

Estado de Direito

BRASIL • Nº 34 • ANO VI • ISSN 2236-2584

Veja também

Página 4

Segurança Pública

O *Jornal Estado de Direito* tem como objetivo colaborar na provocação do debate, da reflexão, do protagonismo social para maior sensibilidade democrática. Nesta 34ª edição destaca as recentes manifestações populares que aconteceram em diversos Estados brasileiros, pelos textos de Luiz Eduardo Soares que, sobre os fatos ocorridos na

Bahia, critica a arquitetura institucional da segurança pública e a necessidade da organização sindical no Brasil. Thiago Minagé, analisa a greve de Policiais Militares e Bombeiros no Rio. Rafael da Silva Marques aborda a inconstitucionalidade do desconto salarial e a greve como um direito fundamental. Leia páginas 16 e 17.

Segurança Internacional: Mercosul e Malvinas

Bruno Espiñeira Lemos alerta para os desafios no direito internacional a serem superados diante da instabilidade econômica para o fortalecimento do MERCOSUL e a importância da coesão dos países sul-americanos contra o ataque à soberania da Argentina, em defesa das ilhas Malvinas.

Página 6

Ensino Jurídico

Anderson Rosa Vaz contesta o ensino jurídico despolitizado praticado na grande maioria das faculdades de direito, desconectado com as contradições da realidade.

Página 20

Conselhos de Medicina

Edmilson de Almeida Barros Júnior adverte sobre a responsabilização das ilegalidades nos Conselhos de Medicina nos casos ocorridos durante o regime militar.

Página 21

Estupro: vulnerabilidade?

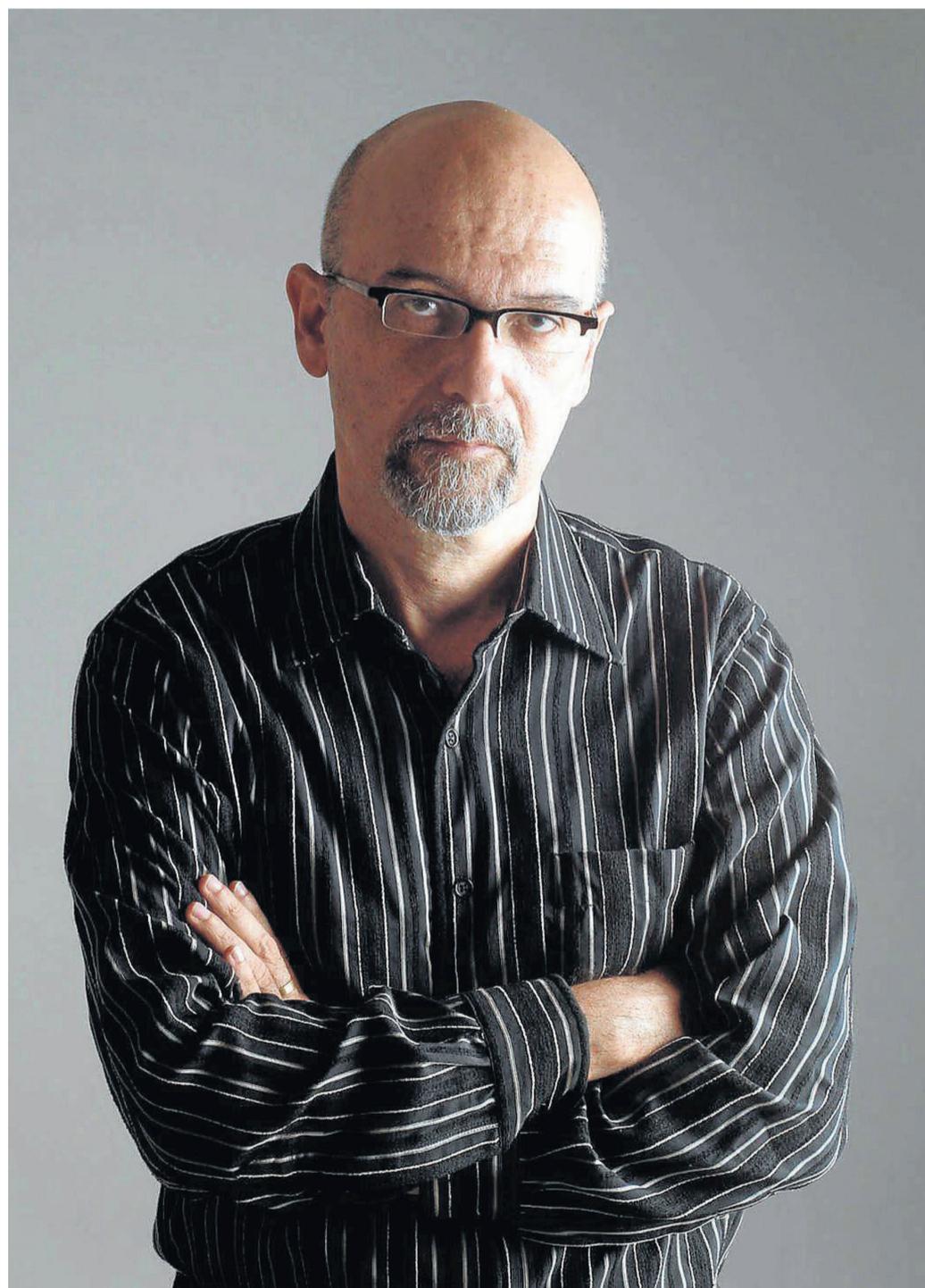
Christian Nedel examina a questão acerca da presunção de violência e da chamada exceção, quando existe consentimento, em respeito aos princípios da realidade e da adequação social.

Página 26

Lei Maria da Penha

David Medina da Silva reforça a constitucionalidade da lei e a atual orientação do STF fundamental no equilíbrio da desigualdade de gênero.

Página 27



BRUNO VEIGA

O antropólogo Luiz Eduardo Soares aborda o modelo organizacional da segurança pública no Brasil

Eventos Gratuitos

Agenda Cultural Estado de Direito

27/03, Palestra “Desmitificando a Ação Popular Ambiental”.
10/04, Palestra “Desmitificando os Direitos dos Idosos”.
18/04, Lançamento da obra “Samba

no Pé & Direito na Cabeça”.
24/04, Palestra “A Tetra-Dimensionalidade do Direito”. +Informações em www.estadodedireito.com.br

Interculturalidade e pluralismo

César Augusto Baldi aponta os desafios enfrentados por países da América do Sul para que as populações indígenas alcancem visibilidade e a preservação das suas tradições

Página 8

Obrigações trabalhistas

José dos Santos Carvalho Filho ressalta a nova orientação do TST, firmada na súmula n. 331, sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento do empregador

Página 9

Estado de Direito

Éderson Garin Porto afirma que o Estado de Direito se constitui em norma basilar e um dos principais legados é integrar e coordenar as normas que definem o poder de tributar

Página 10

Doutrinadores

Geraldo Miniuci questiona a utilização do argumento de autoridade nas decisões do ordenamento jurídico no curso de um processo decisório

Página 24

Averiguação da paternidade

Maria Berenice Dias observa as iniciativas do CNJ “Programa Pai Presente”, e alerta sobre as consequências da convivência da sociedade com a irresponsabilidade masculina

editora
atlas

Estado de Direito



ISSN 2236-2584

Edição 34 • VI • Ano 2012

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 Salette Souza MTb 15.028

Consultoria Jurídica
Renato de Oliveira Grüne OAB/RS 62.234

Colaboraram na 34ª Edição
Carlos Bailon, Renata Guadagnin, Maurício Vitória, Ilani Nunes, 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/

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 LI Suc 146, 147 e 148
Acesse 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.rt.com.br](http://www.rt.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.

O cárcere em mim, em ti?

Carmela Grüne*

Dá trabalho pensar! Pensar e externar nossas opiniões, principalmente quando se tem estigmas sociais. Por isso, cotidianamente precisamos lutar pela palavra Direito, representada muitas vezes em formas, expressões republicanas alternativas (imperceptíveis aos olhos de alguns), dando novas maneiras de significar o que é a vida. Constantemente, somos provocados por estímulos exteriores. O cuidado deve dobrar, para não se deixar cair na moda da vez, aceitando o que nos é imposto, “importado”.

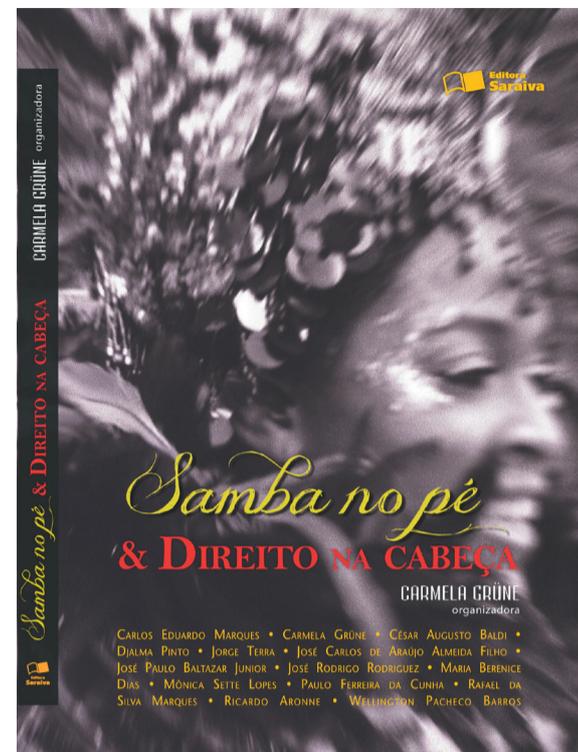
A preocupação é constante, em pensar o “Estado de Direito”, pluralidade numa democracia, a liberdade de expressão, a regra que nem sempre faz justiça. Com toda evolução tecnológica, ainda continuamos presos pelas algemas mentais, quando não conseguimos ou deixamos de externar o que pensamos.

Os integrantes do Projeto Direito no Cárcere (página 30), do Presídio Central de Porto Alegre têm colaborado para desmitificar o Direito no cotidiano carcerário. A todo instante provocam uma descoberta. Desafiam as “naturalidades” do senso comum, impulsionam com linguagens diferentes: desenhos, olhares, músicas, artigos, debates.

Isso reflete no Jornal Estado de Direito, representado na harmonia de textos, publicidades e fotografias. Tudo isso misturado às experiências e aos apoios de pessoas, às quais agradeço imensamente: professores, fotógrafos, educadores e patrocinadores que compartilham desejos e sonhos para um mundo com mais amor e sensibilidade democrática.

Cada edição reforça a razão da nossa existência: provocar o debate, a dúvida, a reflexão. Para isso, convido a viajarmos juntos. Dando uma volta intergaláctica no nosso imaginário da leitura, do significado de cada detalhe proposto. Liberte-se. Vamos construir uma cultura jurídica mais emancipadora.

Encerro o editorial convidando todos os leitores a participar no próximo dia 18 de abril, na Livraria Saraiva do Praia de Belas Shopping, em Porto Alegre, dos lançamentos das obras “Samba no Pé e & Direito na Cabeça” e “Participação Cidadã na Gestão Pública: a experiência da Escola de Samba de Manguieira”, ambas editadas pela Saraiva. A primeira obra reúne artigos de cunho crítico-social inspirados no samba. Entre os autores estão: Carlos Eduardo Marques, Cesar Augusto Baldi, Djalma Pinto, Jorge Terra, José Carlos de Araújo Almeida Filho, José Paulo Baltazar Junior, José Rodrigo Rodriguez, Maria Berenice Dias, Mônica Sette Lopes, Paulo Ferreira da Cunha, Rafael da Silva Marques, Ricardo Aronne, Wellington Pacheco Barros e eu. O artigo



da Maria Berenice Dias sobre a violência doméstica tem como ponto de partida o samba “Maria da Penha”; por sua vez Rafael da Silva Marques valeu-se do “Samba da mais-valia” para discutir as relações de trabalho e a concentração de renda. A segunda obra é baseada na pesquisa de Mestrado em Direito feita na UNISC que desenvolvi analisando as práticas cívicas consolidadas e legitimadas no seio da comunidade manguieirense. O papel do samba como instrumento de sensibilização à participação na gestão pública. Como caminho necessário ao reconhecimento jurídico-teórico da Agremiação, percorri elementos basilares da democracia deliberativa pelo capital social, cidadania ativa, gestão compartilhada e movimentos sociais na administração do interesse público.

Conto com a participação e divulgação de todos vocês. Boa leitura!

* Diretora Presidente do Jornal Estado de Direito. Mestre em Direito pela UNISC. Advogada. Jornalista. Autora das obras “Participação Cidadã na Gestão Pública: a experiência da Escola de Samba de Manguieira” e “Samba no Pé & Direito na Cabeça”, ambas pela Editora Saraiva.

Apoio



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

El derecho: construcción social

Daniel Nina*



Ando en crisis hace unos años. Todos los factores indican que el derecho, y su educación formal en una facultad, andan de caída. El derecho no sigue creciendo como en la era de la emergencia del estado industrial (Siglo 19) o de la emergencia del estado benefactor (1930 a 1970) y sobre el estado de la era post-independencia (1950 y 1960). El derecho, y su instrumento primordial conocido como la ley o derecho positivo, se encuentran detenidos con el pasar del tiempo. La consecuencia de esto, es que da la impresión que el derecho como muchas de las instancias del estado, se encuentra desfasado y desconectado con los cambios sociales que a diario vamos viviendo, y que el mercado y el capital nos imponen de forma acelerada y repentina.

Naturaleza Vertical

Como profesor de la materia de sociología jurídica tiendo a pensar que no es cierta la percepción dominante de que el derecho no se conecta con la realidad. Por el contrario, pienso que la realidad social vive muy conectada con el derecho. Aunque, me pregunto como es que se realiza este proceso. Muchos pensarán que el derecho es esa manifestación positivista de lo que los legisladores promulgan. Más aún, que el derecho existe de forma siempre autoritaria en función del cumplimiento que exigen de éste las fuerzas de seguridad o administrativas por parte del poder ejecutivo de dicho estado. Inclusive se

piensa que el derecho existe a partir de los procesos de adjudicación que la rama judicial establezca los cuales son siempre de naturaleza vertical y a veces autoritarios.

Participo en esta conversación a partir de mi experiencia en Puerto Rico, país donde resido, y mi trabajo de investigación en África del Sur, donde realicé una extensa investigación en torno al derecho fuera del estado. Metodológicamente siempre hablamos del derecho, como esa meta-relato de la modernidad que estableció todo un sistema de inclusión y exclusión a partir de normas racionales. El derecho nos permite hablar de un sentido común de normatividad, que se refleja, el cual se refleja a partir de la modernidad vinculante de forma universal. El derecho es y será un instrumento de la modernidad.

Dicho lo anterior, es pertinente profundizar en el hecho de que el derecho es una relación formal con el estado y sus mecanismos de definición e implementación de lo jurídico; pero también el derecho es mucho más. El derecho es una continua apropiación por los interlocutores sociales, tanto a nivel individual como colectivo, que definen y reproducen una formalidad que en cada momento se va tornando en una informalidad. El derecho nunca es la definición pura y estricta de lo que definió el legislador; es una combinación interna, lo que dice el derecho de si mismo pero también es una interpretación de lo que la gente de a pie dice y hace con esta definición.

Rebeldía

En este sentido le pongo atención a dos niveles. En primer lugar, a como la persona promedio re-interpreta una disposición jurídica y la hace suya. A partir de ese momento, la persona habla de la “norma jurídica” según su recuerdo. Más aún, defiende esta norma jurídica tal si fuera válida y aceptable. Esto es sin lugar a dudas un acto de distorsión del derecho; un acto de cierta rebeldía, con el cual tenemos que convivir. El derecho se reproduce diariamente no por lo que diga el papel donde se encuentra plasmada la ley, sino por el recuerdo de la persona que lo valida y multiplica allí desde su lugar de comunidad.

Por otro lado, y en segundo lugar, la gente no sólo define que es el derecho, sino que determina como se implementa el mismo. Es decir, la gente desarrolla un sentido de adjudicación en torno al derecho que es singular. Desde esta perspectiva, un ser humano actúa como garante y árbitro de lo que es el derecho y la implementación de éste.

Esta conversación representa parte de mis reflexiones a partir del trabajo realizado en África del Sur y Puerto Rico. En el caso de África del Sur, es particular el debate, pues el estado de la modernidad (antes y después del *apartheid*) siempre excluyó formas no modernas de derecho. La gente, y en particular las comunidades africanas de dicho país, siempre pensaron y actuaron sobre el derecho como un acto de apropiación social y cultural. El

derecho, en África del Sur, no es lo que diga la ley del estado, sino es como se interpreta en la comunidad y se hace valer.

Similar análisis aplica a Puerto Rico. Esta isla del Caribe, sobrecogida por el narcotráfico y la violencia, desarrolla formas de normatividad cuasi jurídicas, a partir de los entendidos sociales de lo que dice el derecho. En esta medida, la gente actúa conforme a lo que ellos entienden es el mejor interés de ellos, siempre guiados por el derecho positivo el cual re-interpretan y rediseñan en los procesos de interacción social. Por algo, la gente cumple e incumple con la ley: todo depende de lo que le convenga en un momento particular.

Apropiación

En resumen, y si mi preguntan, vivimos en una cultura de derecho, como un acto de fe y buena voluntad de los seres humanos que se apropian del valor y significado de este. No obstante el grueso de la actividad en torno a lo jurídico, pasa fuera de las lógicas del derecho. Pasa el derecho por ahí – a través de múltiples formas de interpretación y valoración. El derecho es, a fin de cuentas, un territorio en continuo desarrollo y transformación a partir de las formas tradicionales de su constitución, como de las formas populares de su apropiación y re-definición.

*Abogado, profesor y escritor, de ciencias sociales y de derecho. Vive y trabaja en Puerto Rico.

Interculturalidade e pluralismo

César Augusto Baldi*



BRUNO CARACHESTTI

No capítulo constitucional da educação, estão previstos como princípios do ensino “a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento” e o “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas” (art. 206, II e III). Ao mesmo tempo, asseguram-se às comunidades indígenas “a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem” (art. 210, § 2º), e reconhecem-se, aos indígenas, no art. 231, “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”.

Preservação de Tradições

Apesar de destacar dois vetores importantes, o do pluralismo e da preservação de tradições (para os indígenas), a discussão envolvendo a interculturalidade recém engatinha no cenário nacional. Que consequências poderiam advir se tal questionamento fosse realizado? Destaquem-se algumas.

Primeiro: o reconhecimento dos direitos coletivos e da concepção de Estado como uma sociedade diversa, pluricultural e multiétnica permite afirmar a existência não só de “um sistema jurídico-institucional indígena, de acordo com os usos e costumes dos distintos povos e nações indígenas”, mas também da diversidade cognitiva, ou seja, da diversidade enquanto produtores de conhecimentos.

Segundo: a validação constitucional dos usos e costumes traz “consgo o estabelecimento da diversidade epistêmica e do pluralismo jurídico”, o que implica que “em um mesmo âmbito territorial convivem diferentes sistemas de direito e de noções que devem ser consideradas no momento de resolver um assunto posto ao conhecimento de alguma autoridade”. Situações que já foram reconhecidas em sentença da Corte Constitucional do Equador, em voto de Nina Pacari, a juíza indígena.

Uma sociedade diversa, pluricultural e multiétnica permite afirmar a existência não só de “um sistema jurídico-institucional indígena, de acordo com os usos e costumes dos distintos povos e nações indígenas”, mas também da diversidade cognitiva

Terceiro: o pluralismo apregoado nos processos educacionais é, em realidade, um monoculturalismo, ou seja, a aceitação de que somente uma forma de conhecimento é legítima e, portanto, reconhecida. Como costuma lembrar Walter Mignolo, a geopolítica do conhecimento faz com que algumas línguas (alemão, inglês, francês, italiano, português e espanhol) sejam consideradas “línguas de conhecimento”, ao passo que outras somente são “línguas de cultura” (árabe, mandarim, aimará, quéchua, guarani, etc).

Quarto: tem-se passado ao largo de dis-

cussões que, na América Latina, vem sendo produzidas a partir, fundamentalmente, das novas Constituições do Equador e da Bolívia, mas também em virtude do questionamento das políticas “multiculturais” da década de 1990. Significam, neste ponto, questionar não só os modos de racionalidade e pensamento sistematicamente negados e negligenciados, mas também verificar como estes podem contribuir para uma nova “construção e articulação- ou transformação- societal e estatal”, como destaca Catherine Walsh. A diferença, como diz esta autora, não desaparece: “ela é constitutiva, em termos igualitários e equitativos, da transformação e refundação”.

Comunidades Indígenas

Quinto: a necessidade de discutir, problematizar e difundir experiências díspares, tais como as da Universidade Federal de Roraima e da Universidade Estadual de Mato Grosso, mas também outras como a Amawtay Wasi, do Equador, e Universidade Mapuche, do Chile, estas últimas emergindo de propostas das comunidades indígenas buscando o reconhecimento estatal em pé de igualdade. Ou mesmo da Universidade Autônoma Indígena e Intercultural (UAIIN), da Colômbia, que se institucionalizou de forma autônoma, sem aval e reconhecimento estatal, como forma de não negociar com procedimentos cabíveis para cursos regulares. Situações que, no Brasil, vêm sendo analisadas por Tércio Fehlauer. Uma sinergia de experiências que vêm sendo descartadas pelo “mainstream” brasileiro e que constituem um “desperdício de experiência” (Boa Santos).

Sexto: a discussão sobre a própria colonialidade do conhecimento, ou seja, os pressupostos estritamente coloniais de base eurocentrada que têm dominado o processo

educacional e que consistem, ao revés, em verdadeiro “racismo epistêmico”(Grosfoguel).

Sétimo: no campo educacional jurídico, o desconhecimento de concepções indígenas envolvendo o meio ambiente, em especial as discussões presentes em Bolívia e Equador sobre “buen vivir-sumak kawsay”-, de matriz indígena, “bem estar coletivo”(de matriz africana), direitos da natureza (“Pachamama” como sujeito de direitos) e também para além do antropocentrismo e do biocentrismo. Um debate que o direito constitucional brasileiro, às vésperas da Rio+20, tem negligenciado ou considerado como irrelevante. Trata-se, portanto, de questionar a própria lógica “desenvolvimentista”, mesmo nas versões “de esquerda” de neoextrativismo; em suma, descolonizar a natureza, a partir de um novo contrato, com experiências distintas, que foram invisibilizadas.

Oitavo: o caráter altamente pedagógico de todas estas questões, como bem salientado por Catherine Walsh. De fato, “se introduzem e antecipam lógicas e formas que não pretendem substituir ou impor, mas sim fomentar enlances entre os conceitos e práticas ancestrais e os conceitos e práticas que nos tem regido desde a formação da República, projetando aos primeiros como componentes não somente das comunidades indígenas e afros, mas também da construção de uma nova sociedade.”

São desafios imensos que nossos vizinhos de Abya Yala têm começado a enfrentar, mas que, no Brasil, são tidos como de menor importância.

* 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).

ELPÍDIO DONIZETTI

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL

DIRETO AO PONTO.

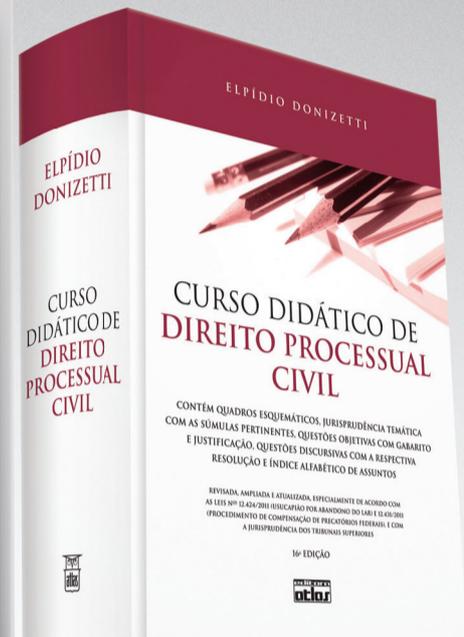
Obras desenvolvidas com argumentação segura e em linguagem descomplicada, suficiente para garantir êxito profissional ou estudantil em qualquer situação.

NOVIDADE



**CURSO DIDÁTICO
DE DIREITO CIVIL**

R\$ 141,00 1296 páginas



**CURSO DIDÁTICO
DE DIREITO
PROCESSUAL CIVIL**

R\$ 161,00 1544 páginas

**NA COMPRA DAS DUAS OBRAS
GANHE 20% DE DESCONTO
E UMA BOLSA EXCLUSIVA**

CONSULTE AS LIVRARIAS PARTICIPANTES



Em sua livraria
0800 17 1944
www.EditoraAtlas.com.br

editora
atlas

PREÇOS SUJEITOS A ALTERAÇÃO
SEM PRÉVIO AVISO

Direito Internacional: sobre Brasil, Argentina, Mercosul e Malvinas

Bruno Espiñeira Lemos*

Estará o MERCOSUL em processo de declínio rumo à sua extinção?

Não há dúvida de que os principais atores em ordem de grandeza e influência no sonhado projeto de integração sul americana são Brasil e Argentina. Dessa maneira, nada mais natural que enfrentem controvérsias permanentes quanto às suas respectivas pautas de exportação-importação recíprocas.

Comércio Bilateral

Recentemente, houve um agastamento entre o ministro do Desenvolvimento brasileiro, Fernando Pimentel e a sua congênera argentina Débora Giorgi acerca de medidas tidas por “protecionistas” adotadas pelo Brasil, bem como, a má interpretação sobre a afirmação do ministro Pimentel de que a Argentina seria um “problema”, ou uma “questão” permanente para o Brasil. Óbvio que a interpretação clara que se tem que dar a este breve imbróglio é a de que efetivamente, ostentando a condição de dois países quase hegemônicos economicamente no referido bloco, como se afirmou nas linhas iniciais, naturalmente que ambos dormem e despertam pensando um no outro, em especial em matéria de comércio bilateral.

Estamos sim com a discussão na ordem do dia, sobre o “fracasso” do neoliberalismo pleno e a atuação dos Estados nacionais na esfera do que se tem denominado capitalismo de Estado

Na realidade o que nos parece sintomático neste quadrante da história não se trata da questão da persistência/ocaso ou quiçá aprimoramento do MERCOSUL, ou mesmo a dimensão das crises desse e dos demais blocos econômicos, vide a situação europeia, em vias de expulsar a Grécia de seus domínios, e, sim, a questão do Estado passando a agir de modo mais efetivo nas questões que comprometem diretamente suas empresas nacionais e numa linha tênue entre indireta e quase diretamente suas economias. Estamos sim com a discussão na ordem do dia, sobre o “fracasso” do neoliberalismo pleno e a atuação dos Estados nacionais na esfera do que se tem denominado capitalismo de Estado.

Protecionistas

Nesse ponto, a questão se adensa com os modelos de China, Rússia e Brasil, países que passam a incomodar as velhas potências até então hegemônicas que ditavam ao seu bel talante as regras da economia mundial, e



LEO LIMA | HTTP://WWW.FLICKR.COM/LEODOJACAREZINHO

sua Mensagem de Estado da União sobre as medidas que deverão ser adotadas pelos EUA para proteger sua indústria.

Portanto, o Brasil com sua nova inserção internacional, saltando da casa dos 100 para os quase 500 bilhões de dólares entre exportações e importações, necessariamente tem o dever de rediscutir os seus pactos comerciais vencidos pelo tempo com outros países, medida natural e legítima à luz das regras da própria Organização Mundial do Comércio (OMC).

MERCOSUL

Quanto ao Brasil, a Argentina e o MERCOSUL, o que me parece é que este organismo internacional “vivo” como seus membros não está em declínio, ele está inserido em uma nova ordem mundial em permanente rediscussão e readaptação diante de um cenário econômico instável no planeta. Os ajustes tarifários e as pautas de exportação-importação deverão merecer discussão permanente e nem sempre acorde, e tais divergências bem fazem e até mesmo nos encaminha para aprofundar a discussão sobre a criação de uma Corte de Justiça do MERCOSUL que dê a última palavra quando houver divergências comerciais entre os seus Estados parte.

Malvinas

Agora, sem querer fugir à temática econômica, porém, seguindo na importância da coesão do MERCOSUL, parece-me que a questão das MALVINAS, elemento de incômodo constante do orgulho nacional argentino, diante de uma ocupação espúria de uma ilha inserida em seu mar territorial ocorrida violentamente em um histórico momento “conservador” tanto da Inglaterra quanto da Argentina dominada pelo regime militar, esta questão sim merece uma atenção uníssona e um posicionamento coeso dos países sul-americanos contra esse ataque à soberania argentina e o MERCOSUL e cada um dos seus membros tem o dever de pressionar diplomaticamente do modo mais legítimo possível o Conselho de Segurança da ONU a intermediar o diálogo com o Reino Unido no sentido de se acabar com esse resquício de colonialismo explícito que assola o continente americano em pleno século XXI.

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

cada qual desses países, potências emergentes, adotando uma maneira de fazer valer suas legítimas aspirações de expansionismo econômico, aqui sem se tratar dos respectivos equívocos e acertos diante da falta de espaço em tão poucas linhas. E na senda da hipocrisia que assola e sempre assolou o globo, os EUA e a Europa assistem atônitos sem legitimidade para fazer discursos em sentido contrário, embora o façam assim mesmo, sobre medidas tidas por “protecionistas”, estes últimos que sempre adotaram o cômodo discurso de faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço, protegendo seus produtos nacionais com unhas e dentes, leia-se a respeito o último discurso do presidente Obama, na



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

III ENCONTRO REGIONAL DE DIREITO AASP

A T I B A I A 2 0 1 2

De 17 a 19 de maio de 2012

BOURBON ATIBAIA SPA RESORT - ATIBAIA - SP

Abertura dia 17/5 com Dr. Walter Vieira Ceneviva,
e painéis dia 18/5, que abordarão as seguintes áreas:

Direito Civil

Direito Processual Civil

Direito Tributário

Direito Processual Penal

Direito do Trabalho

Advocacia

Direito Eletrônico nos Tribunais

Faça parte dessa tradição da classe jurídica.



Confira os detalhes da programação e faça sua inscrição acessando
www.encontroaasp.org.br ou ligue (11) 3291 9200.

Realização



AASP

Associação dos Advogados
de São Paulo

Responsabilidade subsidiária trabalhista do Estado nos contratos de serviços

José dos Santos Carvalho Filho*

Durante muitos anos, a Administração Pública sofreu com os efeitos da orientação firmada pela Justiça do Trabalho no Enunciado nº 331, inc. IV, do TST.

Segundo essa súmula, “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

Licitação

Na prática, a Administração, após observar todo o procedimento de licitação, celebrava um contrato de serviços com o vencedor do certame, e o ajuste, de início, desenvolvia-se regularmente. Posteriormente, quando um empregado ajuizava reclamação trabalhista contra a sociedade prestadora do serviço, o reclamante, além do empregador, hospedava desde logo no polo passivo da ação o ente administrativo contratante.

Semelhante prática justificava-se pelo fato de que o empregado teria maior garantia em receber seu crédito, decorrente

da inadimplência de seu empregador, já que, não pagando este o seu débito, teria que fazê-lo a Administração, responsável subsidiária pelo pagamento.

Sempre criticamos tal orientação por contrariar frontalmente o art. 71, caput e § 1, da Lei nº 8.666/93, segundo os quais os encargos trabalhistas são atribuídos ao contratado e a inadimplência deste em relação às obrigações trabalhistas não transfere à Administração a responsabilidade por seu pagamento (vide nosso *Manual de Direito Administrativo*, Atlas, 25ª ed., 2012, pp. 207/8).

De acordo com o referido Enunciado, os débitos da sociedade contratada inadimplente com seu empregado acabavam sendo pagos, usualmente, pelo Estado na fase de execução, numa evidente lesão ao patrimônio público e ofensa ao conteúdo legal.

Em boa hora, no entanto, o STF julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (julg. em 24.11.2010), decidindo no sentido da constitucionalidade do referido art. 71 da Lei nº 8.666/93, e com isso julgando implicitamente inconstitucional o aludido Enunciado 331, IV, do TST. Na verdade, como essa decisão tem eficácia *erga omnes*, imediata e vinculante (CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, *A Fiscalização*

Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, RT, 2000, p. 306), o Enunciado restou prejudicado.

O efeito desse julgado foi o de excluir a Administração Pública da responsabilidade trabalhista subsidiária automática, ou seja, aquela oriunda do só fato de ter contratado a sociedade inadimplente, o que – convenhamos – era rematado absurdo. O Estado só será responsável subsidiário se, por ação ou omissão, tiver concorrido para a inadimplência da contratada relativamente às suas obrigações trabalhistas – matéria que, obviamente, dependerá de prova a ser produzida pelo empregado reclamante, este o maior interessado na responsabilização do ente administrativo.

Conduta Culposa

Por força da referida decisão do STF, o TST teve que amoldar-se ao *decisum* e alterou sua orientação, firmando na Súmula (Enunciado) 331, agora no inc. V, que o contratante público só tem responsabilidade subsidiária “*caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora do serviço como empregadora*”. Passou a orientação trabalhista, assim, a ser congruente com o art.

71 da Lei nº 8.666/93.

Em termos judiciais, esses novos ares indicam que o advogado do empregado de sociedade prestadora de serviços ao Estado só deve arriscar-se a inseri-lo no polo passivo da reclamação trabalhista se tiver fundada prova de sua contribuição para a inadimplência do empregador. Fora daí, o Estado deverá ser excluído da lide, sendo em relação a ele extinto o processo sem resolução de mérito, *ex vi* do art. 267, VI, do Cód. Proc. Civil, na consideração de ser parte ilegítima *ad causam* por falta de *pertinência subjetiva da ação* (ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de Direito Processual Civil*, Lumen Juris, vol. I, 2010, p. 124).

Todo esse novo quadro, sobre restaurar a legalidade, gera uma outra certeza: a de que os advogados públicos e procuradores de entes administrativos poderão doravante respirar mais aliviados.

*Mestre em Direito (UFRJ). Professor da UFF – Univ. Federal Fluminense. Professor da UCAM – Univ. Cândido Mendes. Membro do IBDA – Inst. Bras. de Direito Administrativo. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Consultor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Alterações no aviso prévio em face da lei 12.506/11

Gleibe Pretti*

Em 11 de outubro de 2011 foi promulgada a Lei n. 12.506, que aumenta para até 90 dias o aviso prévio que o empregador deve conceder ao empregado em caso de dispensa sem justa causa. Esse direito, a proporcionalidade do aviso prévio, já era assegurado pela Constituição Federal de 1988, mas dependia de regulamentação por lei ordinária posterior.

Diante do fato de que o Congresso Nacional poderia demorar a “pôr a mão no vespeiro”, o próprio texto constitucional assegurou a duração mínima do aviso prévio como sendo de 30 dias, tanto para a empresa que dispensa o empregado, quanto para os casos de pedido de demissão do trabalhador. A mudança do texto legal deve-se, sobretudo, ao posicionamento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 2010. Ao apreciar ações de empregados que se sentiram prejudicados pela omissão do legislador que não regulou a ampliação do aviso prévio, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se favorável ao apelo dos trabalhadores.

Omissão

Cabe lembrar que a grande novidade da referida lei é assegurar o aviso prévio de 30 dias para os empregados com até 1 ano de serviço, acrescido de 3 dias para cada ano trabalhado na

mesma empresa, limitado a 60 dias (equivalente a 20 anos de trabalho), de modo que o período máximo de aviso prévio será de 90 dias. No entanto, a lei deixou de abordar diversos pontos que, certamente, gerarão questionamento no futuro próximo. Num primeiro momento, a omissão que se vislumbra diz respeito à ampliação do aviso prévio concedido pelo empregado, nos chamados pedidos de demissão.

Embora o texto legal não discipline expressamente a bilateralidade da aplicação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, a interpretação jurídica que deve prevalecer certamente será nesse sentido, uma vez que os 30 dias atuais de duração valem tanto para o empregado dispensado pela empresa quanto para aquele trabalhador que pede demissão do emprego. Assim, o empregado que pedir demissão deverá pagar 90 dias de aviso prévio (3 salários). Nessa linha de raciocínio, outro ponto que gerará debate será a manutenção do direito à redução de jornada durante o cumprimento do aviso. No modelo jurídico anterior o empregado dispensado que cumpria o aviso prévio poderia optar por folgar 7 dias corridos ou ter sua jornada de trabalho diária encerrada 2 horas mais cedo.

Outro ponto que deve suscitar dúvidas refere-se à extensão desse direito no período de

aviso prévio que excede aos 30 dias, bem como será feito o cálculo da quantidade de dias que o empregado poderá folgar. No nosso entender, a dispensa apenas deverá se dar nos últimos 7 dias, ou a redução da jornada por duas horas, nos últimos 30 dias.

Também se questiona como será calculado o prazo de aviso prévio do empregado que tiver, por exemplo, 1 ano e 11 meses de emprego. A dúvida decorre da omissão do legislador, que não mencionou como será feito o cálculo proporcional dos 3 dias excedentes a cada ano trabalhado. Entendemos que 6 meses ou mais dentro de 1 ano deverá ser considerado como ano “cheio”.

Ainda sobre essas novidades, outra matéria que já está sendo aventada pelas Centrais Sindicais refere-se à discussão sobre a aplicação da nova legislação aos empregados dispensados antes da mudança do texto legal. Tendo em vista que a nova lei é expressa ao assegurar a sua aplicação a partir da data da publicação, 13 de outubro de 2011, a nosso ver tende a prevalecer o entendimento pela aplicabilidade da ampliação do aviso prévio apenas às rescisões contratuais ocorridas após a publicação da lei. Não é demais lembrar que a lei trabalhista não retroage. Entendemos que há um discurso infundado por parte

de alguns políticos em relação a esse tema.

Regulamentação

Creemos que os pontos elencados dependem de regulamentação posterior, o que já vem sendo admitida pelo próprio governo federal. Enquanto o detalhamento da matéria não vem, e como a ampliação do aviso já está em vigor, o primeiro palco dessas discussões deverá ser o Poder Judiciário. Inúmeras ações devem bater às portas do Judiciário versando sobre o novo aviso prévio e questionando as regras para o cumprimento das novas disposições.

Embora ainda seja cedo para mensurar o real impacto dessa importante alteração legislativa no mercado de trabalho, é certo que a ampliação do aviso prévio exigirá das empresas mais empenho no gerenciamento das relações com seus empregados, uma vez que a dispensa do trabalhador se tornará mais custosa. Isso deverá ficar claro nos contratos de trabalho para que as dúvidas que vierem a surgir sejam solucionadas sem lesar empregados e empregadores.

*Advogado e professor de direito e processo do trabalho. Autor de mais de 30 obras na área trabalhista, dentre elas “O novo aviso prévio”, publicada pela editora Campus/Elsevier.

Estado de Direito

Uma limitação ao poder de tributar

Éderson Garin Porto*

Estudos sobre o significado do “Estado de Direito” já foram empreendidos em obras clássicas. Invariavelmente, os doutrinadores identificam fases e acepções para a expressão “Estado de Direito”. É lícito, contudo, dizer que todos se referem a uma certa característica de um determinado Estado. Poucos identificam o “Estado de Direito” como norma dotada de conteúdo normativo e eficácia própria. Em estudo recente (Estado de Direito e Direito Tributário), procurei examinar a norma no ordenamento e verificar se haveria eficácia normativa própria no art. 1º da Constituição. A essa altura já é possível perceber a distinção entre os enfoques: uma abordagem, própria da Teoria do Estado, identifica “Estado de Direito” como característica de certo tipo de Estado e outra que se dispõe a examinar se o texto normativo insculpido no art. 1º da Constituição possui alguma força normativa.

Norma Basilar

Ao se investigar a tradição constitucional brasileira, cotejando-a com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, torna-se possível afirmar que o “Estado de Direito” se constitui em norma basilar e estruturante do sistema normativo, revelando importância e significado ímpar que difere de seus subelementos. Equivale a dizer que o sentido trazido pelo art. 1º da Constituição não é apresentado pela legalidade, separação de poderes, segurança jurídica, moralidade ou devido processo. Nesse sentido, pode-se afirmar, com

apoio em Canotilho, que o princípio do Estado de Direito é um princípio “constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (a doutrina alemã refere-se a *material-verfahrenmässiges Formprinzip*)”. No intuito de comprovar o aqui defendido, utilizar-se-á um único caso julgado pelo STF. Trata-se da exigência de depósito recursal para que o administrado tenha acesso ao segundo grau da jurisdição administrativa. Com efeito, durante anos vigorou a orientação de que a restrição ao

O devido processo legal e “mais alguma coisa” levaram o intérprete a compreender que a exigência é indevida

acesso mediante a exigência “depósito recursal” era considerada constitucional. Não obstante, fosse alegada ofensa ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), o STF reiteradamente assentava que não haveria qualquer ofensa à referida cláusula, já que a lei que disciplinava o procedimento administrativo contemplava o depósito e o definia como requisito de admissibilidade. A interpretação do Supremo reduzia o devido processo ao exame da legalidade, vale dizer, se houvesse previsão legal,

qualquer norma procedimental seria considerada constitucional. Entre outros precedentes, pode-se citar o RE nº 169077/MG, onde se reafirmou a constitucionalidade do depósito prévio, porque não haveria previsão da garantia do duplo grau de jurisdição administrativa.

Entretanto, no julgamento da ADI-MC 1922/DF, o Pleno do STF assentou que estaria sendo violado o princípio do devido processo legal no seu sentido material. No voto do Min. Marco Aurélio, a exigência do depósito é considerada verdadeira coação política. Referida orientação se consolida no julgamento dos REs nº 390.513 e 389.383. Desde então, a Corte revisou seu entendimento e passou a compreender que tal exigência contrasta com os cânones do Estado de Direito, nas palavras do Min. Joaquim Barbosa: “(...) entendo que a ampliação do acesso ao procedimento administrativo reforça, para usar termo de Jürgen Habermas, um ‘patriotismo constitucional’ que desobstrui os canais representativos – um dos quais, a Administração – e, assim, fomenta a construção de um republicanismo fundado em civismo político balizador do Estado de Direito”. O estudo do caso “depósito prévio” é emblemático porque a mesma controvérsia é interpretada pela Corte Constitucional de duas formas. Num primeiro momento, como sendo constitucional e, posteriormente, sem que houvesse modificação na ordem jurídica, a questão é considerada inconstitucional (súmula vinculante nº 21). A orientação vencida foi superada por outra que

privilegiou interpretação baseada num verdadeiro encadeamento de normas, visando conferir maior eficácia ao texto constitucional.

Algo Mais

Este é o ponto! Há uma norma no ordenamento jurídico ainda pouco explorada e que possui eficácia normativa expressiva - Estado de Direito - e, no caso, da atuação da sua chamada função eficaz integrativa. A referida função fez com que a Suprema Corte revisasse seu posicionamento para reconhecer a inconstitucionalidade da exigência. Em outras palavras, o devido processo legal e “mais alguma coisa” levaram o intérprete a compreender que a exigência é indevida. Esse “algo mais” é a valiosa contribuição do “Estado de Direito”. A concepção de Estado de Direito na sua acepção contemporânea, arejada pelos ideais da democracia, é fundamental para se compreender a importante virada na jurisprudência do Tribunal. Em linha de síntese conclusiva, pode-se afirmar que a jurisprudência do STF vem atribuindo eficácia normativa própria à cláusula constitucional do Estado de Direito. Sendo assim, pode-se afirmar que um dos principais legados do Estado de Direito é integrar e coordenar as normas que definem a competência tributária, limitando o exercício do poder de tributar.

*Advogado. Doutorando (UFRGS). Mestre (UFRGS). Professor de Direito Tributário da ULBRA.

Pós-Graduação PUCRS Cursos de Especialização em Direito

*O futuro está repleto de oportunidades.
E o melhor caminho é o que você faz.*

Ciências Penais	Direito Previdenciário
Criminologia*	Direito Processual Civil
Direito Contratual e Responsabilidade Civil	Direito Público
Direito Empresarial, com ênfase na Advocacia Empresarial	Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho
Direito de Família e Sucessões	Direito Tributário**

* em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

** em parceria com o Instituto de Estudos Tributários (IET)

INSCRIÇÕES ABERTAS

www.pucrs.br/educacaocontinuada



PUCRS
VIVA ESSE MUNDO

Argumento de autoridade: uma grande falácia

Geraldo Miniuci*

Nas modernas democracias, todas as decisões do poder judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade do julgamento. Trata-se de uma exigência sem a qual não se realizaria o princípio do contraditório, instaurando-se, em vez disso, o arbítrio da autoridade julgadora, que decidiria, sem dizer porque decidiu dessa e não daquela maneira. Mas o que significa fundamentar? Quando uma fundamentação pode ser dada como juridicamente racional e satisfatória?

Doutor X disse y

Do ponto de vista lógico-formal, a decisão judicial aparece como um silogismo, cuja premissa maior e a conclusão são normativas, e a premissa menor ou premissa fática, descritiva. A premissa maior forma-se, normalmente, por uma regra positivada, por uma regra costumeira, por uma regra jurisprudencial, por regras não escritas que se deduzem do ordenamento jurídico, conhecidas como princípios gerais de direito, ou pela doutrina. Neste texto, tratarei deste último tipo de premissa, isto é, aquela que, mediante referência a trechos e conclusões de obras doutrinárias, reproduz a opinião de doutrinadores do direito. Uma justificação ou um argumento que se ampara na doutrina tem a seguinte forma: *se o doutor X disse y, então y*. Trata-se, pois, de um argumento de autoridade. Podendo ser apresentado isoladamente ou em combinação com outros argumentos, de modo a reforçá-los, esse tipo de argumento carece de racionalidade, pois não há como, num processo judicial, aferir a validade de suas premissas. Afinal, doutrina não é senão outro termo para

A demonstração de algumas premissas fáticas pode até mesmo envolver mais de uma área não jurídica do conhecimento

designar o conjunto do saber adquirido pelos cientistas do direito em seu labor investigativo: padrões, métodos de pesquisa, fórmulas interpretativas, definição de conceitos, enfim, é tudo aquilo que orienta o operador do direito em suas atividades profissionais, seja no plano da solução, seja no da prevenção de litígios. A utilização, contudo, que não raro se faz do trabalho doutrinário é desprovida de qualquer sentido lógico: resumos, citações e conclusões de obras são usados como premissa maior de decisões judiciais, ou de argumentos de modo geral, sem que seja possível aferir a validade das ideias apresentadas, cabendo-nos apenas confiar na reputação do doutrinador citado. Em outras palavras, numa controvérsia submetida a julgamento, poderá o juiz lançar mão dos ensinamentos doutrinários, para definir o sentido de um termo, determinar o conteúdo de uma norma jurídica ou interpretar o seu alcance. Em sua decisão, citará autores que sustentam essa ou aquela posição sobre o assunto, e, no final de seu arrazoado, afirmará que, em vista do exposto na doutrina, decide

de determinada maneira.

Doutrina

Ora, quem são esses doutrinadores? Por que devo fiar-me em suas palavras, que expressam apenas a conclusão ou o resumo de um estudo mais longo? Como, no curso de um processo judicial, aferir-lhes a validade, se, para tanto, necessito de exame mais apurado de sua conformidade com as regras do método científico aplicável ao direito? Afinal, não basta apresentar a conclusão a que chegou o eminente doutrinador, é preciso demonstrar como ele chegou até ela. Somente assim saberei se a premissa normativa maior tem ou não validade.

Ao contrário das premissas normativas formadas, por exemplo, pela regra positivada, cuja validade é um problema legal, regulado pelo ordenamento jurídico, a validade de uma doutrina é questão acadêmica, que não se resolve no âmbito judicial ou administrativo, mas na universidade e nos centros de pesquisa, orientando-se pelos cânones da ciência. Em suma: enquanto a validade de uma lei ou de um precedente pode ser discutida em juízo, a de uma doutrina não pode. Por essa razão, num processo judicial, seja em petições, sentenças ou acórdãos, referências doutrinárias aparecerão no argumento como um corpo estranho, que terá a função de uma premissa normativa maior sem validade demonstrada ou verificável, por isso autoritária.

Premissas Fáticas

Imaginemos agora que, no lugar das citações doutrinárias, surjam no argumento as palavras de especialistas de áreas não-jurídicas: psicólogos, biólogos, médicos, engenheiros, apenas para citar alguns exemplos de profissionais, a quem se recorre para demonstrar a validade de determinadas premissas fáticas, como, por exemplo, se determinado medicamento tomado durante a gravidez causou ou não a deformação do feto; se o réu sofre ou não de distúrbios mentais ou ainda se o acidente foi causado por falha na estrutura ou por falta de manutenção do objeto. A demonstração de algumas premissas fáticas pode até mesmo envolver mais de uma

Como proceder, por exemplo, quando biólogos não estiverem de acordo sobre origem e definição de vida humana?

área não jurídica do conhecimento. Se o embrião é ou não um ser humano, por exemplo, eis aí um problema que, não sendo jurídico, pode, contudo, ser objeto de apreciação tanto no âmbito das ciências da natureza, como no da religião ou no da filosofia. Se argumentos religiosos não cabem num tribunal laico, e se os argumentos filosóficos não fazem sentido em decisões judiciais, tendo quando muito um papel acessório, resta, para um processo com semelhante objeto, a linguagem “neutra” da ciência, aceita em qualquer esfera do poder público.

Essa linguagem “neutra” da ciência, porém, é a linguagem utilizada pelo cientista, o qual será sempre uma pessoa que poderá ter preferências políticas, tendências, preconceitos, não sendo, portanto, necessariamente, neutro. Uma vez que avaliar as conclusões e recomendações dos especialistas, buscando certificar-se da validade de suas palavras, exige conhecimento especializado de que não dispõe o jurista, e diante da necessidade de garantir a imparcialidade do processo e dos procedimentos, torna-se necessário, primeiro, lançar mão de critérios públicos de escolha dos membros das comunidades epistêmicas a serem chamados para opinar em processos judiciais, na esfera legislativa ou mesmo na administração. Quem são eles? Quem lhes financia a pesquisa? Onde e para quem trabalham? Como são avaliados pelos seus pares? Serão religiosos? Filiados a partidos políticos? São perguntas como essas que, focalizando não a ciência, mas o cientista, podem orientar o aplicador ou o

legislador da norma jurídica, no momento em que, decididos a ouvir os especialistas, devem selecionar os membros das comunidades epistêmicas a serem consultados.

Princípio da Precaução

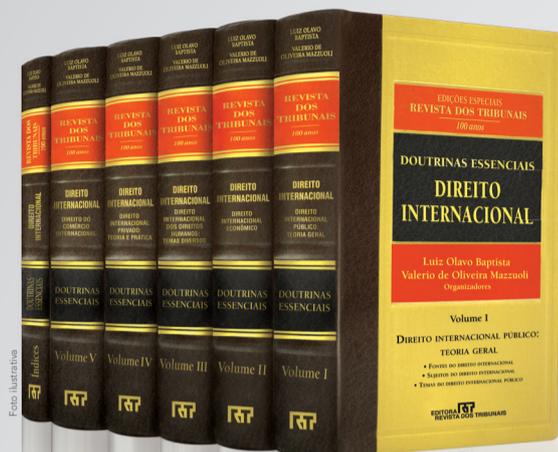
Apenas isso, porém, não assegura uma justificação racional e não autoritária da decisão, seja por parte do juiz, seja do legislador ou do administrador, pois são também necessários critérios para lidar com a dúvida, de modo geral, e com a divergência de opiniões entre os especialistas, em particular. Como proceder, por exemplo, quando biólogos não estiverem de acordo sobre origem e definição de vida humana? O intérprete da norma jurídica não poderá justificar de maneira racional a preferência pelas conclusões desse ou daquele especialista, em detrimento dos demais, senão recorrendo a regras e princípios preexistentes que indiquem o curso a ser seguido, em casos de impasse ou desacordo a respeito do tema considerado. Se não houver certeza, por exemplo, a respeito da relação de causa e efeito entre determinado medicamento e má formação de fetos, o princípio da precaução orientará o intérprete da norma a não autorizar a venda do remédio; já na esfera penal, a dúvida levará à absolvição do fabricante e do distribuidor do mesmo remédio.

São critérios como esses que, existentes no ordenamento, podem tornar racional a decisão que necessita de conhecimentos não jurídicos para dar conteúdo à norma jurídica e interpretá-la, evitando o argumento de autoridade, baseado na mera reputação dos especialistas citados. Quanto aos argumentos que se utilizam de citações de doutrinadores do direito, porém, é melhor evitá-los, pois, não obstante serem acessíveis ao entendimento do jurista, não podem ser fundamentados no âmbito judicial, legislativo ou administrativo, mas acadêmico, de acordo com critérios estabelecidos pela ciência do direito, e não pelo ordenamento jurídico. Seu uso no curso de um processo decisório, flertando com a leviandade, será irracional e arbitrário.

*Professor Associado da Faculdade de Direito da USP. Foi bolsista da CAPES – Brasília/Brasil.



LANÇAMENTOS RT



ORGANIZADORES:
LUIZ OLAVO BAPTISTA
VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

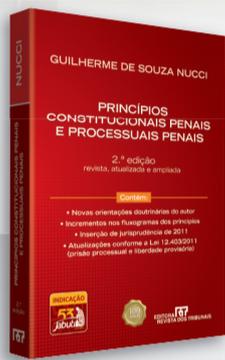
COLEÇÃO DOUTRINAS ESSENCIAIS

DIREITO INTERNACIONAL

Mais de 300 artigos doutrinários selecionados



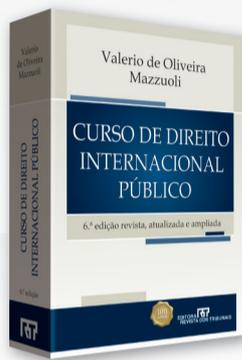
CÓDIGO PENAL COMENTADO
11.ª edição
Guilherme de Souza Nucci



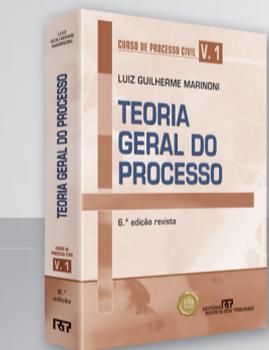
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS
2.ª edição
Guilherme de Souza Nucci



CURSO DE DIREITO PENAL - PARTE GERAL
4.ª edição
René Ariel Dotti



CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO
6.ª edição revista, atualizada e ampliada
Valerio de Oliveira Mazzuoli



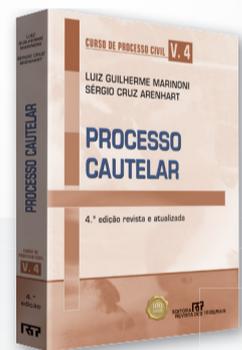
TEORIA GERAL DO PROCESSO
6.ª edição revista
Luiz Guilherme Marinoni



PROCESSO DE CONHECIMENTO
10.ª edição revista e atualizada
Luiz Guilherme Marinoni
Sérgio Cruz Arenhart



EXECUÇÃO
4.ª edição revista e atualizada
Luiz Guilherme Marinoni
Sérgio Cruz Arenhart



PROCESSO CAUTELAR
4.ª edição revista e atualizada
Luiz Guilherme Marinoni
Sérgio Cruz Arenhart



EM BREVE

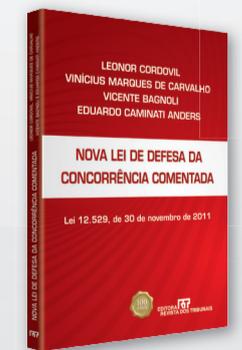
PROCEDIMENTOS ESPECIAIS
3.ª edição revista e atualizada
Luiz Guilherme Marinoni
Sérgio Cruz Arenhart



DIÁLOGO DAS FONTES
Claudia Lima Marques



DIREITO CIVIL APLICADO
DIREITO DAS SUCESSÕES
2.ª edição
Eduardo de Oliveira Leite



NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMENTADA
Leonor Cordovil,
Víncius Marques de Carvalho,
Vicente Bagnoli,
Eduardo Caminati Anders

RT OAB 2.ª Fase



VADE MECUM RT 2012
7.ª edição
Equipe RT



VADE MECUM OAB CONCURSOS 2012
2.ª edição
Coord.: Darlan Barroso
Marco Antonio Araujo Junior

COLEÇÃO VADE MECUM PRÁTICA OAB

Coordenação
Alvaro de Azevedo Gonzaga e
Nathaly Campitelli Roque



COLEÇÃO PRÁTICA FORENSE

Coordenação
Darlan Barroso e Marco Antonio Araujo Junior



livraria RT

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

Endereços completos em: www.livrariart.com.br/lojas



EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Defesa civil: por uma legislação nacional preventiva

Roseli Senna Ganem*

No Brasil, a legislação de defesa civil ainda está focada nas ações de resposta e reconstrução, disciplinando de forma muito tênue as ações de prevenção. Uma análise rápida da legislação em vigor corrobora essa afirmação.

A Lei 12.340/2010, que regula a matéria, institui o Sistema Nacional de Defesa Civil (SINDEC), composto pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como o Conselho Nacional de Defesa Civil (CONDEC), de caráter consultivo e deliberativo. A Lei determina aos Estados que promovam o levantamento das áreas de risco e que apoiem os Municípios que não disponham de capacidade técnica, na elaboração de seus planos de trabalho. Determina à União que apoie, de forma complementar, os Estados, o DF e os Municípios em situação de emergência ou estado de calamidade pública reconhecido pelo Governo Federal. A Lei 12.340/2010 estabelece que são obrigatórias as transferências da União aos Estados, DF e Municípios, para a execução de ações de resposta e reconstrução, e dispõe sobre o Fundo Especial para Calamidades Públicas (FUNCAP), criado pelo Decreto-Lei 950/1969. O Funcap destina-se às ações de reconstrução, mas, excepcionalmente, seus recursos podem ser utilizados para ações de resposta, mediante autorização do Conselho Diretor do Funcap. Verifica-se que, afora o levantamento das áreas de risco pelos Estados, não há detalhamento de medidas preventivas no texto da Lei.

Remoção de Edificações

Recentemente, a Medida Provisória (MP) 547/2011 acrescentou dois artigos à Lei 12.340/2010, para criar um cadastro nacional de Municípios com áreas propícias à ocorrência de escorregamentos de grande impacto ou processos geológicos correlatos, a ser instituído pela União. Os próprios Municípios devem se inscrever nesse cadastro, sendo que os inscritos ficam obrigados a: mapear as áreas sujeitas a escorregamentos e eventos correlatos, elaborar a carta geotécnica de aptidão à urbanização, o plano de contingência e o plano de implantação de obras e serviços para a redução de riscos; e controlar e fiscalizar a edificação em áreas de risco. Na ocorrência de ocupações em áreas de risco, cabe ao Município promover, quando necessário, a remoção de edificações, o reassentamento dos ocupantes em local seguro e o cadastramento para garantia de atendimento habitacional em caráter definitivo, em programas públicos de habitação de interesse social. A MP 547/2011 encontra-se em análise no Congresso Nacional.

Gestão da Crise

Ainda que a MP tenha introduzido avanços na Lei 12.340/2010, tais mudanças afiguram-se, ainda, muito tímidas. Para a implantação de uma política nacional de defesa civil que privilegie as ações de prevenção, e não apenas a gestão da crise pós-desastre, seria necessário estabelecer medidas efetivas para todos os tipos de desastre, além dos escorregamentos e eventos correlatos.

É preciso, também, organizar a atuação do Sistema Nacional de Defesa Civil, cujo funcionamento depende da ação articulada dos três Entes da Federação e da integração dos órgãos

de defesa civil com os demais órgãos setoriais, como os de meio ambiente, educação, ciência e tecnologia etc.

Recursos

Existe um vácuo normativo em relação à distribuição de competências entre os Entes da Federação. De acordo com a Constituição Federal, art. 22, XXVIII, compete privativamente à União legislar sobre defesa civil. A ela cabe, portanto, definir uma legislação clara para o setor, estabelecendo, entre outras questões, o que cada Ente da Federação deve fazer, de forma similar ao Código Nacional de Trânsito.

Ampliar a participação dos Municípios

dos fatores naturais potencialmente causadores de desastre. Tais ações dependem, por sua vez, da estruturação de uma ampla e densa rede de coleta de informações nas bacias hidrográficas e do desenvolvimento de uma base de dados nacional, gerenciada pela União e alimentada e compartilhada pelas três esferas de governo. Tornar esses dados disponíveis é fundamental para o bom planejamento do uso do solo e para o funcionamento de um sistema de alerta de desastre

Plano Diretor

É necessário, também, estabelecer exigências no âmbito do planejamento urbano,



no sistema é fundamental, uma vez que, concretamente, é nos seus territórios que os desastres ocorrem. Entretanto, não basta dar atribuições aos órgãos municipais, sem dar-lhes os meios, pois, de modo geral, os Municípios contam com poucos recursos e têm estrutura institucional frágil. A União e os Estados devem assumir papéis preponderantes, como promover a pesquisa e o monitoramento meteorológico e hidrológico, a implantação de um sistema de informações, a capacitação contínua de agentes públicos e do voluntariado, o desenvolvimento de uma cultura nacional de prevenção, a implantação de uma política habitacional que ofereça alternativas concretas aos ocupantes das áreas de risco e, principalmente, o apoio financeiro e técnico aos Municípios na execução das ações de planejamento urbano e na preparação das instituições públicas e da população para a ocorrência de desastre.

Informações

Uma política nacional de defesa civil preventiva não pode prescindir de um sistema nacional de informações e do monitoramento

relativas ao levantamento das áreas de risco e à sua não ocupação, especialmente no plano diretor, cuja elaboração constitui obrigação municipal imposta pelo art. 182 da Constituição Federal.

Cultura

Paralelamente, é preciso criar instrumentos para o desenvolvimento de uma cultura de prevenção de desastre no país. Uma política preventiva deveria fomentar a capacidade de adaptação das populações aos fenômenos naturais, como, por exemplo, o transbordamento do leito do rio e o escorregamento de solos mais frágeis nas épocas de maior intensidade pluviométrica. O conhecimento e o respeito aos limites impostos por esses fenômenos à ocupação do solo poderia evitar muitas tragédias e prejuízos econômicos e sociais. A participação popular no planejamento e na elaboração das ações municipais e o estímulo ao voluntariado constituem instrumentos importantes para o desenvolvimento de uma cultura de prevenção de desastres.

Medidas

Todas essas ações foram amplamente

Ampliar a participação dos Municípios no sistema é fundamental, uma vez que, concretamente, é nos seus territórios que os desastres ocorrem

debatidas no âmbito da Comissão Especial de Medidas Preventivas e Saneadoras de Catástrofes Climáticas, cujo relatório final, a cargo do Dep. Glauber Braga, aprovado em dezembro de 2011, contém proposta legislativa que visa instituir uma Política Nacional de Proteção Civil. Essa Política abrange as ações de resposta e reconstrução, mas dá especial atenção à redução do risco de desastres no Brasil. Analisar e incluir as medidas propostas nesse relatório no âmbito da legislação de defesa civil constituiria um grande avanço para a mitigação do sofrimento a que fica submetida parcela substancial da população brasileira exposta a risco de desastres de naturezas diversas.

*Consultora Legislativa da Câmara dos Deputados na área de Meio Ambiente, bióloga; Mestre em Ecologia e Doutora em Gestão Ambiental pela Universidade de Brasília; Consultora Legislativa e atual Coordenadora da Área de Meio Ambiente da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados; organizou o livro "Conservação da Biodiversidade: legislação e políticas públicas", publicado pela Câmara dos Deputados em 2011.



PENSE GRANDE. FAÇA DAMÁSIO.

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
- Analista Administrativo e Judiciário do TRE
- 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

1ª fase

- Curso Extensivo
- Curso Intensivo
- Reta Final
- Dia Damásio – Evento Preparatório

2ª fase

- Todas as práticas:
Administrativo, Civil, Constitucional,
Empresarial, Penal, Trabalho e Tributário

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 ●

Pós-Graduação

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

Confira também nossos outros cursos. Turmas para abril.

● Nova formatação



Complexo Educacional
Damásio de Jesus

+250
de
Unidades em
todo o BRASIL!

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

Ensaio sobre as normas jurídicas infraconstitucionais pendentes de regulamentação

Christian Fernandes Gomes da Rosa*



No Direito contemporâneo, as relações entre os Poderes tornam-se cada vez mais integradas. Neste contexto, cabe-nos abordar a questão das normas infraconstitucionais pendentes de regulamentação e de buscar, ainda que de maneira um tanto incipiente, a proposição de um conjunto de perspectivas que possam avaliar a geração de efeitos jurídicos por tais normas, ou o seu óbice, se o caso. O debate limita-se às normas infraconstitucionais em que, explicitamente, entendeu por bem o legislador designar ao Poder Executivo o poder de regulamentá-las.

Eficácia Social

Rememore-se que a eficácia das normas jurídicas pode ser compreendida sob dois significados. No primeiro, é a *eficácia social*, observada quando a norma vigente é efetivamente respeitada pelas autoridades e administrados, cidadãos, a que se dirige e, desta maneira, cumpre as finalidades para as quais foi idealizada.

Por outro lado, há também a *eficácia jurídica*, verificada quando a norma reúne todos os elementos que a tornem apta a produzir efeitos jurídicos, sendo exigível sua observância e cabível sua aplicação coercitiva, quando não aplicada.

Assim posto, cabe enfrentar o desafio deixado pelas normas infraconstitucionais pendentes de regulamentação.

Contratações Públicas

Veja-se, por exemplo, o quanto trazido pelo art. 64 da Lei n. 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: “O Poder Executivo federal regulamentará o disposto no Capítulo I desta Lei.”. Outro exemplo, semelhante, manifesta-se no dispositivo do art. 3º da Lei n. 9.635/1998, que alterou procedimentos do Programa Nacional de Desestatização, *in verbis*: “O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei.”.

Previsões assemelhadas podem ainda ser encontradas nas leis paulistas n. 13.560/2009, 10.095/1998, 14.686/2011 e 14.544/2011.

Nesses termos postos, permite-se inferir que preferiu o legislador a elaboração de uma norma de *eficácia limitada*, ou seja, que depende de regulamentação para só então produzir todos os efeitos que dela se podem esperar.

Se o legislador, no uso de suas atribuições constitucionais, avaliou pela pertinência de sujeitar a nova disposição normativa ao poder regulamentar do Poder Executivo, notadamente quanto a seus efeitos, é certo que a norma infraconstitucional, ainda pendente de regulamentação, não pode gerar seus efeitos, sob pena de demonstrar-se inócua a manifestação inserida na lei.

Funções do Estado

Neste ponto, cumpre relembrar que o Brasil adota o sistema de tripartição de funções mitigado, de tal forma que a cada uma das funções

**Coloca-se uma
dimensão garantista
à limitação da
eficácia de norma
infraconstitucional
que, ainda pendente de
regulamentação, tenha
por objetivo, v. g., a
construção de direitos
dos administrados**



do estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – cabem atribuições típicas e atípicas. Esta seria, assim, atividade atípica do Executivo.

Esse fenômeno pode decorrer do reconhecimento de que a aplicação de determinada diretiva normativa demanda a especificação dos efeitos na norma, ou ainda da criação dos procedimentos voltados a sua aplicação e sua exigibilidade. Mais do que uma questão de natureza estrutural, jurídico-formal já reconhecida pela jurisprudência (STJ, Agr. Reg. no REsp nº. 1132743, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 21/02/2011), coloca-se uma motivação de cunho pragmático.

Trata-se de efetiva deferência do Poder Legislativo às competências e capacidades do Executivo, então entendido como o Poder efetivamente capaz de determinar, em detalhes, a melhor maneira de dar consecução ao fim colimado pelo legislador, em observância à boa coordenação entre os Poderes. Figura, assim, uma dimensão material do fundamento para a ineficácia das normas pendentes de regulamentação.

De outra parte, também a exigibilidade de referidas normas deve ficar pendente dessa regulamentação, sob pena de que o administrado seja sujeito a uma norma cujos parâmetros são insuficientes à sua segura obediência. Assim, coloca-se uma dimensão garantista à limitação da eficácia de norma infraconstitucional que,

ainda pendente de regulamentação, tenha por objetivo, v. g., a construção de direitos dos administrados.

Exigibilidade

Outra dimensão tem caráter organizacional e nesta seara o ato regulamentar ressalta-se como um ato de organização do Chefe do Poder Executivo, qualificado como superior hierárquico da Administração.

Note-se que as dimensões garantista e organizacional são relacionadas. Se para a aplicação da nova norma é indispensável a definição – *ainda pendente* – de rotinas correlatas da atividade administrativa, não é possível exigir-se que o administrado sujeite-se a regramento cuja aplicação – e, portanto, *exigibilidade* – não está bem determinada.

É nesse sentido que podem ser aferidas perspectivas material, garantista e organizacional para o fundamento da ineficácia das normas infraconstitucionais pendentes de regulamentação, nas hipóteses em que o legislador expressamente tenha se manifestado no sentido de que sobrevirá regulamentação específica.

*Advogado Sócio do escritório Tojal, Teixeira Ferreira, Serrano & Renault Advogados Associados; Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP; Especialista em Direito Econômico pela FGV-SP.

Pessoa jurídica e novo Código Penal Espanhol

Luiz Regis Prado*

Na esteira da tendência político-criminal europeia de institucionalização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por influência, sobretudo, de sistemas jurídicos anglo-saxões ou similares, e de convenções internacionais, 1 a Espanha, de filiação romanística, acaba por consagrá-la na nova legislação penal (Código Penal espanhol de 2010 [art. 31 bis] – instituído pela Ley Orgánica 5/2010, que reformou grandemente o anterior Código Penal de 1995). É, sem dúvida alguma, a mais relevante modificação ocorrida no Código Penal espanhol.

Responsabilidade Penal

Em sendo dessa maneira, o novo Código Penal espanhol (art. 31 bis) estabelece as noções conceituais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A primeira parte (art. 31 bis, 1) diz respeito à prática de delito pela pessoa física que detém poder de direção, isto é, poder decisório no âmbito social, bem como controle de funcionamento (= representante legal e administrador), de fato ou de direito, da empresa. Na segunda parte (art. 31 bis, 1), a pessoa jurídica responde criminalmente pelos delitos praticados pelas pessoas físicas, no exercício de atividades sociais, por conta e proveito, no caso em que seu representante legal ou administrador – de fato ou de direito – não tenha exercido o devido controle ou supervisão, conforme uma situação concreta. Esse modelo

parece ter sua fonte na Lei das Contravenções de Ordem alemã (§§ 130 e 30).

A responsabilidade penal da pessoa jurídica vem prevista de forma ampla e independente, paralelamente à responsabilidade da pessoa natural (art. 31 bis, 3 e 5, do CP espanhol). Nesse ponto, ressaí certa margem de dubiedade ou imprecisão legislativa quando se compara o contido no art. 31 bis, 1 e o disposto no item 2 do mesmo artigo. No primeiro, adota-se o modelo de responsabilidade por atribuição (indireto) e no segundo, busca-se alcançar a ideia de responsabilidade penal própria (direta) da pessoa jurídica.

Aliás, impressiona o fato de que a vontade político-legislativa criminal tudo pode e faz – aqui e alhures – para alcançar seu objetivo, quando simplesmente ignora princípios constitucionais e categorias dogmáticas – inerentes à responsabilidade penal da pessoa física e característicos do sistema jurídico continental –, de cunho altamente garantista, e arduamente conquistados.

Elementos

Não obstante isso, e para além, não foram dados, no novo Código Penal espanhol, o devido acabamento e condições de sustentabilidade teórica ao edifício que buscou construir. Isso porque, apesar de estabelecer seu pressuposto conceitual (art. 31 bis, 1 e 2), sanções aplicáveis (art. 33,7) e elementos relativos à sua determi-

nação (circunstâncias atenuantes, agravantes, excludentes etc.), esqueceu-se o legislador de fixar seu fundamento próprio e autônomo, isto é, elementos ou critérios específicos indispensáveis à conformação dessa forma de responsabilidade [v.g., responsabilidade penal da pessoa jurídica direta/por fato próprio – culpabilidade por defeito de organização (Tiedemann); pelo estado de necessidade de proteção de bens jurídicos, sem culpabilidade (Schünemann); pela condução da atividade empresarial (Heine) etc.].

Tal como na lei ambiental brasileira (Lei 9.605/1998), constata-se a não construção de um verdadeiro subsistema penal devidamente estruturado para tal modelo de responsabilidade penal, diverso do tradicional – feito para as pessoas físicas, mas que com este último deve ser coexistente.

Regras Processuais

De igual modo, e em franco desazo, silencia o legislador espanhol quanto à consignação de regras processuais próprias e adaptativas, indispensáveis à sua viabilização prática.

De sua vez, estabelece a nova lei espanhola também a prática de delito por parte da pessoa física que se encontra em seu interior, como condicionante legal. Não é outro o dizer do art. 31, 1: “(...) as pessoas jurídicas serão penalmente responsáveis pelos delitos praticados em seu nome ou por sua conta, e, em

seu proveito, por seus representantes legais e administradores de fato e de direito” (sem grifo no original).

De modo similar à legislação francesa, prevê o Estatuto espanhol a cláusula de especialidade para responsabilidade da pessoa jurídica, bem como exclui de sua incidência o Estado e outros entes públicos (art. 31 bis, 5). Nota-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra-se prevista sob a forma de *numerus clausus* (para alguns delitos).

No que diz respeito ao aspecto subjetivo do delito, só há previsão legal para a modalidade dolosa, não sendo punível a forma culposa. No entanto, e tendo em conta o art. 10 do Código Penal espanhol, a responsabilidade penal do ente coletivo introduzida não passa de uma responsabilidade penal sem delito e a pena imposta é sem dolo ou culpa, que viola o estabelecido no art. 5 do Código Penal (R.Mourullo).

Em realidade, é certo que a nova Lei penal espanhola estatui um exemplo de responsabilidade penal *por fato alheio* (ou por fato de outrem), incompatível com a definição legal de delito (art. 10 do CP espanhol) e determinados princípios penais fundamentais.

Resta a espera atenta, pois cabe ao futuro dar uma verdadeira e final resposta a essa incitante interrogação.

*Professor Titular de Direito Penal. Universidade Estadual de Maringá.

NÃO SEJA MAIS UM NO MERCADO DE TRABALHO.
WWW.FEEVALE.BR/POS

ACIMA DE TUDO, VOCE.

Na Universidade Feevale, você encontra ótimas opções para Especialização/MBA. Mais do que qualificado, aqui você se torna um profissional único.

MBA

- Comunicação Estratégica e Branding
- Controladoria
- Finanças Corporativas
- Gestão Empresarial

ESPECIALIZAÇÃO

- Arte e Estética na Formação de Educadores - em parceria com a PUCRS*
- Arteterapia
- Automação e Controle
- Biologia Molecular Aplicada à Saúde
- Cerâmica: Linguagens e Processos Contemporâneos
- Ciências Forenses
- Citopatologia Diagnóstica
- Design de Superfície
- Engenharia de Segurança do Trabalho
- Estudos da Linguagem: Línguas e Literatura
- Filosofia e Sociologia
- Gerontologia
- Gestão Estratégica de Marketing - Ênfase em Administração de Vendas
- Hematologia e Hemoterapia
- Microbiologia de Alimentos
- Nutrição Clínica
- Pedagogia Empresarial
- Prática Docente no Contexto Universitário - EaD
- Prescrição de Exercícios Físicos
- Qualidade de Produtos e Processos
- Saúde do Trabalhador
- Teoria Psicanalítica
- Terapia Intensiva



UNIVERSIDADE FEEVALE
CONHECIMENTO PARA INOVAR O MUNDO

* O curso ocorrerá na PUC em Porto Alegre.

O que é que a PM baiana (não) tem?

Luiz Eduardo Soares*



INES LABRIM | FOLHAPRESS

Na crise da Bahia, ninguém tem razão. Explosões violentas são inaceitáveis; condições trabalhistas ultrajantes, também. Alternativas são indispensáveis, mas têm de ser realistas e viáveis. Quem as negociará, em nome da massa policial? Quem gritar mais alto na praça pública? Quem comandar nas ruas um movimento que chantageia o governo e o obriga a ceder ao líder de ocasião, sem organicidade representativa? A alternativa a esse mundo desastroso é a sindicalização, não dos servidores das PMs tais como elas existem, o que seria inconstitucional, mas dos membros de uma organização de novo tipo, regida por novos marcos constitucionais.

Segurança Pública

Na raiz do caos está a arquitetura institucional da segurança pública legada pela ditadura. O artigo 144 da Constituição define as PMs como força reserva do Exército e a legislação complementar as submete a um modelo organizacional concebido à sua imagem e semelhança. Por isso, têm até 13 níveis hierárquicos e uma estrutura verticalizada e rígida. A boa forma de uma organização é aquela que melhor serve ao cumprimento de suas funções. As características organizacionais do Exército atendem à sua missão constitucional, porque tornam possível o “pronto emprego”, qualidade essencial às ações

bélicas destinadas à defesa nacional. Nesse contexto, entende-se o veto à sindicalização.

Missão das Polícias

A missão das polícias é inteiramente diferente: prover segurança aos cidadãos, garantindo o cumprimento da Lei, ou seja, protegendo seus direitos e liberdades contra eventuais transgressões que os violem. No repertório cotidiano das atividades das PMs, confrontos armados que exigem pronto-emprego representam menos de 1%. Para estas, bastam unidades especiais, configuradas para tais finalidades. O funcionamento das instituições policiais com presença ostensiva nas ruas, cujos propósitos são sobretudo preventivos, requer, dada a variedade e o dinamismo dos problemas a superar: descentralização; flexibilidade no processo decisório, respeitados os direitos humanos e os princípios internacionalmente concertados que regem o uso comedido da força; plasticidade adaptativa às especificidades locais; capacidade de interlocução, mediação e diagnóstico; liberdade para adoção de iniciativas que mobilizem outros segmentos da corporação e intervenções governamentais inter-setoriais. Idealmente, o(a) policial na esquina é um(a) micro-gestor(a) da segurança em escala territorial limitada com amplo acesso à comunicação intra e extra-institucional.

Engana-se quem acredita que mais rigor hierárquico, mais centralização, menos autonomia na ponta e regimentos mais duros garantem mais controle interno, menos corrupção e desmandos

Disciplina

Engana-se quem acredita que mais rigor hierárquico, mais centralização, menos autonomia na ponta e regimentos mais duros garantem mais controle interno, menos corrupção e desmandos. Se fosse assim, nossas polícias militares seriam campeãs de virtude.

Pelo contrário, sacrificamos a eficiência no altar da disciplina para colher tempestades e saldos negativos em todos os fronts.

Exército

Não há razão para que as PMs copiem o modelo organizacional do Exército – e reconhecê-lo não as impediria, necessariamente, de adotar elementos da estética, da ética e da ritualística militar. Nesse novo contexto, a sindicalização tornar-se-ia legal e legítima. Quem teme sindicatos e supõe possível manter a ordem reprimindo demandas dos trabalhadores, proibindo sua organização, não compreende a história social e as lições que as lutas trabalhistas nos ensinaram. Não entende que o veto à organização provoca efeitos perversos para todos e planta uma bomba de efeito retardado sob nossos pés.

* Mestre em Antropologia, Doutor em Ciência Política com Pós-Doutorado em Filosofia Política. Foi Secretário Nacional de Segurança Pública (2003) e Coordenador de Segurança, Justiça e Cidadania do Estado do RJ (1999/março 2000). É professor da UERJ, coordena o curso à distância de Gestão e Políticas em Segurança Pública, na Universidade Estácio de Sá, e assessora o senador Lindbergh Farias. Autor e co-autor de diversas obras entre as quais, “Justiça” e “Elite da Tropa 2”, pela Nova Fronteira; “Elite da Tropa” e “Espírito Santo”, pela Objetiva.

Políciais e bombeiros do Rio de Janeiro

Thiago M. Minagé*

Desde a primeira Constituição de nossa história, promulgada em 1824 e tratada como verdadeiro paradoxo por Marco Antonio Villa, na qual a descreve como Liberal, monárquica e escravista os direitos eram definidos e garantidos. No entanto, em nenhum momento eram respeitados, salvo, em casos de extremo interesse do Rei D. Pedro I – a retórica discursiva imperava desde nossa origem histórica, interpretações distorcidas, restrições de liberdades ilícitas e tantas outras violações mais, como por exemplo a justificativa dada por conta da prisão dos irmãos Andradas em 1823, da seguinte forma: “As prisões agora feitas serão pelos inimigos do império consideradas despóticas. Não são. Vós vedes que são medidas da polícia próprias para evitar a anarquia e poupar as vidas desses desgraçados, para que possam gozar ainda tranquilamente delas e nós de sossego”.

Servidores

Nos últimos acontecimentos inerentes à greve de Policiais Militares e Bombeiros no estado do Rio de Janeiro, reacendeu-se algumas antigas discussões e outros “monstros” anti democráticos que até então estavam enterrados pela vitória da democracia e do estado de Direito. A forma pela qual o Estado trata seus servidores é algo completamente absurdo. Os grevistas/manifestantes, ao pleitearem direitos que entendem possuir, são banidos e tratados como se criminosos fossem. Não quero entrar no mérito da legalidade ou não do pleito, mas sim, analisar a forma pela qual o Estado reagiu quando enfrentado, utilizando-se de seu

“poder” para impor sua vontade ao arripio de toda legislação em vigor, que Fauzi Hassan Chouckr chama de verdadeiro Processo Penal de Emergência. Se considerarmos como ilícita a conduta grevista e efetuarmos uma punição aos manifestantes (sumária e antecipada), temos a caracterização do que Nietzsche já nos adverte: “(...) não há remorso no “criminoso” ele vê na

**Tratar manifestantes
como se criminosos
fossem é rasgar as
constituições e o devido
processo legal**

sua punição a mesma prática que lhe havia sido imputada, a mesma violência (...)” ainda mais se tivermos uma “punição” descabida e infundada, como fora praticado. Toda classe, seja ela qual for – pequena ou grande, elite ou plebéia, estatal ou civil – tem o direito fundamental de pleitear aquilo que lhe seja afeto por direito; se logrará êxito ou não é outra questão do direito ao pleito ser lícito. Tratar manifestantes como se criminosos fossem é rasgar as constituições e o devido processo legal. Não se pode admitir condutas arbitrárias, principalmente daqueles que possuem a obrigação de repudiá-las. Senão em quem vamos confiar? Naquele que,

condenados sumariamente por pleitear direitos contrários a interesses estatais

ao ser contrariado, se vale do poder que lhe fora outorgado para impor sua vontade? Não é esse o Estado que queremos ou mesmo precisamos, que se vale da força para se auto afirmar demonstrando, assim, sua fragilidade e inoperância.

Grevistas

Buscando respostas a atitude estatal em prender os grevistas/manifestantes e transferir para uma penitenciária de segurança máxima, afronta todo e qualquer direito garantido ao ser humano. A facultatividade em separar o preso provisório (prisão preventiva – art. 312/313 do CPP ou prisão temporária – lei nº 7960/89) do preso definitivo (cumprimento de pena) deixou de existir por determinação expressa da lei nº 12403/2011. Mesmo assim, ao arripio e à violação legal, o Estado, de forma arbitrária e impositiva – para não dizer despota – trata seus servidores como se fossem carentes de qualquer direito, jogando-os em penitenciárias como forma de demonstração de força e poder, utilizando-se de verdadeira condenação sumária, violando não só Princípios Democráticos como também – e principalmente – o devido processo legal sob alegação de indisciplina e vandalismo.

Não se pode admitir ou tolerar discursos retóricos que, ao serem analisados de forma um pouco mais apurada, percebe-se que apenas demonstram a fragilidade argumentativa do interlocutor, levando a atitudes arbitrárias e infundadas como tentativa de legitimar, o que é totalmente ilegítimo. Dessa forma, na

contramão da evolução, retomamos as origens arbitrárias que originaram nossa sociedade para nos dias atuais, fazendo-se valer do uso da força frente a democracia, violando direitos e garantias conquistados com muito sacrifício, tudo em nome da dita “ordem jurídica” que demonstra entender que os fins justificam os meios.

A sociedade não pode admitir tamanha agressão, mesmo porque, se o Estado atua desta forma com seus representantes, quicá com “qualquer um do povo”. Direitos devem ser respeitados sempre, os órgãos atuantes (tais como Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil) não podem simplesmente cruzar os braços frente a este atentado ao estado democrático de direitos. As comissões legislativas devem interferir, todos conforme suas atribuições, não só na busca por “culpados” e, sim, pela necessidade de solução e extinção destas arbitrariedades. Senão estaremos legitimando aquilo que não é legal, ou seja, aceitaremos um verdadeiro Estado de Exceção conforme explica Giorgio Agambem. Toda manifestação é livre de qualquer repressão política, ideológica e artística, assim já define o art. 220 §2 da CRFB/88. E concluo com uma pergunta: Será que se não fosse desta forma o setor de segurança receberia a devida atenção estatal?

* Advogado criminalista em todo território nacional. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Graduação e Pós Graduação no Rio de Janeiro. Autor do livro “Da Prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória, publicado pela EDIPRO.

As lágrimas de Zola

Sobre os descontos dos dias parados durante a greve

Rafael da Silva Marques*

Ementa

Não são permitidos os descontos dos dias parados no caso de greve, salvo quando ela é declarada ilegal. A expressão *suspender*, existente na cabeça do artigo 7º da lei 7.783/89, em razão do que preceitua o artigo 9º da CF/88, deve ser entendida como *interromper*, sob pena de inconstitucionalidade, pela limitação de um direito fundamental não-autorizada pela Constituição Federal.

Texto

O que este pequeno texto propõe é analisar a questão da greve e do desconto dos salários pelos dias parados.

Inicialmente deve-se ter em mente o que é a greve. A greve, segundo o artigo 9º da CF/88, é um direito *fundamental dos trabalhadores*, alçado a esta condição pela Constituição Federal de 1988, a fim de permitir que os trabalhadores, por si, tenham meios de buscar a melhoria de sua condição social, conforme preceitua o artigo 7º, cabeça, da mesma Constituição.

Daí, todo o trabalhador, onde se inclui, conforme artigo 37, VII, da CF/88, também o servidor público, salvo militar (não se vai entrar nesta discussão aqui), tem direito à greve.

**O fundo de greve não
sustenta o trabalhador,
mas sim o movimento.
Sem o trabalhador não
há o movimento!**

Mas o que garante, de fato, o gozo deste direito fundamental?

O que o garante, além da legislação posta, lei 7.783/89, é a garantia de que os trabalhadores, durante o movimento, poderão reivindicar seus direitos de forma a não ter também a preocupação com a questão da subsistência e do emprego.

Isso quer dizer que para o efetivo exercício do direito de greve, não há tolerar o desconto dos dias parados, salvo quando a greve for declarada ilegal ou abusiva pelo poder judiciário. Só há direito à greve com garantia plena à reivindicação por parte dos trabalhadores, garantindo-se a eles os meios de susistência

própria e familiar.

É por isso que a interpretação do artigo 7o, cabeça, da lei 7.783/89, na parte que fala que a greve “suspende o contrato de emprego” deve ser lida como “interrompe o contrato de trabalho”, a fim de permitir que os trabalhadores recebam os dias parados, a fim de concretizar o direito fundamental à greve.

Ora, se lhes é suprimido o salário, é evidente que não farão a greve, pois que os salários pagos no Brasil são tão baixos que garantem pouco mais que o sustento diário do trabalhador. Na realidade, com a média salarial de R\$1.900,00 mês, o trabalhador presta serviços de dia para poder comer a noite, nada mais!

Sobre este tema há, inclusive, obra literária. *Émile Zola*, romancista francês, em seu livro *Germinal*, investiga a questão da greve junto às minas de carvão na França. Conclui, após ter trabalhado como mineiro nestas mesmas minas, que o que *acaba por consumir com os trabalhadores grevistas é a fome e a miséria fruto do não-pagamento dos dias parados*. Isso faz com que tenham que retornar ao trabalho, a fim de poder pagar o pão, sem verem suas reivindicações concretamente atendidas.

Note-se, para evitar interpretações equivocadas, que não há confundir o *fundo de greve*, que serve para o sindicato adquirir material para a execução do movimento, como por exemplo tecido, bandeiras e estacas, com a desnecessidade de adimplemento dos dias parados. O fundo de greve não sustenta o trabalhador, mas sim o movimento. Sem o trabalhador não há o movimento!

É por esta razão que o desconto dos dias parados é inconstitucional, pois que acaba, no mundo dos fatos, com o direito fundamental à greve.

Por fim, para enfrentar estas questões cabe à justiça do trabalho, com base nos princípios constitucionais, fazer valer os direitos fundamentais no mundo dos fatos. O trabalhador hoje conta com a justiça do trabalho e com os sindicatos. No mais, embora a justiça do trabalho seja um dos aparelhos repressivos do Estado, de manutenção da estrutura capitalista posta, ainda assim cabe a ela garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores. E é com uma dogmática constitucional emancipatória (em oposição à dogmática da razão do Estado) que isso pode ocorrer.

*Juiz do Trabalho Substituto.

Dificuldades em defender, com palavras, a vida

Luciano de Camargo Penteadó*

Os textos de João Cabral de Melo Neto são exemplo de superação daquilo que aponta como dificuldade intransponível. O final de *Morte e Vida Severina*, história dos severinos, nome próprio que se torna comum, é um elogio a antepor os fatos às palavras, lembrando Shakespeare, no diálogo do balcão (*Romeu e Julieta*). Na peça inglesa, fala-se que a rosa é uma rosa e tem o mesmo aroma, mesmo que tivesse outro nome. No direito, os fatos também têm prioridade sobre as normas, embora o positivismo e outras escolas queiram o contrário. No caso Pinheirinho, como em outros envolvendo conflitos fundiários por todo o Brasil, o aroma não é de rosas, mas mal cheiroso. O *Le Monde diplomatique – Brasil*, de fevereiro de 2012, traz várias matérias e uma entrevista com a professora Raquel Rolnik, da FAU-USP, sobre a crise fundiária atual. A cha-

É a moradia que está em questão, ocultada no debate político que, mais uma vez se partidarizou



LEO LIMA | HTTP://WWW.FLICKR.COM/LEODJACAREZINHO

mada na capa já exala o odor de queimada, o incêndio fotografado fala por si só. É a moradia que está em questão, ocultada no debate político que, mais uma vez se partidarizou. Em 23 de fevereiro de 2012, um mês e um dia após a expulsão dos moradores da área de São José dos Campos, o senador Aloysio Nunes se negou a participar da audiência pública no Senado para discutir o caso, alegando partidarização do senador Eduardo Suplicy. O primeiro, do PSDB, alega manipulação do tema para minar o poder de seu partido em São Paulo e o opositor, do PT, o convida a comparecer diante da gravidade do tema, objeto de carta de denúncia firmada por várias autoridades e membros da sociedade civil, encabeçada pelo Professor Fábio Konder Comparato, dirigida à OEA.

Os romanos, gênios do direito, cunharam uma expressão, retomada em substância até mesmo por autores atuais, como Jürgen Habermas no conhecido livro, *Entre faticidade e validade*. A frase romana *ex facto oritur ius*, do fato se origina o direito, mostra que há elementos fatuais na estrutura constitutiva do jurídico.

Propriedade

Em matéria fundiária, isso também se reflete, por exemplo, na usucapião. O próprio termo, composto de *usus* (uso) e *capere* (adquirir), aponta que a posse prolongada no tempo defere um direito novo, por aquisição originária. É o fato gerando o direito. Tomás de Aquino distinguia, na propriedade, uso de fato e poder jurídico, afirmando que ela só se legitima pelo uso. Não adianta ter a titularidade de um direito formal, sem o uso de fato, que o justifica. Esta a raiz do conceito de *hipoteca social*, como possibilidade de retomada para a maioria, dos bens da minoria, quando improdutivos.

Como as terras no Brasil são de origem pública, a destinação universal fica mais evidente. Esta função social é um dos funda-

mentos das sociedades republicanas, porque a República, também em seu étimo, é a coisa de todos. Cícero dizia *res publica, res omnia*, a coisa pública é a coisa de todos. No direito, a categoria dos bens públicos de uso comum do povo, como mares, rios, praias, praças e até mesmo o meio ambiente, mostra de modo claro que há bens de destinação universal. A propriedade privada tem uma destinação universal em sua estrutura intrínseca, pela cláusula geral de função social (art. 5º, XXIII da CF/1988 e art. 1.228 § 1º do CC).

A função social da propriedade se fundamenta na distinção entre uso efetivo e titularidade formal de uma situação jurídica de direito real. Assim, por exemplo, a Constituição Federal brasileira prevê mecanismos de desapropriação de imóveis, urbanos ou rurais, pelo não uso efetivo. É a perda do direito pelo não exercício do seu conteúdo. Outra vez, o fato altera o direito.

Com essa argumentação, não se defende a sociologização absoluta do direito hoje, mas apenas maior valorização dos fatos, ocultados pelo discurso estritamente legalista que disfarça, a pretexto da generalidade da lei, interesses particulares, muitas vezes mesquinhos. Até do ponto de vista pedagógico esta tendência precisa ser revalorizada, pelo uso do método do caso. O direito não se manifesta apenas pelo sistema, mas também pelo problema, pelo fato.

O direito não se manifesta apenas pelo sistema, mas também pelo problema, pelo fato

Pinheirinho

Veja-se, por exemplo, o que ocorreu na área conhecida como Pinheirinho, em São José dos Campos, ou na Favela do Pullman, em São Paulo, Capital. No Pinheirinho, uma reintegração de posse conseguiu que os ocupantes fossem retirados *a fórceps* do local, na Favela do Pullman, uma reivindicatória de lotes objetivava recuperar o que se tornara uma favela urbanizada por programas públicos. A pretensão dos autores de ambas as ações era fundada no caminho inverso ao aqui proposto, iam do direito formal, ao fato concreto. Mesmo que a possessória se funde no fato possessório, este já é fato jurídico e ela protege, enquanto ação, um direito, que é o direito de posse. No caso Pinheirinho, a execução da ordem de reintegração, em 22 de janeiro de 2012, ainda é questionada por várias pessoas e instituições. Curiosamente, no caso da favela paulistana, a solução foi diametralmente oposta à do Pinheirinho. Os possuidores venceram a demanda, graças ao voto do então Desembargador do TJSP, Dr. José Osório de Azevedo Jr.

Lotes Urbanos

A decisão do caso da Favela do Pullman foi publicada na RT nº 723, seguida de comentários. A decisão, mantida pelo STJ anos depois, tem sua relevância destacada no primeiro parágrafo dos comentários: “O acórdão que está na mira dessas anotações é daqueles casos em que corajosamente se questionam algumas das estruturas fundamentais do ordenamento jurídico, e, por consequência, o sistema como um todo”. O relator concluiu que houve perda da propriedade, porque o que se reivindicava eram lotes que nunca existiram e se transformaram em núcleo urbano de população pobre. O direito pereceu pela perda do objeto, o fato venceu novamente. O trecho do voto é claro: “Loteamento e lotes

urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixam de existir como loteamento e como lotes. *A realidade concreta prepondera sobre a pseudo-realidade jurídico-cartorária*”. Esta frase é monumento à humildade de reconhecer a autonomia do objeto interpretando. Ele têm existência própria e independente do aplicador e do estudioso. O fato vem sempre antes do direito.

As terras são também projeção material das pessoas. Não só porque a moradia é direito fundamental da pessoa, mas porque é nelas que se realiza enquanto tal. Constroi sua personalidade no espaço físico, sonha com a casa própria. Suas lágrimas, ao tocarem o solo, fecundam projetos e gerações.

Os romanos cultuavam os antepassados e a chama que crepitava em suas casas, evocava o contato com eles, vistos como divindades. Os deuses *lares*, como eram conhecidos, aqueciam a sua vida, como as fogueiras dos acampamentos de movimentos sociais tantas vezes deram e continuam a dar o calor que a sociedade civil não lhes proporciona. Como o Brasil tem muitos problemas de terra, esse calor não pode faltar. Somos *terra brasilis*, um de nossos símbolos é uma árvore, o pau-brasil, cujo caule aberto é vermelho, como o fogo dos romanos. Que lembremos disto neste novo ano letivo de 2012 e sempre, para tornar dias e noites mais cálidos para quem sente o frio de indiferença. Só assim o cheiro da queimada que destrói se converte no aroma adorável dos nós-de-pinho.

*Professor Doutor do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP-USP. Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP.

Direito Disciplinário

Conteúdo selecionado para você,
servidor público.

Livros sobre o tema com até
20% de desconto!



LANÇAMENTO

A RELATIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE
LIMITADA DOS SÓCIOS

Oksandro Gonçalves

R\$ 55,00



DIREITO DISCIPLINÁRIO INTERNACIONAL -
Estudos sobre a formação, profissionalização,
disciplina, transparência, controle e
responsabilidade da Função Pública

Martha Lucía Bautista Cely
Raquel Dias da Silveira
Coordenadoras

De R\$ 89,00

Por R\$ 80,10

FRETE GRÁTIS para todo Brasil para compras acima de R\$ 79,00
PARCELAMENTO em até 3X SEM JUROS

Periódicos



Fórum Administrativo – FA

A FA traz uma visão do Direito Público e
enfoque especial no controle, processo,
processo administrativo disciplinar, regulação
e, sobretudo, em servidor público.

Assine já!



LANÇAMENTO

Revista Brasileira de Estudos da Função
Pública – RBEFP

Coordenação:
Florivaldo Dutra de Araújo
Luis Manuel Fonseca Pires
Luísa Cristina Pinto e Netto

Aguarde!

Lançamento no Evento
II Fórum Brasileiro de Direito Disciplinário



25, 26 e 27 de abril de 2012
Hotel Pestana | Curitiba - PR
Centro de Convenções

INSCRIÇÕES

www.editoraforum.com.br

Mais Informações: (31) 3614 - 1020

contato@forumculturaleventos.com.br



(31) 2121 4949 • 0800 704 3737 • www.editoraforum.com.br

O ensino jurídico despolitizado

Uma tendência a ser revertida

Anderson Rosa Vaz*

Poucos fenômenos são tão alienadores quanto o processo de aprendizagem praticado nas faculdades de direito. Respeitadas as exceções, neste ambiente há uma generalizada falta de percepção da realidade sócio-política bem como uma apatia mórbida que inviabiliza a construção de qualquer teoria crítica e prospectiva. As práticas de ensino, pesquisa e extensão – aqui incluída a tendência conservadora dos Núcleos de Práticas Jurídicas em se limitarem quase que exclusivamente às demandas envolvendo direito de família, negligenciando todo o universo dos direitos sociais –, são formalistas e absolutamente introspectivas, desconectadas do direito vivo, construído nas contradições do espaço vital.

Formação

Os professores deveriam ser os protagonistas de uma urgente e necessária mudança de paradigma. Trata-se de um compromisso com a causa social e republicana. Há diversas maneiras de se construir esse caminho, sem perder as habilidades e as competências técnicas tão caras à formação do bacharel em direito. É preciso radicalizar os esforços pedagógicos e os investimentos administrativos na formação complexa, criativa, politizada, problematizada e radicalmente estruturada sobre os firmes alicerces dos fundamentos do direito – teoria do direito, política, história, antropologia, economia, filosofia, geografia, sociologia, psicologia, linguagem e argumentação –, e na efetiva e real valorização do direito constitucional – ainda tão mal dimensionado nas estruturas curriculares das faculdades brasileiras. *Trata-se necessariamente de politizar e publicar o estudo do direito.*

Sentir

A dissociação patológica, e inconsciente para a maioria, entre *direito, política e poder* deve ser combatida. Alunos e professores – quando muito



– falam sobre teorias, classificações e posições de uma ou outra doutrina. Mas não conseguem compreender, sentir, muito menos participar dos assuntos e problemas do mundo, do país, da região e muito menos da cidade. Há muito direito lá fora, na rua, no espaço vivo. Práticas pedagógicas simples e não necessariamente novas como pesquisas de campo, leituras literárias, leituras de mídias (recomendo com entusiasmo, dentre outras possíveis, *Carta Capital, Caros Amigos* e *Le Monde Diplomatique Brasil*) e a indi-

cação de filmes apropriados, são praticamente ignoradas como mecanismos de aprendizagem no ensino jurídico.

Memorização

Os concursos públicos no Brasil, bem assim o legítimo e constitucional Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, tiveram grande responsabilidade nessa despolitização e apatia imperante. Questões que, na maioria das vezes, esperava que o candidato apresentasse habilidades de

memorização de texto de leis federais – a legislação estadual e a municipal é ignorada em todas as etapas da formação jurídica. Consequência: gerações sucessivas de professores, alunos, advogados, promotores, juizes, procuradores, defensores, delegados, analistas e consultores sem nenhuma habilidade, atitude ou capacidade que não fosse a de decorar textos veiculadores de normas – sem sequer identificar no texto a própria norma. Essa tendência está em declínio. Os concursos estão cada vez mais sofisticados. A OAB, por meio de suas Comissões, tem debatido o assunto. O ENADE tem apontando um interessante caminho a ser seguido: é possível elaborar avaliações com questões de múltipla escolha com alto grau de sofisticação, complexidade e inteligência. A simples exigência de memorização, longe de ser erradicada, está perdendo seu espaço.

Outrossim, o ensino deve ser prospectivo; não retrospectivo. Exercício de criatividade, capacidade de problematização, produção de juízos e decisões, demonstração de conhecimento político, lidar com a complexidade dos saberes, aceitar a pluralidade e a divergência e demonstrar sensibilidade social são dinâmicas que devem ser perseguidas. O jurista deve entender e participar dos assuntos da cidade. Do ponto de vista da norma jurídica, no referente às habilidades técnicas desejadas, espera-se a interpretação, a compreensão, a capacidade crítica, a aplicação e a concretização. Jamais a memorização sem perspectiva. Esse movimento hermenêutico crítico e prospectivo deve ser intensificado, radicalizado mesmo. E o ponto de partida é o conhecimento.



TADEU VILANI | HTTP://OLHARES.UOL.COM.BR/TADEU003

*Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC-SP. Professor de Direito na Universidade Federal de Uberlândia. Procurador do Município de Uberlândia-MG. Autor do livro "Introdução ao Direito: Teoria do Direito", Ed. Juruá. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB-Uberlândia/MG.

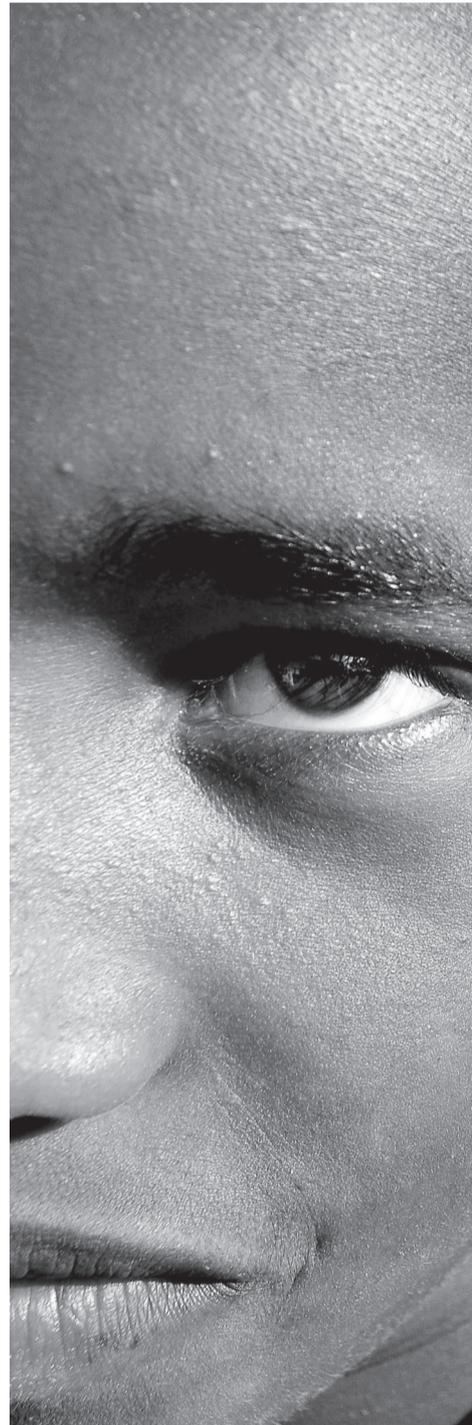
Os Conselhos de Medicina e ilegalidade da prescrição punitiva

Edmilson de Almeida Barros Júnior*

Em meus livros defendo que os Conselhos de Medicina, durante os procedimentos éticos, têm cometido graves ilegalidades/inconstitucionalidades, em especial sobre: a) atipicidade das punições éticas (não existe previsão da pena a ser aplicada em cada ilícito); b) perpetuidade da pena de cassação (não cabe reabilitação); c) ilegalidade/inconstitucionalidade da regulação sobre a publicidade médica; d) inconstitucionalidade da interdição cautelar e e) interpretação ilegal da contagem da prescrição.

Este artigo se deterá neste último tópico, em especial a prescrição da pretensão punitiva. A prescrição representa a sanção aplicada a alguém pelo não exercício tempestivo de um direito de ação. No que diz respeito a prescrição, o Código de Processo Ético Profissional dos médicos (CPEP - Resolução CFM 1897/2009) vigente repete integralmente a revogada Resolução CFM 1246/1988: pretensão punitiva e da pretensão executória (5 anos cada), intercorrente (3 anos) e vinculada (concomitante ilícito criminal). Sobre a primeira, o Art. 60 do CPEP vigente determina: A punibilidade por falta ética sujeita a Processo Ético-Profissional prescreve em 5 anos, contados a partir da data do conhecimento do fato pelo Conselho Regional. Essa prescrição mede o lapso temporal entre a prática do suposto ilícito e o início do

procedimento apuratório. Ocorre que uma norma superior – Lei 6838/80 – que embasa o CPEP, dispõe no art. 1º que a punibilidade de profissional liberal, por falta sujeita a processo disciplinar, através de órgão em que esteja inscrito, prescreve em 5 anos, contados da data de verificação do fato respectivo. Existe clara divergência quanto ao momento do início da contagem do prazo prescricional. Tal antinomia deve ser resolvida pelo critério hierárquico - a regra superior prevalece. A discussão sobre o tema já chegou aos tribunais pátrios. Em decisão unânime, a 2ª T - Superior Tribunal de Justiça – STJ - 12/05/09 - julgou recurso, interposto pelo Conselho de Medicina paulista – CREMESP, contra julgado do TRF 3ª Região. A Decisão do TRF 3ª foi integralmente mantida: ADMINISTRATIVO. PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR. MÉDICO LEGISTA. EMISSÃO DE LAUDOS NECROSCÓPICOS. FATOS OCORRIDOS EM 1971. PERÍODO DE VIGÊNCIA DO REGIME MILITAR (DITADURA). PRESCRIÇÃO. 1. (...). 2. Contra o autor foi instaurado processo ético-disciplinar para averiguar a sua participação na emissão de laudos necroscópicos falsos de cadáveres de “presos políticos mortos durante o regime militar”, realizados no período de 1971. 3. O Brasil já viveu no passado esse momento de vergonha nacional. Entretanto, eventual apuração de infrações cometidas naquele período, não podem solapar direitos constitucionais vigentes, estimulando a reivindicação de direitos à custa de uma instabilidade legal e institucional e fazendo crescer a insegurança das relações jurídicas. (...). 4. A Lei no 6.838/80 prevê o período de cinco anos para a prescrição dos processos disciplinares. 5. Passados dezenove anos (1971/1990) da emissão dos laudos de exame de corpo de delito, sequer haveria a persecução penal, consistente na apuração da emissão de parecer ideologicamente falso, por acobertar suposto ilícito. O mesmo se dirá então da apuração de procedimento disciplinar, apoiado apenas em indícios de terem os respec-



TADEU VILANI | HTTP://OLHARES.UOL.COM.BR/TADEU003

Tais ilegalidades expõem os Conselhos e Conselheiros a responderem, pessoalmente por seus atos

tivos peritos os emitido em desconformidade com a ética médica, como sendo coniventes com um suposto ilícito praticado, em época de ditadura. 6. Guardadas as peculiaridades e a independência das instâncias, penais e administrativas, especialmente, quanto ao Código de Processo Ético, o preceito invocado (artigo 1º da Lei no 6.838/80) é expresso ao tratar da prescrição do ato cometido no exercício da profissão (...).

Com o decurso, não resta dúvida de que a Lei 6.838/90 é ferida pelo CPEP, já que este conta o início dos 5 anos da prescrição, apenas a partir do conhecimento do fato pelos Conselhos, independente do tempo transcorrido entre a prática do ilícito e esse conhecimento. A ilegal interpretação dos Conselhos tende a perpetuar o direito estatal de acusar, o que é inconstitucional e ilegal. Tais ilegalidades expõem os Conselhos e Conselheiros a responderem, pessoalmente por seus atos, inclusive a indenizarem todos os danos sofridos pelo injusto demandado.

* Médico. Doutorando em Biotecnologia – Renorbio. Advogado Especializado em Direito Médico. Mestre em Direito Constitucional. Professor. Autor de diversas obras, entre as quais “Direito Médico: Abordagem constitucional da responsabilidade médica”, “Código de Ética Médica 2010 – Comentado e interpretado” publicadas pela Editora Atlas.

A prescrição representa a sanção aplicada a alguém pelo não exercício tempestivo de um direito de ação

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

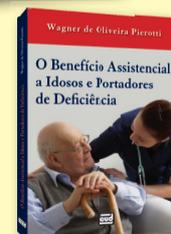
Manutenção de Impressoras
Laser, Jato de Tinta,
Multifuncionais

Tele-entrega (51) 3219-1001

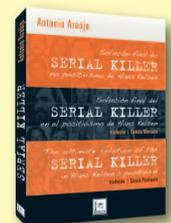
A melhor taxa de entrega do mercado
atendimentoaocliente@1001.com.br



VEÍCULOS AUTOMOTORES
Identificação, Inspeção,
Vistoria, Avaliação,
Perícia e Recall
Hélio da Fonseca
Cardoso
1ª edição 2012



**O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL A IDOSOS
E PORTADORES DE DEFICIÊNCIA**
Wagner de Oliveira Pierotti
1ª edição 2011



**SOLUÇÃO FINAL DO
SERIAL KILLER NO
POSITIVISMO DE
HANS KELSEN**
Antonio Araújo
1ª edição 2012
Edição trilingue
• port. • esp. • ing.



**DESAPROPRIAÇÃO POR
ENTIDADE PRIVADA**
Consequências para a
aquisição, execução,
competência, registro e
tributação
Pedro Ribeiro do Val Neto
1ª edição 2012



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



Processos de licenciamento ambiental no País

Reflexões

Paulo Cesar Vaz Guimarães*

Com bastante frequência, surgem na grande mídia manifestações de importantes atores públicos e privados refletindo o entendimento de que os processos de licenciamento ambiental constituem entraves à concretização das obras e atividades necessárias ao desenvolvimento do país. Não raramente, as declarações ganham tom jocoso, com a suposta responsabilização do bagre ou do mico-leão-dourado por atrasos em obras de infraestrutura. Povos indígenas, comunidades quilombolas e outras populações tradicionais também não passam despercebidos das críticas nesse sentido, que, além de serem frágeis do ponto de vista técnico, evidenciam descaso e preconceito.

Política Nacional

Depois de mais de três décadas de entrada em vigor da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), ainda há dificuldade de se compreender o licenciamento em sua essência de ferramenta necessária para o planejamento das intervenções humanas potencialmente causadoras de degradação ambiental. Às vésperas da Rio+20, o aprendizado nesse campo de políticas públicas parece ter caminhado a passos demasiadamente lentos.

Intervenções

O fundamento da exigência da licença ambiental está na compatibilização entre o desenvolvimento econômico e social e a proteção da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico. Os estudos ambientais inclusos no processo de licenciamento, notadamente o estudo prévio de impacto ambiental (EIA) exigido dos empreendimentos com impacto significativo, visam dar à administração pública uma base robusta de informações, de modo a que sejam ponderados os custos e benefícios monetários e não monetários associados às intervenções em pauta.

Faz-se essencial compreender que, por meio do licenciamento ambiental e do EIA e



BRUNO CARACHESTTI

A licença ambiental não pode ser entendida como mero entrave a ser superado

outros estudos, intenta-se garantir não apenas a prevenção do dano ambiental em si, mas sim o adequado planejamento dos empreendimentos. A licença ambiental não pode ser entendida como mero entrave a ser superado. No processo de licenciamento, obrigatoriamente são

considerados os efeitos sobre o meio natural e o meio socioeconômico, bem como ponderadas as diferentes alternativas técnicas e locacionais da obra ou atividade submetida à análise do poder público. Estão em tela subsídios para o processo decisório dos atores públicos e também dos empreendedores privados, não um conjunto de formalidades estabelecidas pela burocracia. De fato, há uma autêntica confusão entre meios e fins no momento em que a racionalidade na alocação dos recursos deixa de ser pautada pela perspectiva de longo prazo e fica ao julgo do olhar imediatista, quando não de interesses singulares.

Outro aspecto extremamente importante, que demanda mais atenção do que vem recebendo no caso brasileiro, e deveria ser objeto

de debate democrático, está no gerenciamento de riscos após a liberação de funcionamento dos empreendimentos pelos órgãos envolvidos no licenciamento ambiental. Não é de hoje que se sabe que a maioria dos acidentes tem sua origem no gerenciamento cotidiano das organizações e, infelizmente, esse elemento tem sido pouco tratado, ou mesmo desprezado quando do licenciamento.

*Economista. Mestre e Doutor em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério do Planejamento. Tem experiência em gestão ambiental, gestão de riscos, desenvolvimento local e políticas sociais.

A base institucional das licenças ambientais

Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo*

Em face de distorções na leitura do papel do licenciamento ambiental e dos estudos a ele relacionados, são comuns demandas no sentido da redução ou mesmo eliminação das exigências normativas referentes ao tema. Nesse ponto, impõe-se alertar: provavelmente, há carência de normas legais em senso estrito dispendo sobre o licenciamento ambiental no Brasil.

Ibama

Praticamente a única referência direta ao tema nas leis de aplicação nacional está nos arts. 9º e 10 da Lei nº 6.938/1981. Fica estabelecido que todos os empreendimentos potencialmente capazes de causar degradação ambiental em tese sujeitam-se a licenciamento prévio. A determinação de que a licença ambiental cabe, em princípio, ao órgão ambiental estadual e que o órgão federal (Ibama) atua como licenciador nos casos de impacto regional ou nacional foi revogada expressamente em face das regras mais detalhadas sobre as atribuições dos órgãos ambientais constantes na

recente Lei Complementar nº 140/2011.

As normas infralegais regulamentando o processo de licenciamento ambiental, contudo, são realmente numerosas. As etapas do licenciamento – licença prévia, de instalação e de operação – foram estabelecidas mediante decreto. Em uma busca rápida na lista de resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) aplicando-se a palavra-chave “licenciamento” (realizada em fevereiro de 2012), surgem registradas 43 resoluções em vigor.

Mesmo atos de menor hierarquia, como instruções normativas e portarias, têm estabelecido regras sobre o licenciamento ambiental. No Diário Oficial da União do dia 28 de outubro (passado), por exemplo, estão presentes complexas portarias do Ministério do Meio Ambiente dispendo sobre o licenciamento de rodovias, exploração de petróleo, sistemas de transmissão de energia elétrica e outros temas. A esse quadro deve ser somada a legislação estadual sobre o assunto.

Insegurança Jurídica

Entende-se que a opção por atos normativos especificamente direcionados a determinados tipos de empreendimentos, sem uma lei geral que realmente dê sustentação ao licenciamento ambiental, é equivocada, seja por contribuir para a insegurança jurídica em razão da desarticulação e complexidade resultantes, seja por tender a inibir a participação da sociedade. Até as resoluções do Conama apresentam algum nível de deficiência nesse sentido, uma vez que a maioria dos membros desse órgão colegiado representa órgãos públicos.

Condicionantes

Faz-se importante a aprovação de uma lei nacional com a disciplina das licenças ambientais. Nessa lei, deveriam ser enfrentados tópicos como a definição dos casos em que exige Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), o conteúdo dos estudos ambientais inclusos no licencia-

Excesso de regras?

mento, as situações em que não se aplicam as três etapas usuais do licenciamento ambiental, o licenciamento simultâneo de dois ou mais empreendimentos conexos ou com a mesma base de recursos naturais, a relação do licenciamento com as análises de risco e os mecanismos para que se assegure eficácia no cumprimento das condicionantes estabelecidas nas licenças.

Uma base normativa claramente explicitada, e com consistência técnica e jurídica, construída a partir de amplas discussões com a participação da sociedade, é passo relevante para que o licenciamento ambiental se torne efetivamente uma solução de planejamento, não um entrave burocrático.

*Urbanista e advogada, mestre e doutoranda em ciência política pela Universidade de Brasília. Consultora Legislativa da Câmara dos Deputados (área de meio ambiente). Professora voluntária da UnB, nos Cursos de Graduação em Gestão de Políticas Públicas e em Ciência Política.

Um Património Natural Intangível

Paulo Magalhães*

As alterações climáticas são um caso clássico de deterioração dos bens comuns. O uso partilhado de um mesmo bem por um grupo alargado, resulta numa subdefinição da propriedade. As soluções encontradas até hoje, resumiram-se à divisão e privatização do bem, uma vez que a alternativa do uso comunitarista resulta na “tragédia dos comuns”. Sendo impossível a divisão e apropriação dos sistemas

Estamos a abrir as portas para a criação de um sistema de contabilidade de direitos e deveres relativos a esse património comum

naturais globais, avança-se com a proposta de configuração de um Património Natural Intangível da Humanidade relativamente aos Sistemas Climático e Oceânico. Esta solução possibilita a resolução de uma série de problemas operacionais complexos, como seja o problema da inadequação do alcance espaço-temporal do Direito aos novos

fenómenos globais e intergeracionais, o problema das inevitáveis “falhas de mercado” ou ainda do conceito indeterminado do “Common Concern of Mankind”. Ao ultrapassarmos a dificuldade que existe em assinalar direitos completos de propriedade aos recursos ambientais comuns, estamos a abrir as portas para a criação de um sistema de contabilidade de direitos e deveres relativos a esse património comum, e à sua consequente gestão dentro do “espaço de manobra seguro” para a humanidade, que são os limites planetários.

Sistemas Naturais

A dificuldade em delimitar o objeto jurídico relacionado com o “interesse/preocupação” da humanidade, em nossa opinião, prende-se não com o bem natural que se pretende salvaguardar, mas com a dificuldade em se definir qual o bem “ambiente” a que nos referimos. Dentro dos conceitos de atmosfera ou hidrosfera, cabem não só uma dimensão geográfica do espaço em que se exercem as soberanias mas também a noção de sistemas naturais. Quando falamos de sistemas naturais, falamos das “leis da natureza”, dos ciclos naturais e de uma actividade “funcional” da natureza. As descobertas que revelaram o funcionamento global do Sistema Natural Terrestre, são ainda recentes e é certo que não possuímos nenhum objeto jurídico que se adegue às características desse “bem ambiente” de caráter difuso e intangível, que por um lado vá além do mero “Common Concern of Mankind”, mas que por

outro não se confunda com o espaço geográfico da soberania. Na sequência das alterações da composição química da atmosfera surgem alterações na composição química dos oceanos, que provocam diminuições ou melhorias no bem-estar de todos os membros inseridos no sistema terrestre, e desta forma interfere-se na esfera jurídica de todos os outros seres humanos. Quando se fala na “nebulosa jurídica” ou na dificuldade de definição precisa dos contornos desse “interesse e preocupação com a humanidade” estamos-nos a referir a estas trocas de massa e energia entre a atmosfera e a superfície sólida ou líquida do planeta e de todos os processos biogeoquímicos que os cruzam.

Esses processos, consistem num conjunto de componentes que se transformam e interagem no tempo, resultado de dinâmicas internas características e de influências externas (atividades humanas, erupções vulcânicas, variações na atividade solar, etc), que contribuem de forma diferenciada para o estabelecimento de estados de equilíbrio dinâmico a que chamamos clima.

Recurso Comum

Está-se portanto, não num plano espacial dos territórios dos Estados, mas sim num plano de “sistemas funcionais” cuja dimensão é sempre a global. A manutenção desse equilíbrio que constitui o suporte de um bem-estar humano é o *Common Interest of Mankind* e o seu desequilíbrio o *Common Concern of Mankind*. Simone Borg,

identifica este interesse comum como um estatuto legal de um recurso comum “intangível” que abrange os bens comuns globais. Pureza falava já de bens comuns globais pós-materiais.

Parece então existir uma dimensão “imaterial” da natureza, cuja complexidade das suas interações ainda nos é desconhecida na sua totalidade, e por esse motivo também nos é difícil defini-la e delimitá-la. No entanto, sabe-se hoje que essa natureza funcional, intangível ou pós-material, é a essência da dinâmica da vida e como tal é vital para a humanidade.

A atribuição de uma dimensão patrimonial ao sistema climático, proposta por Sobrino, permite não só a desterritorialização da natureza, como permite individualizar a função natural, isolá-la do conceito de soberania e distinguir juridicamente os serviços ambientais globais da infraestrutura física do ecossistema que disponibiliza o serviço. Esta noção de Património Natural intangível pode constituir o suporte estrutural legal para o desenvolvimento de novas actividades de prestação de serviços ambientais de interesse comum para toda a Humanidade, e tornar-se decisivo na recuperação da biocapacidade do planeta.

Essa natureza “intangível”, porque nos une a todos, é a essência e o verdadeiro Património Comum da Humanidade.

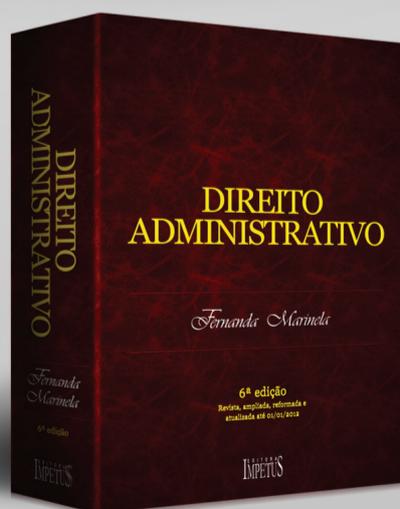
*Investigador CESNOVA/FCSH.Univ. Nova Lisboa, Coordenador do Condomínio da Terra, Quercus – ANCN.

EDITORA
IMPETUS

Editora Impetus

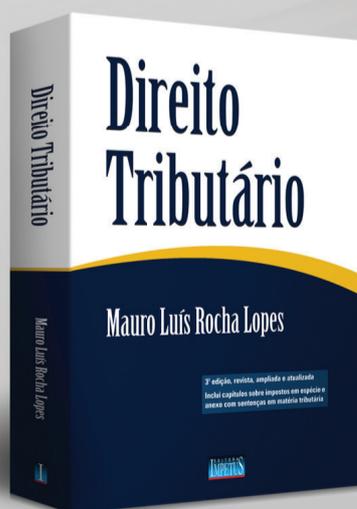
Uma editora inteligente e de alma jovem como você.

**Direito
Administrativo**



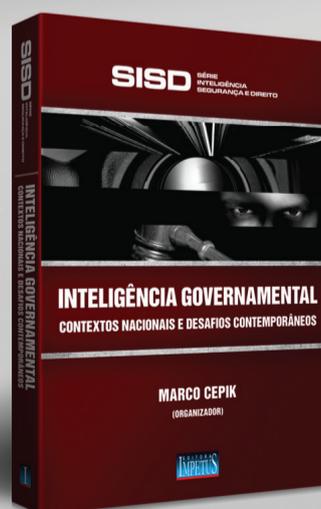
Fernanda Marinela

**Direito
Tributário**



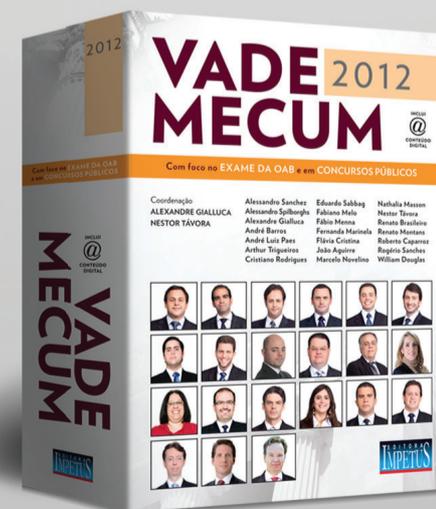
Mauro Luís Rocha Lopes

**Inteligência
Governamental**



Marco Cepik
(Organizador)

**Vade Mecum
Impetus 2012**



Alexandre Gialluca e
Nestor Távora
(Coodernadores)

Visite: www.impetus.com.br e conheça outras obras.

Averiguação da paternidade

Observações sobre as iniciativas do CNJ

Maria Berenice Dias*



Diante da omissão do genitor de proceder ao registro de nascimento, de nada vale a afirmativa da mãe de que o filho é dele. O simples silêncio ou a recusa em submeter-se ao exame de DNA não autorizam o reconhecimento da paternidade. Pouco importa estar em jogo o direito de uma criança de viver, ter uma identidade, um nome, um pai para chamar de seu.

Nome da Mãe

Por isso não surpreende a constatação do último censo: no registro de nascimento de quase cinco milhões de crianças ou adolescentes matriculados nas escolas brasileiras, consta somente o nome da mãe.

Pelos termos da lei, quando a mãe comparece ao cartório para proceder ao registro de nascimento de seu filho, se indicar quem é o genitor, o Oficial do Registro Civil comunica ao Juiz que ouve a mãe e manda notificar o indicado como pai. Para não expô-lo, absurdamente é assegurado que a notificação seja realizada em segredo de justiça. Se o suposto pai, em 30 dias, permanecer em silêncio ou negar a paternidade, nada acontece. Não vale a máxima: quem cala consente! O silêncio não implica em revelia e não gera efeito algum. Independente da manifestação da mulher é soberana a negativa do homem.

O Juiz não pode determinar a realização do exame do DNA, única prova segura da

existência do vínculo parental. Limita-se a encaminhar o procedimento ao Ministério Público para que dê início à ação investigatória de paternidade. Mesmo que tenha sido notificado judicialmente, o indigitado pai deverá ser citado, de nada servindo a notificação levada a efeito judicialmente, nem para desencadear a ação ou, ao menos, de marco inicial do encargo alimentar.

As consequências desses entraves são perversas. Subtrai do filho o direito à identidade, o mais significativo atributos da personalidade. Também afeta o seu pleno desenvolvimento, pois deixa de contar com o auxílio de quem deveria assumir as responsabilidades parentais. Claro que a mãe acaba onerada por assumir sozinha um encargo que não é só seu.

Silêncio

Caso seja citado numa ação investigatória de paternidade, o silêncio também é a melhor saída, pois não se sujeita aos efeitos da revelia. E, mesmo que seja intimado para o exame do DNA, o jeito é não se submeter à perícia. No fim, a ação será julgada improcedente e o autor condenado a pagar custas processuais e honorários ao procurador do réu. Conclusão, o homem se livra sem qualquer ônus, obrigação ou responsabilidade para com o filho. Para isso conta com a cumplicidade da lei e a chancela do Poder Judiciário.

Subtrai do filho o direito à identidade, o mais significativo atributo da personalidade

Nas inspeções levadas a efeito, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ constatou o insignificante número de processos de averiguação da paternidade. Visando reverter esta realidade o instituiu o “Programa Pai Presente”, por meio do Provimento 12/2010, determinando às Corregedorias de Justiça dos Tribunais de todos os Estados que encaminhem aos juízes os nomes dos alunos matriculados sem o nome do pai, para que deem início ao procedimento de averiguação da paternidade. O Provimento 16/2012, admite que, a qualquer tempo, a mãe – ou o filho depois de atingir a maioridade – procure um Cartório do Registro Civil, indicando o nome do indigitado pai. Ao receber o termo lavrado pelo registrador, o Juiz instaura o procedimento de averiguação. No entanto, se não houver o reconhecimento espontâneo da paternidade, de novo nada

acontece. É necessário que o Ministério Público ou a Defensoria Pública dê início à ação investigatória de paternidade.

A forma mais eficaz de assegurar direito ao registro seria notificar o indicado como genitor para reconhecer o filho ou comparecer em dia e hora já designado para submeter-se ao exame do DNA. O silêncio ou a ausência à perícia deveria autorizar a expedição do mandado de registro e a imposição do encargo alimentar.

Assim, apesar da boa vontade do CNJ de reverter o número de “filhos da mãe”, para que ninguém fique sem o nome de um pai em seu registro de nascimento, nada vai mudar, enquanto não for reconhecido que o direito prevalente é do filho, com a adoção de mecanismos eficazes para que o pai assuma os deveres decorrentes do poder familiar, a sociedade continuará sendo conivente com a irresponsabilidade masculina. A conta quem paga é o Estado que não pode se furtar de cumprir o comando constitucional de assegurar a crianças, adolescentes e jovens, com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes à cidadania.

* Advogada. Ex-Desembargadora do TJRS. Autora de diversas obras, entre as quais, “Manual de Direito das Famílias”, “Lei Maria da Penha na Justiça”, ambas editadas pela Revista dos Tribunais. Acesse www.mariaberenice.com.br.

Pós-Graduação

Universidade Anhanguera-Uniderp

Coordenação Geral: Luiz Flávio Gomes | Coordenação Pedagógica: Rodrigo da Cunha Lima Freire



**Invista em conhecimento e especialize-se com os juristas mais renomados.
Faça sua Pós-Graduação na LFG.**

Cursos na Área Jurídica

Advocacia Trabalhista 
 Ciências Penais 
 Direito Administrativo
 Direito Ambiental e Urbanístico
 Direito Civil, Negocial e Imobiliário
 Direito Constitucional

Direito de Família e das Sucessões
 Direito do Estado
 Direito e Processo do Trabalho 
 Direito Empresarial
 Direito Notarial e Registral

Direito Previdenciário
 Direito Processual Civil 
 Direito Processual Moderno
 Direito Público
 Direito Tributário

Lançamento Exclusivo

Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica.

Consulte as turmas abertas | www.LFG.com.br/pos

Verifique a disponibilidade de curso e o 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 450 unidades LFG no Brasil.



Lançamento

Curso de Direito Penal Brasileiro
volumes 1, 2 e 3

Luiz Regis Prado



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Disponível em todas as livrarias jurídicas.
Para mais informações acessem:

www.professorregisprado.com
www.facebook.com/ProfessorLuizRegisPrado

**Ciência e prática do Direito Penal a seu alcance.
Obra profunda, clara e funcional!
Atualizada de acordo com a Lei 12.550/2011**

Estupro de Vulnerável: vulnerabilidade absoluta ou relativa?

Christian Nedel*

A Lei dos Crimes contra a Dignidade Sexual (Lei nº 12015/09) introduziu, no Código Penal, o artigo 217-A, que trata do delito de Estupro de Vulnerável, com pena cominada de 8 a 15 anos de reclusão. Com este propósito, buscou-se tipificar a antiga presunção de violência do artigo 224, “a”, do Código Penal, revogado pela novel legislação. Evidentemente que a intenção do legislador era a de apenar, com veemência, os crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, muitas vezes ocorridos nas relações intrafamiliares e com o dissenso dos ofendidos, tendo por autores pais, padrastos e demais familiares da vítima. Todavia, a redação do supracitado dispositivo penal buscou tutelar, também, as relações sexuais praticadas por adolescentes de 12 a 14 anos de idade incompletos, entendendo que eventual consentimento destes para a prática da relação sexual seria inválido e viciado, já que não possuíam eles autodeterminação para a prática sexual.

Consentimento

O legislador penal, pois, proibiu a relação sexual para menores de 14 anos de idade, o que nos parece um contrassenso. Sem entrar no mérito do ato sexual praticado contra criança (até 12 anos de idade incompletos), que justifica, ao nosso ver, o amparo e a tutela da lei penal, questão que vem sendo debatida na doutrina e na jurisprudência, em respeito aos princípios da realidade e da adequação social, é o reconhecimento da vulnerabilidade relativa em relação ao ato sexual praticado contra “vítima” maior de 12 e menor de 14 anos de idade, quando haja seu consentimento.

Veja o caso da menina de 13 anos, que mantém relações sexuais consentidas com o namorado de 18 anos. Caso a mãe da “ofendida” se insurja contra tal conduta, poderá deflagrar a responsabilização criminal do “estuprador” de sua filha. A posterior retratação da mãe da “ofendida”, em princípio, não teria a propriedade de afastar a conduta, já que a ação penal seria pública incondicionada, em virtude de a “ofendida” ser menor de 18 anos de idade e pessoa vulnerável, nos termos do que dispõe o artigo 225, § único, do Código Penal.

Crime Hediondo

Note-se a gravidade e o problema trazido pelo legislador penal no caso em questão: estamos tratando de crime hediondo (art. 1º, VI, da Lei 8072/90), com pena maior do que o estupro simples (onde ocorre o dissenso

manifesto da vítima), sem perder de vista, também, a possibilidade de nos depararmos com a figura *sui generis* do estupro bilateral (imaginem jovens menores de 14 e maiores de 12 anos de idade, mantendo relações sexuais consentidas...).

A jurisprudência antiga do STF reconhecia a presunção de violência do artigo 224, “a”, do Código Penal como relativa, *juris tantum*, admitindo prova em contrário. A doutrina vinha no mesmo sentido. Embora haja julgados recentes do STF, entendendo que o consentimento da vítima não descaracteriza o crime de estupro de vulnerável, a tendência jurisprudencial atual, inclusive do TJRS, parece ser a de não reconhecer a incidência do tipo do artigo 217-A, do Código Penal, quando as relações sexuais mantidas entre os jovens forem consentidas, sem que tenha existido ameaça ou violência contra a suposta ofendida. Ademais, com tal posicionamento,

O legislador penal não pode ignorar a realidade social, que aponta que muitos jovens começam a manter relações sexuais ativas a partir dos 12 anos de idade

mais coerente com a realidade nacional, busca-se a vedação da responsabilização objetiva, justificando a relativização da vulnerabilidade com amparo nas declarações da “ofendida” e das testemunhas, com observância ao princípio da adequação social.

Relativização

Felizmente, a doutrina vem no mesmo sentido. Autores como Gilberto Thums e Guilherme de Souza Nucci pregam a relativização da norma nas relações sexuais consentidas, a partir dos 12 anos de idade completos, pois já seria a “vítima”, neste caso, adolescente.

Ademais, embora a Lei 12015/09, que trata dos crimes contra a dignidade sexual, seja clara em relação ao comando constante no atual artigo 217-A, do Código Penal, não obstante a análise acerca da presunção de violência e da vulnerabilidade (se absolutas



LEO LIMA | HTTP://WWW.FLICR.COM/LEODOJACAREZINHO

ou relativas), outra questão surge como relevante: a chamada exceção de Romeu e Julieta (*Romeo and Juliet Law*), originária do direito norte-americano e aplicável no estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), a qual consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas da relação sexual seja igual ou menor de cinco (05) anos, considerando que todos estariam no mesmo momento de descoberta da sexualidade, situação esta que se afeiçoia perfeitamente à espécie fática.

Afinal, o legislador penal não pode ignorar a realidade social, que aponta que muitos jovens começam a manter relações sexuais ativas a partir dos 12 anos de idade, pois já são considerados, para todos os efeitos legais, como adolescentes, devendo ser respeitado, em relação a eles, o princípio da dignidade sexual, que é corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana.

*Delegado de Polícia e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.



XVII Jornada Internacional de Direito, dias 15 e 16 de Junho em Gramado.

Para informações e inscrições acesse o site ou ligue para o número abaixo:

✉ contato@jornadadedireito.com.br ☎ (51) 3221-9711 🌐 www.jornadadedireito.com.br



Aspectos atuais do combate à violência doméstica

David Medina da Silva*

O Brasil acompanhou, nos últimos anos, um estarrecedor aumento nos índices de violência, notadamente roubos, homicídios, crimes sexuais e narcotráfico. A perplexidade parte da constatação de que, malgrado a elevação dos indicadores sociais, o País não consegue conter a violência e não estabelece políticas públicas eficazes na área da segurança. Nesse contexto, emerge a Lei nº 11.340/06, intitulada Lei Maria da Penha, pois sua edição está associada à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que foi alvo de reiteradas e graves agressões do seu marido, ensejando a mobilização de grupos de direitos humanos e a intervenção da ONU para adoção de medidas de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Embora a violência doméstica não seja sinônimo de violência contra a mulher (qualquer pessoa pode ser vítima de agressões no ambiente doméstico), o certo é que essa forma de delinquência ganhou notoriedade a partir da promulgação da Lei Maria da Penha. Mas, afinal, o que há em comum entre a criminalidade expressa por elevados índices de roubos, homicídios e crimes sexuais e a violência discreta e quase invisível às autoridades, perpetrada em larga escala no ambiente doméstico?

Pelo princípio: embora pouco praticada,

a igualdade aflorou no pensamento filosófico, político e jurídico na antiguidade. No Brasil de nossos dias, a igualdade de todos perante a lei foi consagrada na Constituição Federal de 1988. Pois bem, a Lei Maria da Penha articula-se entre as políticas de ação afirmativa, destinadas a eliminar desigualdades, a fim de concretizar tal comando jurídico, para que o princípio da isonomia não se torne letra morta ou simples adorno do texto constitucional. Embora não se ignore, assim, que os homens também podem ser agredidos no ambiente doméstico, as estarrecedoras estatísticas de violência contra mulheres impulsionaram a adoção de um estatuto protetivo especial para compensar a vulnerabilidade da mulher na sociedade, especialmente no ambiente doméstico, fenômeno acompanhado de conceitos psicossociais complexos e ainda pouco entendidos por muitos profissionais, como “gênero” e “ciclo de violência doméstica”.

Medidas Judiciais

Algumas observações necessárias: a Lei Maria da Penha, ao contrário do que muitos pensam, não estabelece crimes especiais, e sim medidas judiciais diferenciadas para a proteção de mulheres que sejam vítimas de delitos; o estatuto adota um conceito amplo de violên-

cia, abrangendo a agressão física, patrimonial, sexual e psicológica, de modo que além das lesões corporais e crimes contra a vida, também estupro, roubos, furtos, ameaças e outras infrações penais estão sob a incidência da Lei Maria da Penha, desde que sejam praticadas em razão da diferença de gênero; não se exige, portanto, que a violência ocorra necessariamente no ambiente doméstico, mas que decorra da diferença de gênero, ou seja, do preconceito e da discriminação sexista, em que o machismo é uma das faces mais conhecidas. Nesses casos, ao amparo da mulher, a lei prevê medidas de proteção à vítima, como o afastamento do agressor e proibição de aproximar-se da ofendida, por exemplo, além de outras providências.

Despenalizadores

O Supremo Tribunal Federal tem proclamado, reiteradamente, a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, especialmente no que diz com o art. 41, que impossibilita beneficiar o agressor com os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 (HC 106.212; ADI nº 4424; ADC nº 19). Segundo o STF, trata-se, efetivamente, de ação afirmativa do Estado brasileiro com o fim de assegurar a isonomia constitucional e a dignidade da pessoa humana. Não significa, portanto, beneficiar as mulheres

com tratamento diferenciado, e sim buscar equilíbrio numa relação social historicamente fundada na dominação, na violência e na desigualdade de gênero. Disso resulta a verdadeira igualdade material, e não meramente formal, tratando-se desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A orientação atual do STF é fundamental para afirmação do combate à violência doméstica contra a mulher, que se alinha a outros estatutos de proteção a pessoas vulneráveis, como ocorre com crianças e idosos, justamente porque a violência doméstica constitui a matriz da violência urbana crescente de nossos dias. Afinal, é dentro da família, numa visão tradicional, que se estabelecem padrões de comportamento que irão ser reproduzidos no ambiente social. A violência dentro de casa é, no mínimo, o exemplo que arrasta os jovens à violência urbana crescente em nosso país. Dessa forma, combater a violência doméstica é combater o avanço da criminalidade, pois a violência das ruas nasce, em grande parte, dentro de casa, justamente onde a paz deveria ser a tônica.

*Promotor de Justiça. Coordenador do Núcleo de Combate à Violência Doméstica do Ministério Público do RS.

ALMOÇO EXECUTIVO

ENTRADA + PRATO PRINCIPAL + SOBREMESA

A cada semana um novo menu. De segunda à sexta* no Bierfass Lago.



R\$ 39,00

BIERFASS
Lago

3364.4041

www.bierfass.com.br
Pontão do Lago Sul - Brasília/DF

* - de segunda à sexta exceto feriados.

“O Artista” e o Direito

André Rafael Weyermüller*

Ao contrário de grandes produções cinematográficas repletas de efeitos digitais, o filme “O Artista” retoma uma época em que o cinema ainda não tinha sequer o som que hoje é parte inseparável da emoção de uma produção em três dimensões. O cinema mudo marcou época com seu ritmo próprio, suas expressões faciais marcantes e trilha ao som de piano que dava o ritmo na dramaticidade.

Filme Mudo

O filme retrata a vida de um famoso ator do cinema mudo e seus dias de glória proporcionados por um público ávido por novas aventuras do galã em preto-e-branco do qual não conheciam a voz. O retrato da vida do artista se passa como em um filme mudo, sem vozes ou sons, apenas o acompanhamento musical e algumas frases síntese de vez em quando. A previsibilidade do enredo está na relação que se estabelece entre o artista e uma jovem que depois acaba entrando para o mundo do cinema como coadjuvante, mas que acaba recebendo incentivo do artista que cria nela uma marca, uma pinta próxima à boca. A segurança do artista com sua fama não se abala com o novo, com a tendência inexorável do final da década de vinte: o cinema falado. Reluta em se adaptar e acaba rapidamente superado por uma nova forma de fazer cinema que para ele não significava ameaça, pelo contrário, pois investe sua fortuna em um filme nos velhos moldes ao mesmo tempo em que aquela jovem entra sem preconceitos no novo mundo do som. Os filmes são lançados no mesmo dia e, como era previsível também, o sucesso do novo, do falado é estrondoso, assim como é o fracasso de sua produção muda.

Tradições

A derrocada do artista foi amarga e acabou por levar seus bens pessoais, sua casa e seu fiel motorista, um ponto de apoio indispensável para aquele homem que perdera também a sua esposa em meio a todas as dificuldades. Apenas o cão, figura icônica e de lealdade inabalável, continua ao seu lado e evita sua morte com o incêndio que provoca nas películas de seus outrora badalados filmes. Compadecida de sua situação, a jovem da pinta feita com lápis, agora ocupando o estrelato, acolhe o artista em sua casa até que ele descobre



Do filme para metaforizar a complexidade e a contingência do Direito

seus pertences leiloados comprados por ela em segredo. Transtornado, é levado a um inevitável clímax da angústia com um revólver que não usa, pois é salvo pela jovem.

É possível utilizar-se da simplicidade e previsibilidade do filme para metaforizar a complexidade e a contingência do Direito. Uma perspectiva positivista e associada às tradições, costumes e ritos se identifica com a noção de segurança que o cinema mudo representava

para o artista. A fala associada à imagem, ou seja, o novo acrescentado ao velho representa a necessidade de adaptação às novas realidades sociais, ou seja, o anseio pelo mais próximo da realidade. Sim, pois a realidade do cinema mudo era muito distante do mundo sonoro percebido. O cinema falado deu esse toque de realidade. O anseio por efetividade e justiça, requer a reinvenção da dogmática, da hermenêutica e da capacidade de responder aos conflitos de forma conectada com a vivência empírica sem deixar que a dispendiosa construção do passado se perca. É possível que nesse ponto do raciocínio se possa inserir uma reflexão acerca das novíssimas exigências da sociedade multicultural e da informação que precisam, no mínimo, de “som e imagem”, mas que recebem muitas vezes apenas um ou outro.

Inovações

Diz-se que a necessidade é no mínimo de “som e imagem” porque a realidade complexa de

hoje precisa de encaminhamentos mais apurados que possam superar as crises como era a vida do artista que quase acaba por si mesmo. A solução, ou ao menos o caminho que conduza para fora dos círculos de conflito e dos paradoxos seguramente está em inovações que o Direito deve produzir partindo daquilo que já se consagrou. O caminho encontrado pela jovem e pelo artista foi justamente isso: A construção do novo sobre as bases do tradicional aperfeiçoado. Isso se deu no filme com a criação de um novo gênero, uma terceira via, com os musicais. O filme termina com o sucesso novamente estrondoso tanto do artista quanto da jovem que fazem a gravação de uma cena de sapateado (agora com som, mas apenas dos sapatos), na qual se usa a velha imagem, o novo som e a novíssima dança. Essa é uma reflexão possibilitada pelo filme “O Artista”.

* Advogado e professor de Direito da Feevale e Unisinos. Autor do livro “Direito Ambiental e Aquecimento Global”.

Os Múltiplos Diálogos entre Arte, Literatura e Direito

Marcilio Franca Filho*

Como fenômenos culturais que são – e fenômenos que têm na linguagem a sua matéria prima e na narrativa da vida, o seu objeto –, arte e direito mantêm múltiplas formas de diálogos. Para efeitos didáticos, tais diálogos costumam ser apartados em quatro grandes categorias: 1) O direito como objeto da arte, ou seja, todos aqueles episódios em que a justiça e o direito se prestaram a ser temas de obras-primas de grandes artistas na pintura, na literatura, no cinema, no teatro etc.; 2) A arte

A arte que fala ao direito mesmo sem falar do direito

como objeto do direito, isto é, os inúmeros casos em que o direito procurou regular os temas, as

obras, as liberdades ou os direitos dos artistas; 3) A arte como um direito, em que pontificam as muitas discussões sobre o direito à cultura, o direito à proteção do patrimônio artístico e sobre a fruição da liberdade de expressão artística; e, por fim, 4) O direito como uma arte, de onde emerge a clássica definição do direito como “a arte do bom e do justo” (“ius est ars boni et aequi”, segundo Celso) e as suas eventuais implicações com as gramáticas do direito como ciência e como tecnologia.

Desordem

Essa classificação, todavia, ingenuamente ignora que romances, ensaios, poemas, peças de teatro, tragédias, pinturas, gravuras, esculturas, cinema, partituras e arquiteturas podem sempre criar argumentos e conteúdos jurídicos inovadores, simplesmente ao por em desordem as convicções, ao suspender as certezas, ao liberar os possíveis, ao antecipar o futuro, mesmo que não tenham apontado o direito como seu

objeto de reflexão primordial! Há, portanto, um quinto e importantíssimo plano de interação entre as artes e o direito: a arte que fala ao direito mesmo sem falar do direito. Muitas vezes esquecido por aqueles que analisam as relações entre o artístico e o jurídico, esse quinto ponto de contato entre artes e direito é talvez o mais importante e o mais difícil, pois exige exatamente um tipo de saber complexo, relacional, enredado e transdisciplinar que é cada vez mais raro de se ver em tempos de superficialidades acriticas, plasmadas em bobagens transcritas de wikipédias e googles.

Boléro

Essa arte que fala ao direito mesmo sem falar do direito pode ser vista, por exemplo, na litogravura "Drawing Hands" (1948), do artista holandês Maurits Cornelis Escher, que diz com muita clareza o que muitos tratados sobre autopoiesis no direito foram incapazes de traduzir. Ou, ainda, na litogravura "Relativity" (1953), do mesmo Escher, que bem transcreve

plasticamente toda a internormatividade do conceito contemporâneo de "multilevel constitutionalism", como poucos constitucionalistas foram capazes de fazê-lo.

Na música, há muitos outros exemplos de arte que fala ao direito mesmo sem falar do direito. É o caso do "Boléro" (1928), de Maurice Ravel, uma bela metáfora para a pirâmide normativa de Hans Kelsen. Naquela peça musical, as sonoridades iniciais, distantes e longínquas do ouvinte, lembram as normas constitucionais do topo da construção kelseneana que, do mesmo modo distantes e longínquas dos comportamentos concretos dos cidadãos, exigem toda um concatenada operação de densificação, materializando-se através de um crescendo lento e ordenado de leis, atos normativos inferiores e atos administrativos individuais. Todos esses atos dotados de maior densidade jurídica equiparam-se, no "Boléro", à sonoridade volumosa, viva e entusiástica dos metais, bastante próximos da vida dos ouvintes, na sua racional cadência de ordem e previsibilidade. Como bem

Todos esses atos dotados de maior densidade jurídica equiparam-se, no "Boléro", à sonoridade volumosa, viva e entusiástica dos metais

diz a Profa. Maria das Neves Franca, "cabe ao maestro, ao condutor, no campo da música e no campo do direito, extrair, dos acordes iniciais, quase imperceptíveis, a vida mesma, plena, ruidosa, bombástica, a fim de que música e direito se realizem no que são: construções da vida e para a vida."

Por óbvio, não seria diferente na literatura. E nisso a obra do magistral Jorge Luis Borges é pródiga. Basta que se recorde um exemplo eloquente: o seu "O Livro de Areia", conto que também dá título a um livro do autor argentino. Naquele conto, Borges narra, em primeira pessoa, a compra de um livro misterioso, sem início ou fim, cujas páginas, a cada olhar, se renovavam infinita e constantemente. Uma alegoria hermenêutica, que nos faz recordar o grande jurista belga François Ost, para quem "o combate com o verdadeiro, assim como o combate com o belo, está sempre prestes a recomeçar, porque jamais foi ganho". Assim, constante e ilimitado, é também o combate com o justo.

*Pós-Doutor em Direito pelo Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália). Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor da Universidade Federal da Paraíba. Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da Paraíba. Autor da obra "A Cegueira da Justiça – Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito", pela Fabris.

Apontamentos sobre a nova lei da prisão

Damáσιο de Jesus*

A Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, reformulou o tratamento legislativo dado à prisão processual e instituiu, ao lado dela, medidas cautelares alternativas de natureza pessoal.

O texto aprovado teve como origem o Projeto de Lei n. 4.208, de 2001, encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, juntamente com outros que visavam modernizar o Código de Processo Penal (CPP) por meio de reformas pontuais, adaptando-o à Constituição Federal de 1988 com vistas à promoção de uma Justiça Penal mais célere e eficaz.

Detenção

No que se refere à prisão cautelar, o descompasso entre a regulamentação ordinária e a disciplina constitucional era gritante. As normas sobre a detenção provisória eram excessivamente autoritárias.

Tínhamos a Carta Magna proclamando, em seu art. 5.º, inc. LXI, que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária compe-

tente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" e, de outro lado, o art. 319 do CPP, autorizando a prisão administrativa, entre outros, dos "remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam" e do "estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional".

Sentença

Conviviam, ainda, o art. 5.º, inc. LVII, do texto maior, afirmando que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" e o CPP, até 2008, autorizando a decretação da prisão processual como efeito automático da sentença condenatória recorrível, verdadeira execução provisória da pena, salvo se o réu fosse primário e de bons antecedentes (art. 594, com a redação anterior à Lei n. 11.719, de 2008).

Constrangimento

Nossos tribunais, de tempos pra cá, haviam notado a defasagem entre a legislação ordinária

e os preceitos constitucionais, reconhecendo, em muitos casos, a incompatibilidade vertical de dispositivos do CPP em face da Lei Maior. Assim, por exemplo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que não mais admitia fosse a prisão preventiva tratada como forma de antecipação da pena, limitando sua decretação a casos excepcionais, nos quais a custódia do acusado se mostrasse justificada e necessária. A respeito, conforme decidido, "a gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva", de tal modo que a "manutenção da custódia cautelar, sem justa causa, consubstancia antecipação do cumprimento da pena, vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" (STF, 2.ª T., HC n. 100.572, rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2009, *DJe* de 29.4.2010). Assim, para o Pretório Excelso, existia "constrangimento ilegal, a ser reparado pela via do *habeas corpus*, quando a decisão condenatória determina a expedição de mandado de prisão, independente de seu trânsito em julgado, sem, contudo, explicitar os pressupostos justificadores da segregação cautelar" (1.ª T., HC n.

A gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva

97.318, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 6.4.2010, *DJe* de 6.5.2010).

O divórcio entre a realidade infraconstitucional e os preceitos contidos na Lei Fundamental, portanto, era expressivo, reclamando-se uma intervenção do Parlamento, silente, nesse setor, durante os primeiros anos de vigência da Constituição.

* 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.

Teoria sem descuidar da prática.
Venha fazer sua pós-graduação no IDC.

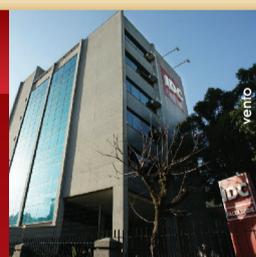
Pós-Graduação em Direito

Cursos de Especialização

- Gestão Pública: início 20/03
- Direito Civil e Processual Civil: início 13/03
- Direito Penal e Processual Penal: início 13/03
- Direito do Trabalho e Processual do Trabalho: início 13/03
- Direito Público: início 12/03
- Direito Civil - ênfase em Família e Sucessões: início 16/03
- Direito Processual Civil: início 16/03
- Direito Previdenciário: início 12/03
- Direito Imobiliário, Contratos e Responsabilidade Civil: início 13/03
- Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário: início 13/03

MBA's

- Advocacia Cível e Empresarial: início 16/03
- Direito da Empresa - ênfase em Direito Tributário: início 16/03



Vicente da Fontoura, 1578

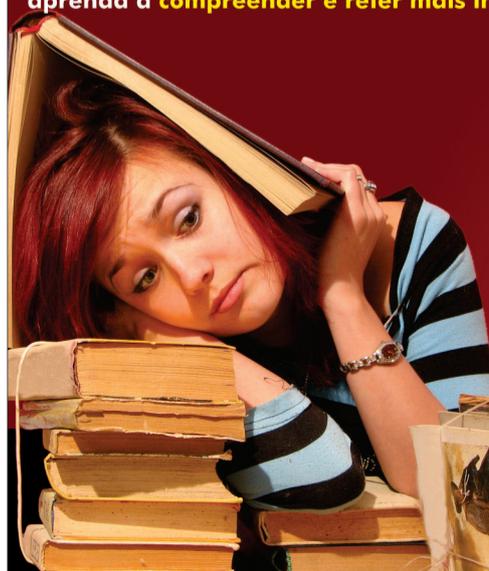
51 3028.4888

www.idc.edu.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



Tira essa “pedra” do caminho

Clóvis da Costa*

Se tu estás cansado de ser alguém des-
cente e andar limpo?
Bota uma pedra no cachimbo

Se tu cansou de ter mulher e ter família
e já não acha o mundo lindo?
Bota uma pedra no cachimbo

Se tu quer ser um otário e quer perder o
que é bonito, o que é as crianças sorrindo?
Bota uma pedra no cachimbo

Se tu quer ver a tua mãezinha chorando
e tudo o que é de bom sumindo?
Bota uma pedra no cachimbo

Se tu quer ser um escravo e ver a tua
vergonha na cara diminuindo?
Bota uma pedra no cachimbo

Teu coração e a tua mente, a fumaça
poluindo?
Bota uma pedra no cachimbo

Mas se tu quer ser um homem de respon-
sa, dá valor a tua família, como se diz aqui no
sul, um homem pau-ferro, um homem foda,
diga não às drogas

Essa pra toda essa gurizada, essa rapazia-
da, pra não tentar resolver algum problema
arrumando outro maior. Seja um homem,
enfrente os problemas “de cara”

Tira essa pedra do caminho



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

* Parabéns ao Coletivo Luz no Cárcere, do Presídio Central de Porto Alegre! Nesta edição apresentamos na capa do Jornal Estado de Exceção: a arte de Luiz Loreni Mesquita da Silva, a música de Clóvis da Costa e o artigo do Maiquel Lemes. Estamos muito felizes pela participação de todos nas atividades. Salve especial a DJ Kymbo Dubronx e a Mano Fangial (Rio de Janeiro), responsáveis pelas cedências das bases para união “música e letra”! A sensibilidade de criar é incontrolável, já dizia Fangial “a arte faz justiça”! Participe: doe livros, filmes, cadernos, lápis de cor, roupas, tênis, instrumentos de música, materiais de higiene, como escova e creme dental. Pode parecer tão básico, mas faz falta.

**Projeto Direito no Cárcere é realizado na Galeria
“Luz no Cárcere”, no Presídio Central de Porto
Alegre. No Blog www.DireitonoCarcere.blogspot.com
é possível acompanhar o cotidiano carcerário**

O preconceito pela sociedade

Maiquel Lemes*

O Processo Penal Brasileiro tem experi-
mentado variadas reformas, mas a ca-
rência do Código é tanta que as pessoas
estão cumprindo penas pelos seus atos infracio-
nais, continuam sofrendo dupla condenação: 1º
pelo seu ato delituoso e 2º por ver sua família
sofrer preconceito pela sociedade. O artigo 5º,
inciso XLV diz que a pena deve ser aplicada
somente na parte infratora e a ninguém mais!

Então quando falamos com um tom de
preconceito da mãe, pai, esposa e filhos de um
apenado estamos infringindo a Lei, onde diz que
qualquer ato de discriminação, ou julgamento
precoce ou, até mesmo, um velho ditado popu-
lar, dizendo que filho de peixe peixinho vai ser
ou, em outras palavras, que o filho, pelo pai ter

**Se a lei fosse cumprida
da mesma maneira
que é pra condenar,
teríamos menos
infratores**

cometido o erro com a sociedade, vai trilhar o
mesmo caminho.

A sociedade tem por obrigação em vez de

nos julgar, estender a mão. O apenado tem por
direito dentro do sistema fechado, semiaberto
e aberto, que hoje se coloca como domiciliar, o
trabalho e a profissionalização. Se uma pessoa
comete um ato infracional, ela tem que ser
reintegrada.

Se a lei fosse cumprida da mesma maneira
que é pra condenar, teríamos menos infratores e
mais pessoas capacitadas no mercado de empre-
go, pois o artigo 41 da Lei 7.210/1984 - diz que
todo o detento tem por direito e dever: trabalhar
e se profissionalizar, mas o sistema é precário e
infelizmente não oferece os cursos ditados no
Código de Processo Penal.

Guilherme de Souza Nucci diz que o preso
tem os seguintes cursos à disposição: carpinteiro,

marceneiro, mecânico, eletricitista, pedreiro e
computação, ditados nos artigos 1º, 2º, 3º e 4º
da LEP alterada pela Lei 10.792/2003 garantin-
do como objetivo a formação do condenado,
oportunizando a sua “reentrada” na sociedade
como um profissional qualificado.

Ocorre que na verdade, nada disso ocorre,
nada funciona conforme diz a lei, a não ser na
hora de condenar, aí sim a lei é aplicada com
toda força, mas na hora de garantir um mínimo
de dignidade a um condenado, ela não funciona,
dizem não ter como cumprir a lei, dizem ainda
que se preso foi, é porque boa coisa não fez e,
na verdade, não podem dar boa vida para con-
denado. E sempre me pergunto: como sair da
prisão melhor do que entrou?



Praia de Belas
O bom é se reinventar.



Homenagem da Brigada Militar e da Susepe às 91 mulheres que trabalham no Presídio Central de Porto Alegre, na oportunidade lançamento do Projeto Visitando e comemoração do Dia Internacional da Mulher



Ivalerte Guimarães de França, Diretora do Departamento de Tratamento Penal da Susepe, palestra no painel Direito no Cárcere, realizado no Fórum Social Temático, em Porto Alegre. Foto Gustavo Pinheiro



Thiago M. Minagé palestra no projeto Desmitificando o Direito, com o tema "Desmitificando a teoria e a prática da Lei da Prisão Preventiva, 12.403/2011", na Livraria Saraiva do Praia de Belas Shopping, em Porto Alegre



Encontro do Projeto Direito no Cárcere, realizado na Galeria Luz no Cárcere do Presídio Central de Porto Alegre. Assista os vídeos <http://www.youtube.com/vlogliberdade> e o blog www.direitonocarcere.blogspot.com



Samba no Pé & Direito na Cabeça - Especial Crise Capitalista, Justiça Social e Ambiental, no Fórum Social Temático 2012, vídeo <http://youtu.be/TgbxP8xxW1s>, realizado na Tenda da Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Agradecemos a Evaldo Silva Junior, Leopoldo Fidyka, Mário de Azambuja, Wellington Pacheco Barros, Clarisse de Lima Abrahão, Grupo Brincando de Samba e Suíngue e todas as demais pessoas que materializaram essa iniciativa. Foto Leopoldo Fidyka



Condomínio da Terra
Organizar a Vizinhança Global



Adauto José de Oliveira palestra no Projeto Desmitificando o Direito, realizada em Porto Alegre, na Livraria Saraiva do Praia de Belas Shopping, com o tema "Ação Popular Ambiental: uma forma prática e legal a serviço da sociedade". Assista o vídeo <http://youtu.be/f10eQe1OWK1>.



UNIVERSIDADE MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL



UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ



Lançamento da obra coletiva "Vade Mecum Prática OAB", publicado pela Editora Revista dos Tribunais, sob coordenação de Alvaro de Azevedo Gonzaga e Nathaly Campitelli Roque, na Livraria Cultura, em São Paulo. Assista o vídeo: <http://youtu.be/4zhEoSvRxuM>



CENTRO UNIVERSITÁRIO NOSSA SENHORA DO PATROCÍNIO
www.ceunsp.edu.br • 0800 10 95 35



Estado de Exceção

BRASIL • Nº 07 • ANO II • 2012

Sociedade Alternativa

O *Jornal Estado de Exceção* destaca nesta edição as recentes atividades do Projeto Direito no Cárcere realizadas no Presídio Central de Porto Alegre, com apoio da Brigada Militar, da Susepe e do Ministério Público do RS. As ações estão proporcionando um novo olhar do cotidiano carcerário, a partir das manifestações escritas,

desenhos, músicas e debates. O experimentalismo no Direito é fundamental para construção de uma sociedade mais plural. Se as regras permanecem em folhas abstratas, o Estado de Exceção torna-se necessário como alternativa na criação de práticas cívicas cotidianas ao desenvolvimento social. Leia na página 30.

Normas penderes de regulamentação

Christian Fernandes Gomes da Rosa discorre sob os aspectos da eficácia social e jurídica dessas normas, compreendidas no cumprimento de suas finalidades e com os elementos que as tornem aptas a produzir efeitos jurídicos quando não aplicadas.

Página 14

Licenças ambientais: excesso de regras?

Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo argumenta a necessidade de uma base normativa que discipline as licenças ambientais.

Página 22

Um patrimônio intangível

Paulo Magalhães trata da dimensão patrimonial da natureza, que pode contribuir para o desenvolvimento e “recuperação da biocapacidade do planeta”.

Página 23

A Arte que fala ao Direito

Marcilio Franca Filho salienta as artes afastadas das categorias definidas, que dizem com muito mais clareza o que muitos tratados jurídicos são incapazes de traduzir.

Página 28

A nova lei da prisão

Damásio de Jesus tece considerações sobre o texto que reformulou o tratamento legal à prisão processual e instituiu medidas cautelares alternativas de natureza pessoal.

Página 29



A arte de Luiz Loreni Mesquita da Silva

Veja também

Página 3

Experiência social
Daniel Nina ressalta a relação do Direito conectado à realidade, como uma construção social a partir do trabalho realizado na África do Sul e Porto Rico

Página 12

Defesa Civil
Roseli Senna Ganem aponta um vácuo normativo em relação à distribuição de competências entre Municípios, Estados e União para o desenvolvimento de uma cultura de prevenção de desastres no País

Página 15

Direito Penal Espanhol
Luiz Regis Prado aborda as primeiras impressões do conceito de pessoa jurídica no novo Código Penal Espanhol

Página 18

Direito a partir do fato
Luciano de Camargo Pentado problematiza a manifestação do direito a partir do fato, utilizando como exemplo os acontecimentos de Pinheirinho e da Favela do Pullman, em São Paulo

Página 28

“O Artista” e o Direito
André Rafael Weyermüller compartilha a sua visão sobre a solução da crise pelos protagonistas do filme e o caminho a ser encontrado pelo Direito

Agenda Cultural Estado de Exceção

18/04, Lançamento da obra “Participação Cidadã na Gestão Pública: a experiência da Escola de Samba de Mangueira”, em Porto Alegre.

16 a 18/05, IXª edição do Congresso Brasileiro de Direito e Teoria do Estado e V Seminário Internacional de Direitos Humanos, em Monte Alegre/MG

15 e 16 de Junho, XVIIª edição da Jornada Internacional de Direito, em Gramado/RS.
+Informações em www.estadodedireito.com.br