentos, visões alucinógenas, esquece do físico e só pensa na droga. Cai ao desleixo da sua dignidade, não se importa com família, sociedade, humanidade de si mesmo. Pensamento só na droga.

Os dias passam, os meses, até alguns anos. Chega a um ponto que a droga não faz mais efeito, olha ao seu redor e nada mais resta para fazê-lo feliz, mesmo com a droga não sente mais alegria. Foram todos embora. Se pega solitário, poucos dos amigos que o acompanharam ainda estão ao seu lado. Vários morreram, outros presos, o restante o abandonou, pois não tinha mais nada para oferecer.

## Visão Deformada

Cai na real, era só droga. Enfraquecido, não mais reconhecido por si mesmo, só vê fracasso, nada para fortalecer, sem esperança chora. Solidão, angústia de não ter mais ninguém que o olhe de forma especial. Não serve para nada. Humilhado por si mesmo, cobranças próprias, abandono, desespero, pede para morrer. Fracasso.

Droga visão deformada. Olhar escuro da vida.

Esperança: “Deus se opõe aos orgulhosos, mas concede graça aos humildes”.

“Quem quiser amar a vida e ver dias felizes, guarde a sua língua do mal e os seus lábios da falsidade.”

Sempre terá uma chance, uma luz, não

importa que seja no cárcere. Alguém que não conhecemos. Mas lutam por uma causa. Alguém que nos quer o bem. Abrem as portas para nos tratar, livra-se do mal. Que bom, já tenho vontade de viver novamente, me recuperar. Retornar às ruas com força, mostrar aqueles que já desacreditados poderiam me dar uma nova oportunidade. Quero viver, dessa vez sem droga. Confiante. Não preciso dessa força imaginária e sim da minha força de querer viver sendo eu mesmo. Obrigado a todos que querem o bem!

El – Luz no cárcere, abrindo as portas para uma nova vida.

Projeto Direito no  
 Cárcere é realizado  
 na Galeria El “Luz no  
 Cárcere”, no Presídio  
 Central de Porto  
 Alegre. No Blog [www.  
 direitonocarcere.  
 blogspot.com](http://www.direitonocarcere.blogspot.com) é possível  
 acompanhar o cotidiano  
 carcerário

## Aviso ao Governo:

**CADEIANÃO  
 É CORAÇÃO  
 DE MÃE!**

## Poucas Palavras

A imagem acima é do livro #PoucasPalavras, parte do projeto de mesmo nome, que inclui o videoclipe <http://vimeo.com/32318845> sobre o universo da literatura e da comunicação dentro da cultura hip-hop. O autor da obra @Renan\_Inquerito, 27 anos, já foi sorveteiro, empacotador e mecânico. Hoje é poeta, MC, compositor e geógrafo. Desde 1997 na cultura hip-hop, iniciou o percurso como locutor em rádios comunitárias.

Em 1999, criou o grupo INQUÉRITO e desde então sua história une-se com a do Grupo que hoje tem três discos Mais loco que u barato (2005), Um Segundo é Pouco (2008) e Mudança (2010), álbuns que renderam prêmios como, Hutúz, Hip-Hop TOP e Cooperifa. A obra com 156 páginas é o resumo de uma carreira musical de mais de 10 anos e de uma vida inteira como poeta.



Condomínio da Terra  
Organizar a Vizinhança Global

**Estado de Direito!**  
informação formando opinião  
www.estadodedireito.com.br



Cine Estado de Direito foi realizado na Faculdade Anhanguera de Taboão da Serra-SP, apresentando o documentário Zona Crítica com a presença Nina Fideles e João Campos, ambos produtores do Filme. Agradecemos o apoio da Faculdade, aos alunos que participaram! Desejamos em 2012 percorrer mais Universidades levando a reflexão e o debate jurídico que o Cinema nos proporciona.



Lúcio Santoro de Constantino palestra no Projeto Desmitificando o Direito, com o tema "O Tempo e o Processo Penal Igualitário", na Livraria Saraiva do Pátio Paulista, em São Paulo. Assista o vídeo <http://youtu.be/f4YybgRrXho>.



Programa Cidadania na Via, iniciativa da Cia. Carris Porto-Alegrense, Unidade de Documentação e Memória, e do Jornal Estado de Direito realizado na Casa de Cultura Mário Quintana, em Porto Alegre, apresentando "As interfaces entre Direitos Humanos, Justiça, Mobilidade e Cidadania" pelo Projeto Samba no Pé & Direito na Cabeça. Agradecemos a todos os presentes, em especial ao Grupo Brincando de Samba e Suingue e aos palestrantes Antônio Côrtes, Jorge Terra, Julio Vargas, Lorecinda Abrão, Maria Berenice Dias, Pedro Osório Lima e Ricardo Aronne. Vídeo <http://youtu.be/xT1TOUwQpTk>. Foto Gustavo Pinheiro



Dora Martins palestra no Projeto Desmitificando o Direito, com o tema "Adoção sempre um tema de Amor?", realizada na Livraria Saraiva do Pátio Paulista, em São Paulo. Agradecemos a todas as pessoas que participam das atividades desenvolvidas pelo Jornal Estado de Direito! Assista o vídeo <http://youtu.be/xT1TOUwQpTk>.



Samba no Pé & Direito na Cabeça - Especial Aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no V Congresso da Cidade, realizado no Centro de Eventos da PUCRS, em Porto Alegre. Agradecemos a Mário de Azambuja, a Plínio Alexandre Zalewski Vargas, ao Grupo Brincando de Samba e Suingue e todas as demais pessoas que materializaram esta iniciativa. Foto Gustavo Pinheiro.



Mariângela Guerreiro Mioranza palestra no Projeto Desmitificando o Direito, realizado na Livraria Saraiva do Praia de Belas Shopping, em Porto Alegre, com o tema Literatura Jurídica Infantil. Vídeo disponível <http://youtu.be/yTaWutUR4CU>.



Carolina Mayer Spina Zimmer palestrou no Projeto Desmitificando o Direito, realizado na Livraria Saraiva do Praia de Belas Shopping, em Porto Alegre, com o tema "7 anos da Emenda Constitucional n. 45/2004: Transformação da Justiça do Trabalho?" Vídeo disponível <http://youtu.be/2BbLawXPh7c>.



Praia de Belas  
O bom é se reinventar.



# Estado de Exceção

BRASIL • Nº 06 • ANO II • 2011

## Arquitetura da Ecologia

Nós somos os atores

O *Jornal Estado de Exceção* busca destacar formas de apreensão do conhecimento por vias de linguagem republicana não normativas. Para tanto, exalta o papel da arte como fio condutor, elemento da identidade democrática, responsável pela amplificação do debate e da reflexão

da cultura jurídica. Nesta edição, o escritor e poeta Valter Hugo Mãe exprime no poema *Arquitetura da Ecologia*, a simplicidade dos sentimentos à conservação da natureza e dos recursos naturais na defesa do Condomínio da Terra. Leia na página 20.

## Direito no Cárcere: os dois lados da Droga

O projeto *Direito no Cárcere* promove plataformas de expressão à cidadania local dos detentos em tratamento de dependência química no Presídio Central de Porto Alegre. *Nesse intuito, trazemos um depoimento pessoal que relata como é a realidade de quem usa drogas.*

Página 30



O poeta Valter Hugo Mãe dedica letra de música à proteção do meio ambiente

## Conflitos Espaciais

José Monserrat Filho compartilha as regras opcionais para arbitragem de solução de conflitos sobre direitos ligados às complexas atividades espaciais, indispensáveis à vida cotidiana de todos os povos. O mais novo documento do Direito Espacial Internacional foi aprovado, no Palácio da Paz, em Haia, Holanda, no dia 6 de dezembro de 2011, pelo Conselho Administrativo da Corte Permanente de Arbitragem (Permanent Court of Arbitration).

Página 15

## Futebol

Rafael da Silva Marques elucida questões da jornada de trabalho do atleta profissional de futebol, tendo a Constituição como fundamento de validade da lei ordinária. Mesmo havendo ampla legislação da matéria, ainda há enormes dúvidas a respeito do limite da jornada de trabalho daqueles que fazem do futebol sua forma de subsistência.

Página 24

## Comunidades quilombolas

Rebeca Campos Ferreira destaca o direito de propriedade consagrado pela Constituição Federal, considerando os direitos territoriais de comunidades quilombolas, da partir a análise dos anais da Subcomissão 7C, "Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias".

Página 27

Veja também

Página 12

**Liberdade no Direito**  
Wellington Pacheco Barros pondera sobre a liberdade individual em concorrência com as leis que resguardam interesses de grupos através da força do lobby

Página 15

**O homem que caiu na terra**

André Rafael Weyermüller reflete criticamente sobre o filme produzido em 1976, tendo como tema central a escassez água, elemento vital para todos os seres vivos

Página 19

**Violência doméstica**

Sofia Graça compara a Lei Maria da Penha com legislação da Inglaterra, implementada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher

Página 22

**Dignidade dos animais**

Geraldo Miniuci ressalta a ambivalência presente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional da Alemanha em casos de proteção dos animais

Página 23

**Doação de órgãos**

Maria Berenice Dias esclarece como a legislação se posiciona em situações de discordância e de consenso para a remoção de órgãos para fins de transplante, em virtude da alteração da lei que presumia autorizada a doação, devendo a negativa constar em documentos passando a depender de autorização expressa

editora  
**atlas**