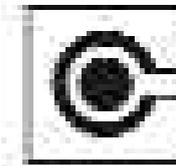




CIRCULUS

REVISTA DA JUSTIÇA FEDERAL DO AMAZONAS



CIRCULUS

REVISTA DA JUSTIÇA FEDERAL DO AMAZONAS



JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU
Seção Judiciária do Estado do Amazonas

ISSN 1679-4788

CIRCULUS Revista da Justiça Federal do Amazonas	Manaus	v.2	n.3	p.1-172	jan./jun. 2004
---	--------	-----	-----	---------	----------------



REVISTA DA JUSTIÇA FEDERAL DO AMAZONAS

© Justiça Federal de Primeiro Grau — Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Av. André Araújo, nº 25, Aleixo
CEP 69060-000 - Manaus-AM

Tel. (0**) 92 214-9103 e 214 9110
e-mail: circulus@am.trf1.gov.br
www.am.trf1.gov.br/circulus

Diretor: Vallisney de Souza Oliveira, Juiz Federal Titular da 2ª Vara
Vice-Diretora: Maria Lúcia Gomes de Souza, Juíza Federal Titular da 3ª Vara
Circulus n.3
Jânio Mady dos Santos, Secretário-Geral
Carlos Gomes, Revisor de texto
Maria das Graças Rebouças Lopes, Revisora Técnica

Projeto gráfico, logomarca, capa e editoração eletrônica: Álvaro Marques de Oliveira
Foto da capa: Marlon Franco da Costa

Nos artigos assinados, as opiniões emitidas são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, pois, o pensamento da revista. O controle do texto se limitará à diagramação, à conferência com os originais e à padronização.

CIRCULUS Revista da Justiça Federal do Amazonas.
v.2, n.3 (jan/jun. 2004)_

Manaus: Justiça Federal de Primeiro Grau - Seção Judiciária do Estado do Amazonas / Editora da Universidade Federal do Amazonas – EDUA, 2004
v.: il.

A periodicidade passou a ser semestral a partir do n.3
ISSN 1679-4788
Semestral

1.Direito - periódicos 2. Doutrina 3. Seção Judiciária do Estado do Amazonas–Jurisprudência. I.Brasil. Justiça Federal de Primeiro Grau – Seção Judiciária do Estado do Amazonas

CDD 340.05
CDU 34(05)

Disponível também em:
<<http://www.am.trf1.gov.br/circulus>>

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

DESEMBARGADOR FEDERAL ALOÍSIO PALMEIRA LIMA
Presidente

DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO
Vice-Presidente

DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES
Corregedor-Geral

DESEMBARGADORES FEDERAIS

PLAUTO RIBEIRO

TOURINHO NETO

CATÃO ALVES

JIRAIR ARAM MEGUERIAN

CARLOS FERNANDO MATHIAS

OLINDO MENEZES

LUCIANO TOLENTINO AMARAL

CÂNDIDO RIBEIRO

HILTON QUEIROZ

CARLOS MOREIRA ALVES

ITALO MENDES

CARLOS OLAVO

JOSÉ AMILCAR MACHADO

ANTÔNIO EZEQUIEL

DANIEL PAES RIBEIRO

LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA

JOÃO BATISTA MOREIRA

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

SELENE MARIA DE ALMEIDA

SEBASTIÃO FAGUNDES DE DEUS

ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES

MARIA ISABEL DINIZ GALLOTTI RODRIGUES

MARIA DO CARMO CARDOSO

LEOMAR BARROS AMORIM

DIRETOR-GERAL: ALCIDES DINIZ DA SILVA

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS

DIRETORIA DO FORO – DIREF

Juiz Federal Diretor do Foro: MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA

1ª VARA FEDERAL

Juíza Federal Titular: JAIZA MARIA PINTO FRAXE

Diretor de Secretaria: RONALDO CAVALCANTE DE SOUZA

2ª VARA FEDERAL

Juiz Federal Titular: VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA

Juíza Federal Substituta: RAQUEL SOARES CHIARELLI

Diretora de Secretaria: ROSILENE DE SOUZA CASTRO

3ª VARA FEDERAL

Juíza Federal Titular: MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA

Diretora de Secretaria: ANA CLÁUDIA RIBEIRO TINOCO

4ª VARA FEDERAL

Juiz Federal Titular: BOAVENTURA JOÃO ANDRADE

Juiz Federal Substituto: DIMIS DA COSTA BRAGA

Diretor de Secretaria: GLAURA REIS CREDIE

5ª VARA FEDERAL

Juíza Federal Substituto: BRUNNO CHRISTIANO CARVALHO CARDOSO

Diretor de Secretaria: GLICÉRIO DE ANGIOLIS SILVA

6ª VARA FEDERAL – JUIZADO ESPECIAL FEDERAL – AM

Juíza Federal Substituta: GENEVIÈVE GROSSI ORSI (Coordenadora)

Supervisor do Juizado Especial Federal: DOMINGOS SÁVIO MACIEL ROESSING

SUB-SEÇÃO JUDICIÁRIA DE TABATINGA -AM / VARA ÚNICA

Dir. de Sec. Maria Júlia Fernandes de Carvalho

TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – AM/RR

Membro Titular Presidente: Dra. MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA

Membro Titular: Dra. JAIZA MARIA PINTO FRAXE

Membro Titular: Dra. RAQUEL SOARES CHIARELLI

Membro Suplente: Dr. BOAVENTURA JOÃO ANDRADE

Supervisora da Turma Recursal: PAULA DE PAULA GOMES

SECRETARIA ADMINISTRATIVA

Diretor Administrativo: EDSON SOUZA E SILVA

Diretora do Núcleo Administrativo: AUXILIADORA MARIA NEGREIROS DO COUTO ALVES

Diretora do Núcleo Judiciário: LAURA EMÍLIA FERREIRA BARBOSA

Diretora do Núcleo de Controle Interno: TÂNIA MARIA MOTA VIEIRA

Sumário

Apresentação	11
Entrevista	
Hidembergue Odozgoith da Frota – Reitor da UFAM	15
Artigos	
Poder, multiculturalismo e sociedade em rede – <i>Carlos Alberto Simões</i>	21
As sociedades afetivas e sua evolução – <i>José Russo</i>	37
Limites à atuação do poder executivo na gestão dos recursos para a educação - <i>Eduardo Appio</i>	46
Trabalho e cidadania: dignidade humana e projeto de vida – <i>José Geraldo de Sousa Junior</i>	55
Meio ambiente do trabalho e garantias fundamentais – <i>Sandro Nahmias Melo</i>	65
Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos Direitos Fundamentais – <i>George Marmelstein Lima</i>	82
Os povos indígenas e a garantia constitucional à educação diferenciada: avanços, experiências e perspectivas – <i>Clarissa Sanches Silva da Rosa</i>	96
Memorial	
Tabatinga – <i>Fabíola Bernardi</i>	114
Breve – <i>Fabíola Bernardi</i>	117
Comunicado – <i>Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região</i>	118
Carta à Fabíola – <i>Márcia Maria Nunes</i>	119
Último adeus – <i>Vera Lúcia Feil Ponciano</i>	121
Juíza da Motocicleta – <i>Flávio Dino</i>	123
Agradecimentos	124

Decisões	
Transporte Aéreo – <i>Juiz Dimis da Costa Braga</i>	127
Remoção de procuradores – <i>Juiz Boaventura João Andrade</i>	133
Sentenças	
Tributário - <i>Juíza Jaiza Maria Pinto Fraxe</i>	137
Civil. Indenização. Terras indígenas. Funai – <i>Juíza Geneviève Grossi Orsi</i>	140
Penal. Descaminho – <i>Juíza Fabíola Bernardi</i>	146
Ementas	
Soldado da borracha. Seringueiro – <i>Juíza Relatora Maria Lúcia Gomes de Souza</i>	153
Saque de saldo do FGTS. Cardiopatia – <i>Juíza Relatora Raquel Soares Chiarelli</i>	154
Molduras	
Lafayette Vieira - um magistrado no parnaso - <i>Carlos Gomes</i>	157
Poemas – <i>Lafayette Vieira</i>	159
Mosaicos	
O crime das melancias – <i>Félix Valois</i>	163
Amicus curie – <i>Joana Cristina Brasil Barbosa Ferreira</i>	165
As procuradorias fiscais em juízo - <i>Mário Antônio Sussmann</i>	169
Atriz, embaixatriz e imperatriz - <i>Reydílson de Araújo Mattos</i>	171

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Caros leitores, a tarja preta na capa representa o luto da Seção Judiciária do Amazonas pela morte da Juíza Federal Fabíola Bernardi, que estava entre as vítimas do lamentável acidente aéreo que, em maio último, fez chover sangue sobre a mata próxima de Manaus.

Não houve sobreviventes.

A Doutora Fabíola Bernardi, levada pelo amor à Justiça e entusiasmo pela Magistratura, a servir em Tabatinga, na Vara Única recém-inaugurada, não mais que de repente virou saudades. A seção *Memorial* é toda em sua homenagem. É a homenagem póstuma que *Circulus*, comovida, se sente no doloroso dever de lhe tributar.

Especial matéria deste número é a entrevista que concedeu a *Circulus* o Professor Doutor Hidemburgue Ordozgoith da Frota, atualmente Magnífico Reitor da Universidade Federal do Amazonas, que possui Pós-Doutorado em Física pela Universidade do Tennessee, Estados Unidos. Nosso entrevistado, pelos trabalhos publicados em periódicos especializados, adquiriu justificado renome na comunidade científica do Brasil e do Exterior.

Sentenças das Juízas Jaiza Maria Pinto Fraxe e Geneviève Grossi Orsi, decisões dos Juízes Dimis da Costa Braga e Boaventura João Andrade, ementas resultantes de recursos relatados pelas Juízas Maria Lúcia Gomes de Souza e Raquel Soares Chiarelli são dados à estampa neste número pelo interesse que poderão ter especialmente para os profissionais do direito.

Na seção *Artigos*, constam trabalhos voltados para os direitos sociais e fundamentais, subscritos pelos Juízes Carlos Alberto Simões, Eduardo Appio, George Marmelstein Lima e Sandro Nahmias Melo, pelo professor José Geraldo de Souza Junior, da Universidade de Brasília, além de artigos do Professor José Russo e da Acadêmica Clarissa Sanches Silva da Rosa, ambos da Universidade do Federal do Amazonas.

Artigos sobre outros temas, da lavra do Advogado Mário Antônio Sussmann e da Acadêmica da UFAM Joana Cristina Brasil Barbosa Ferreira, se encontram na variada seção *Mosaicos*, aonde também comparecem o Advogado Félix Valois e o Professor Reydilson de Araújo Mattos, aquele com judiciosos comentários sobre original sentença criminal e este com úteis observações sobre ponto lingüístico.

Em nova seção, *Molduras*, criada para registrar a vida e obra de figuras que ultrapassaram as lindes judiciárias para alcançar projeção no campo das letras e das ciências em nossa sociedade, aparece o Desembargador Lafayette Vieira, da Academia Amazonense de Letras, que pertenceu ao Tribunal de

Justiça do Amazonas, no qual desempenhou o duro ofício de julgar, mas sem descuidar-se do cultivo da palavra e da emoção. É como se *Circulus* estivesse emoldurando o seu perfil de jurista e poeta.

A partir deste terceiro número, sopesando fatores facilmente dedutíveis, *Circulus* resolveu tornar-se semestral.

A semestralidade, entretanto, não inibe seu propósito congênito de divulgar a atividade judicante dos magistrados da Seção Judiciária do Amazonas, de registrar fatos presentes e pretéritos da Justiça Federal no Estado e de reunir estudiosos do direito e intelectuais de outras áreas para o debate de idéias e opiniões em artigos, crônicas, contos e poemas.

Consignamos, enfim, a colaboração que nos prestaram a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Amazonas e a Fundação Universidade do Amazonas, aquela financiando a matriz deste número e esta oferecendo, por meio de convênio, suporte gráfico e mão-de-obra para a impressão dos exemplares desta edição e das próximas. *Circulus* agradece.

Manaus, agosto de 2004.

VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA
Juiz Federal Diretor da Revista

Entrevista

ENTREVISTA

Professor Doutor HIDEMBERGUE ORDOZGOITH DA FROTA
Reitor da Universidade Federal do Amazonas

Circulus – Poderia Vossa Magnificência falar sobre a sua carreira universitária e profissional?

HOF – Sou graduado em engenharia civil pela Universidade Federal do Amazonas, conclui o doutorado em Física Teórica pela Universidade de São Paulo, em 1985, e realizei o pós-doutorado na Universidade do Tennessee e no Laboratório Nacional de Oak Ridge, nos Estados Unidos, em 1992. Atualmente sou Professor Adjunto da Universidade Federal do Amazonas. Publiquei 22 artigos em periódicos internacionais especializados e 18 trabalhos em anais de eventos.

Orientei cinco dissertações de mestrado e uma tese de doutorado, além de ter orientado onze trabalhos de iniciação científica e quatro trabalhos de conclusão de curso na área de Física. Atuo em Física Teórica nas seguintes linhas de pesquisa: métodos de grupo de renormalização, sistemas de impurezas magnéticas em metais e sistemas mesoscópicos. Em minhas atividades profissionais interagi com 36 colaboradores em co-autorias de trabalhos científicos.

Realizei algumas incursões na área administrativa da Universidade Federal do Amazonas, como Diretor de Pós-Graduação, Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação e atualmente como Reitor.

Circulus – Parece hoje pacífico que a Universidade Federal do Amazonas – UFAM foi a primeira a ser criada no Brasil. Que pode adiantar Vossa Magnificência sobre esse fato?

HOF – Recentemente a Profa. Dra. Rosa Brito publicou um livro pela editora da Ufam (Edua) intitulado Da Escola Universitária Livre de Manáos à Universidade Federal do Amazonas – 95 anos construindo conhecimentos, no qual resgata a verdadeira história da criação da primeira universidade



brasileira, cujo lançamento ocorreu na Biblioteca do Senado Federal. Essa obra, que é fruto de profundo estudo daquela professora, analisa a criação das primeiras universidades brasileiras, concluindo como sendo a Escola Universitária Livre de Manaus a primeira universidade fundada em nosso país, dando origem a atual Universidade Federal do Amazonas.

Circulus – *Em apertada síntese, poderia Vossa Magnificência referir-se à história de nossa universidade, das origens aos dias atuais?*

HOF – A história da universidade brasileira começa pela fundação de uma universidade no Amazonas, a Escola Universitária Livre de Manaus, em 17 de janeiro de 1909, depois denominada Universidade de Manaus, que teve como idealizador o engenheiro Eulálio Chaves, e primeiro Reitor o médico Astrolábio Passos, constituindo-se da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (atual Faculdade de Direito), Faculdade de Medicina, Faculdade de Ciências e Letras e Faculdade de Engenharia.

As dificuldades surgidas em nosso estado em consequência do declínio do ciclo da borracha fez com que em 1926 a Universidade de Manaus se desintegrasse em cursos isolados. Entretanto, a determinação da sociedade amazônica de manter uma universidade comprometida com o desenvolvimento econômico e social de nossa gente foi muito mais forte do que todas as dificuldades daquela época. A ousadia de fundar uma universidade em plena selva amazônica, ainda no início do século passado, foi compensada com a refundação da Universidade Federal do Amazonas por iniciativa do Deputado Federal e depois Senador da República Artur Virgílio Filho, autor da Lei 4.609-A de 12 de junho de 1962 de criação da Fundação Universidade do Amazonas, mantenedora da nossa universidade, incorporando a essa a Faculdade de Direito oriunda da Universidade de Manaus e os demais cursos que àquela época funcionavam em nosso estado. A universidade passou a ser composta pela Faculdade de Direito do Amazonas, Faculdade de Engenharia, Faculdade de Farmácia e Odontologia, Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras e Faculdade de Ciências Econômicas do Amazonas. Para comemorar a data de criação da primeira Universidade brasileira, a Universidade Federal do Amazonas foi instalada no dia 17 de janeiro de 1965.

Hoje a Ufam possui mais de 50 habilitações em cursos de graduação credenciados pelo MEC, 16 programas de pós-graduação em nível de mestrado e doutorado, também credenciados pelo MEC, oferece anualmente mais de 60 cursos de pós-graduação em nível de especialização e possui 155 grupos de pesquisa cadastrados junto ao Conselho Nacional de Pesquisa - CNPq. Atende a mais de quinze mil alunos de graduação na capital e no interior do estado e a mais de três mil estudantes de pós-graduação *stricto e lato sensu*. É consti-

tuída por onze Unidades Acadêmicas, entre Faculdades e Institutos, e onze órgãos suplementares, entre os quais o Museu Amazônico, o Centro de Artes, o Centro de Ciências do Ambiente, o Centro de Apoio Multidisciplinar, a Fazenda Experimental e o Hospital Universitário Getúlio Vargas.

Circulus – *Diante da grande dimensão territorial do Amazonas, quais as dificuldades e perspectivas para as atividades universitárias na Capital e no Interior?*

HOF – Dentro do espírito de ser uma universidade amazônica, pelo domínio do conhecimento amazônico e por sua atuação em todos os recantos de nosso estado, a Ufam tem uma forte atuação no nosso interior, com campi em Itacoatiara, Coari, Parintins, Humaitá e Benjamin Constant, além de pólos de atuação em outros 21 municípios. As maiores dificuldades para a sua atuação no interior do estado são a grande distância entre as sedes dos municípios e a capital, o número deficitário de docentes para atender a todas as atividades da universidade e a deficiência de recursos do governo federal para a interiorização. Mesmo assim, graças às profícuas parcerias que a Universidade tem firmado com as Prefeituras dos municípios, a Ufam já formou mais de três mil profissionais no interior do estado em cursos de graduação, entre professores de Letras, Matemática, Física, Química, Ciências, Pedagogia, Educação Física, Filosofia, Geografia e História, e mais de trezentos profissionais em nível de pós-graduação *lato sensu*. Além de atender a formação de professores em nível superior, a Universidade passou a oferecer novos cursos de acordo com a vocação de desenvolvimento regional de cada município, como curso de Administração em Parintins, Borba e Itacoatiara, curso de Ciências Agrárias em Humaitá (habilitação em agronomia), Benjamin Constant (habilitação em Pesca) e Autazes (habilitação em pecuária) e curso de Administração Municipal em Presidente Figueiredo.

Circulus – *Que tem feito a sua gestão no que se refere à capacitação do quadro docente da UFAM?*

HOF – Estamos mantendo um Programa de Capacitação de Docentes e Técnicos Administrativos que há muitos anos vem contribuindo para a qualificação dos quadros da UFAM, que atualmente constitui-se em 73% com nível de doutorado ou mestrado. A grande maioria dos professores que estão fazendo doutorado estão realizando os seus cursos em universidades de outros estados ou do exterior, enquanto que os que estão se qualificando em nível de mestrado realizam os seus cursos em Manaus, nos programas de pós-graduação da própria UFAM. Estamos com mais de cem professores realizando pós-graduação em nível de doutorado e mestrado.

Circulus – Na área jurídica haverá algum projeto para implantar definitivamente cursos de mestrado e doutorado?

HOF – Atualmente estamos oferecendo um curso de mestrado em Direito em convênio com a Universidade Federal de Pernambuco. Pretendemos dar continuidade a esse convênio em nível de Doutorado para formarmos massa crítica de Doutores que nos permitirá, no futuro, implantarmos o nosso próprio curso de mestrado, como ocorreu em outras áreas do conhecimento.

Circulus – Como se posiciona Vossa Magnificência no debate sobre a Reforma Universitária?

HOF – Recentemente aprovamos no Conselho Universitário a realização de um Congresso Universitário para se debater esse assunto, ocorrido no período de 27 a 29 de abril deste ano. O resultado dessas discussões levamos ao debate nacional organizado pela ANDIFES (Associação Nacional dos Dirigentes de Instituições Federais de Ensino Superior), que ocorreu em cinco capitais das cinco regiões do país. Em síntese, dessas discussões concluiu-se que a reforma deve estar baseada em dois grandes princípios: a afirmação da Educação Superior como uma política de Estado e o conceito de Educação Superior como um sistema nacional. Reconhecendo-se esses princípios como prioritários, a reforma deve incluir, obrigatoriamente, a implementação da autonomia universitária, a definição das formas de financiamento e a implantação de uma política adequada de recursos humanos.

Circulus – Que pode esperar o Amazonas e sua gente de sua universidade federal?

HOF – Uma instituição que cultive o saber em todas as áreas do conhecimento por meio das atividades de ensino, pesquisa e extensão, contribuindo decisivamente para a formação de cidadãos e o desenvolvimento da Amazônia, que busque o reconhecimento da população pela excelência alcançada no ensino público, na produção científica e na contribuição para o desenvolvimento social; que possua professores e técnicos capacitados, valorizados e comprometidos com a sua Missão; que tenha infra-estrutura adequada para a sua Missão; e que seja gerenciada com eficácia, com gerenciamento apoiado por informação dos processos administrativos, acadêmicos e técnicos.

Artigos

PODER, MULTICULTURALISMO E SOCIEDADE EM REDE

(O poder em face da nova constelação internacional:
atuação de novos agentes)

Carlos Alberto Simões de Tomaz
Juiz Federal – SJ/MG¹

SUMÁRIO – 1. Introdução. 2. Compreensão clássica do Poder como fenômeno político-jurídico. 3. O Poder hegemônico e fortalecimento de um Estado centralizador, burocrático e tecnocrata como tendências em descompasso com o ideal democrático. 3.1. O Poder hegemônico. 3.2. O Estado centralizador, burocrático e tecnocrata. A expansão do poder ascendente e o princípio da subsidiariedade. 4. O exercício do poder em rede. A nova constelação. A atuação de novos agentes. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O destaque da agenda do terceiro milênio encontra-se, sem dúvida, na problemática dos direitos humanos. A preocupação com a efetividade dos direitos humanos e condições dignas de vida tem fervilhado aqui e alhures.

Nesse contexto, em face dos efeitos da globalização, busca-se divisar meios para afastar a global e unilateral massificação da identidade impingida pela cultura ocidental, buscando-se preservar valores e direitos a fim de ensejar uma globalização que seja homogênea, vale dizer, que respeite as identidades multicivilizacionais, não partindo, portanto, do falso suposto de hegemonia de uma cultura.

A partir daí, avulta-se de suma importância uma revisão teórica da concepção jurídico-política do poder. De fato, a presença e atuação de novos atores não-governamentais no cenário nacional e internacional tem deslocado o exercício do poder para outro eixo, desviando do tradicional sentido vetorial vertical como é tradicionalmente tratado na teoria política ou jurídica.

Essa nova atuação do poder ocorre em rede. É produto do que se convencionou chamar “sociedade em rede” e floresce no solo fértil do princípio da subsidiariedade-participativa.

Neste trabalho, o fenômeno do poder e o multiculturalismo serão analisados à luz de idéias traçadas por pensadores como Bobbio, Foucault, Habermas, Castells, entre outros, ao escopo de alvitrar elementos que possibilitem melhor compreender a nova constelação internacional em que vivemos.

2. A COMPREENSÃO CLÁSSICA DO PODER COMO FENÔMENO POLÍTICO-JURÍDICO

Talvez poucos tenham enfrentado tão bem o poder em sua concepção eidética como o fez Saint-Exupéry na famosa obra *O Pequeno Príncipe*. Aliás, deste livro, que ganhou expressão na literatura mundial como uma fábula infantil e no campo da auto-ajuda para adolescentes e adultos, pode-se colher verdadeiras lições jurídico-políticas para os dias de hoje. No que pertine ao poder, recorde-se que o Pequeno Príncipe habitava sozinho um minúsculo planeta e bastava recuar um pouco a cadeira para contemplar o pôr-do-sol quantas vezes quisesse. O livro registra que o *Pequeno Príncipe* chegou a ver o sol se pôr quarenta e três vezes num único dia! E ao viajar, deparou-se o Pequeno Príncipe com um asteróide habitado por um rei sem súdito, mas que tinha pretensão de mandar no universo, que não hesitou um só instante em desferir um amontoado de ordens ao Pequeno Príncipe. Assim, diviso o Pequeno Príncipe que se ele fosse detentor de tanto poder, como aquele monarca que se dizia soberano do universo, teria podido assistir, não a quarenta e três, mas a setenta e dois, ou mesmo a cem, ou mesmo a duzentos pores-do-sol no mesmo dia, sem precisar sequer afastar a cadeira! (Saint-Exupéry, 2002, pp. 26.27 e 34-41). Sozinho no seu planeta, o Pequeno Príncipe não tinha em quem mandar. Iludia-se, pensando que mandava no sol e isso lhe satisfazia tanto que num só dia chegou a ver o pôr do sol quarenta e três vezes. É dizer, quarenta e três vezes pensou que mandou o sol se pôr, quando, na verdade, era o deslocamento de sua cadeira que ensejava a deflagração do movimento do planeta de modo a gerar dia e noite (explicação científica) e não a vontade do Pequeno Príncipe. Igualmente, aquele solitário monarca não mandava em nada. Satisfazia-lhe a ilusão de que reinava sobre o universo.

O autor deixa o leitor extrair a correta idéia de que o poder é inerente à natureza humana. Significa dizer: onde estiver o homem, aí haverá a manifestação do poder como fenômeno sociológico. Sim, o poder é obviamente um fenômeno social. E era exatamente por isso que nem o Pequeno Príncipe, nem o solitário monarca exerciam poder algum. Não havia

em quem mandar. O poder, como fenômeno sociológico, é fundamentalmente uma relação entre dois pólos: um pólo de *mando* e um pólo de *obediência*. Essa relação social se projeta no plano vertical, não no plano horizontal. Horizontalmente, deixa de ser poder para ser cooperação.

No dia-a-dia, muitos se iludem como o Pequeno Príncipe e o rei solitário pensando que mandam e que são obedecidos. Na verdade, todos nós mandamos e todos nós obedecemos ao mesmo tempo. Considere-se, por exemplo, a relação de amizade entre duas pessoas. Por mais amigas que sejam, essa relação jamais se projetará horizontalmente, sempre um exercerá uma influência, ainda que mínima, sobre o outro, da mesma sorte que aquele que é influenciado com certeza influenciará outrem.

Impende, a partir daí, ou seja, considerando-se o poder como fenômeno social, verificar como a relação de mando e obediência se projeta dentro e fora do Estado. Deveras, para alguém poder deflagrar uma relação de mando e de obediência em nome do Estado é necessário que esteja investido de parcela de poder estatal. Esse alguém é denominado corriqueiramente de autoridade. Na linguagem jurídica, agente político, tipo especial de servidor público encarregado de manifestar a vontade em nome do Estado. A investidura, para tanto, ocorre sob as mais variadas formas: o rei, por exemplo, investe-se do poder do Estado, para deflagrar relações de mando e de obediência, pelo simples fato de ser o sucessor na linha de ascensão ao trono. Já nas repúblicas, as formas vão desde a escolha pelo voto, o concurso público ou a nomeação. Porém, não basta que alguém se encontre legitimamente investido para exercer o poder do Estado. É preciso, igualmente, que o exercício do poder se projete nos limites traçados pelo Direito. É dizer, em outras palavras, a autoridade, uma vez legitimamente investida, deve atuar no âmbito da legalidade, não devendo agir contra ou fora do espaço legal, sob pena de agir com arbítrio ou desvio de poder em defesa da satisfação de interesses outros que não os eleitos pela norma.

Aí estão, portanto, os dois princípios nucleares da concepção democrática: legitimidade e legalidade, sem os quais não se concebe o exercício do poder na órbita do Estado.

O homem, quando nasce, já se encontra mergulhado na estrutura de poder do grupo primário: o poder de família, segundo a nova nomenclatura do novo Código Civil, que permite a tomada de decisões em relação à pessoa dos incapazes e de seus bens. Mas o homem começa a participar de grupos sociais secundários, onde são deflagradas novas relações de poder, como por exemplo, igreja, escola, associações econômicas, culturais, recreativas, de classe, sindicatos, partidos políticos. Então, existe, dentro do Estado, o poder da família, da igreja, das universidades, das corporações econômicas, dos times

de futebol, da OAB, do CREA, dos sindicatos dos trabalhadores e da representação patronal, das várias opções políticas organizadas em partido, das federações, confederações, etc., etc. Mas há de haver um poder que se sobreponha a todas estas esferas de poder. Um poder que decida o conflito de interesse deflagrado entre o indivíduo e quaisquer grupos, dos indivíduos entre si e das próprias esferas de poder entre si. Desse poder se diz ser o poder de decisão em última instância, dentro do âmbito do Estado, que não admite poder maior nem igual a ele. Essa qualidade do poder do Estado é a soberania.

A soberania, todavia, se projeta no plano externo. E aqui, ela pode ser encarada como a qualidade do poder do Estado de não admitir, no plano internacional, a existência de poder maior do que o poder estatal. Admite, tão apenas, poderes iguais.

Nessa perspectiva, vê-se que a soberania foi tomada como uma qualidade do poder do Estado, não como um elemento constitutivo, como defendem alguns, o que permite admitir a existência de Estados que conseguem expressar essa qualidade do poder em grau maior do que outros no plano internacional. Com efeito, do ponto de vista jurídico a norma de Direito Internacional Público vazada no princípio da igualdade entre os Estados propugna por que, repita-se, do ponto de vista exclusivamente jurídico, todos os Estados sejam igualmente soberanos porque gozam da mesma personalidade jurídica internacional, encontrando-se, portanto, igualmente capacitados para adquirir direitos e contrair obrigações. Por outro lado, enfrentada a questão sob o prisma político, militar, econômico, científico ou tecnológico, não há como não admitir que existam Estados que conseguem expressar em maior grau essa qualidade de seu poder ou, como se queira, Estados mais soberanos que outros.

O conceito de soberania tem, todavia, sofrido o impacto das mudanças que o mundo tem enfrentado nas últimas décadas do século passado e no início deste século. Deveras, não se pode mais concebê-la, como fez Kelsen (1992, p. 161), “apenas dentro do domínio do normativo”. Com efeito, a projeção desta qualidade do poder do Estado encontra-se entrelaçada em relações de hetero-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico. Porém, uma coisa é certa: o mestre da Escola de Viena tem razão quando aponta para a circunstância de que é pressuposto de uma posição monista com primazia do Direito Estatal sobre o Direito Internacional, a soberania absoluta do Estado. Sim, porque soberano seria apenas o “Estado cuja ordem jurídica fosse o ponto de partida de toda sua estrutura... O Direito Internacional é válido apenas por ser reconhecido pelo Estado mencionado em primeiro lugar, o qual é soberano porque a ordem jurídica internacional é considerada parte de sua ordem jurídica e, portanto, inferior a ela.” (KELSEN, 1992, p. 373).

Sob tal contextura, e em face do predomínio do monismo com primazia do direito interno ou, quando menos, do dualismo para ensejar a incorporação da norma internacional à ordem interna, a soberania ainda é encarada de forma absoluta, e isso, como se verá adiante, tem comprometido a fundamentabilidade dos direitos humanos e a atuação da comunidade e entes governamentais não-centrais em prol da dignidade da pessoa humana num mundo que se diz globalizado.

3. O PODER HEGEMÔNICO E O FORTALECIMENTO DE UM ESTADO CENTRALIZADOR, BUROCRÁTICO E TECNOCRATA COMO TENDÊNCIAS EM DESCOMPASSO COM O IDEAL DEMOCRÁTICO

Nessa linha de idéias pode-se dizer que o Estado que inicia o século XXI palmilha por dois caminhos que, sem dúvida, podem distanciar-lo do eixo democrático. Divisa-se, com efeito, no plano externo, que a manifestação da soberania tem conduzido a posturas hegemônicas de Estados fortalecidos político-economicamente em detrimento dos Estados periféricos. Por outro lado, no plano interno, a busca de eficiência e a administração dos escassos recursos disponíveis à guisa de se alcançar os objetivos previamente definidos, tem conduzido os Estados pelos passos de uma sensível centralização de poder aliada a uma política de redução de direitos historicamente incorporados ao patrimônio social. Ambos os fenômenos, como se disse, mostram-se inteiramente na contramão da perspectiva democrática.

O confronto funcional destas duas posturas enseja a seguinte indagação: pode existir ordem internacional democrática convivendo com Estados internamente não democráticos? A resposta requer o enfrentamento do poder hegemônico e das tendências da democracia diante do fenômeno da centralização tecnoburocrática do poder.

3.1. O Poder hegemônico

A dissolução da União Soviética rompeu com a bipolaridade do poder no cenário mundial. Com efeito, os EUA se consolidaram como o maior núcleo de poder que, sem concorrente, estabelece uma política internacional voltada para definir a atuação dos demais atores do cenário, imprimindo limites às experiências nacionais. Esse chamado unilateralismo norte-americano encontra-se fincado na crença da “universalidade da cultura ocidental”. Essa crença, amparada no crescimento ímpar da cultura ocidental, imprime a idéia de que em torno dela devem quedar outras culturas (as não-ocidentais), porque desviadas do eixo civilizatório adotado como padrão de globalização. Isso tem conduzido a uma política imperialista do principal Estado-núcleo da

civilização ocidental, que não tem poupado esforços, inclusive com violação a princípios como o da autodeterminação dos povos, da não-intervenção e do pacto de não-agressão, ao escopo de preservar a civilização ocidental ante uma expansão de outras culturas.

Com efeito, entre os ocidentais, há o sentimento arraigado de que “as idéias de liberdade individual, democracia política, império da lei, direitos humanos e liberdade cultural (....) são européias, não são idéias asiáticas, nem africanas, nem do Oriente Médio, a não ser por adoção.”² Ora, é verdade que o berço do liberalismo e da democracia é a Europa. Deve-se, sem dúvida, ao pensamento político europeu a propagação pelo mundo dos ideais de liberdade, democracia e direitos humanos. Todavia, a adoção destes ideais não amesquinha em nada outras culturas, que se não os desenvolveram elas próprias, tal se deu em razão de que o desenvolvimento ocidental, sobremodo, da Europa, ocorreu em passos mais rápidos em comparação com as culturas asiáticas ou orientais, e em muito maior distância em relação à cultura africana. Aqueles ideais, contudo, não são privilégios da cultura ocidental. São inerentes à natureza humana. Devem ser entendidos, isto sim, como normas que integram o chamado *ius cogens*, de natureza, portanto, supraconstitucional e meta-cultural, que mais cedo ou mais tarde aflorariam no pensamento político de qualquer cultura. Coube à ocidental ser o carro-chefe da locomotiva.

Mas é em nome de uma expansão da cultura ocidental, eleita como a única apropriada para o desenvolvimento das potencialidades da pessoa humana, que tem se erigido o poder hegemônico, hoje concentrado nos EUA. A ação unilateral norte-americana não foi inicialmente cogitada quando do término da “guerra fria”. De fato, chegou-se a pensar que com o fim da bipolaridade o mundo passaria para um clima de harmonia nas relações internacionais, com a vitória do capitalismo e da democracia liberal. Huntington (2001, pp. 32-33), descrevendo esta fase assevera que

“A expectativa de harmonia era largamente partilhada. Líderes políticos e intelectuais elaboraram opiniões similares. O muro de Berlim tinha caído, os regimes comunistas tinham desmoronado, as Nações Unidas iriam assumir uma nova importância, os antigos rivais da Guerra Fria se engajariam em “parceria” e numa “grande negociação”, a ordem do dia seria a manutenção da paz e a imposição da paz. O presidente do país líder mundial proclamou a “nova ordem mundial”; o decano da que talvez se possa chamar a universidade mais importante do mundo vetou a nomeação de um professor de estudos de segurança porque sua necessidade havia desaparecido: “Aleluia! Não estudamos mais a guerra porque a guerra não existe mais.”

O momento de euforia no fim da Guerra Fria gerou uma ilusão de harmonia, que logo se viu não passar disso. O mundo ficou diferente no início dos anos 90, mas não necessariamente mais pacífico. As mudanças

eram inevitáveis, o progresso não. Ilusões semelhantes ocorreram, por breves períodos, ao final de cada um dos outros grandes conflitos do século XX. A I Guerra Mundial foi “a guerra para acabar com todas as guerras” e para tornar o mundo seguro para a democracia. A II Guerra Mundial, na colocação de Franklin Roosevelt, iria “pôr fim ao sistema de ações unilaterais, às alianças exclusivas, aos equilíbrios de poder e a todos os outros expedientes que tinham sido tentados durante séculos – e tinham fracassado sempre”. Em vez disso, teríamos “uma organização universal” de “Nações amantes da paz” e o começo de uma “estrutura permanente de paz”. No entanto, a I Guerra Mundial gerou o comunismo, o fascismo e a inversão de uma tendência de mais de um século rumo à democracia. A II Guerra Mundial produziu uma Guerra Fria que foi realmente global. A ilusão de harmonia no fim da Guerra Fria logo foi dissipada pela multiplicação de conflitos étnicos e de “limpeza étnica”, pela ruptura da lei e da ordem, pelo surgimento de novos padrões de alianças e conflitos entre os Estados, pelo ressurgimento de movimentos neocomunistas e neofascistas, pela intensificação do fundamentalismo religioso, pelo fim da “diplomacia de sorrisos” e da “política do sim” nas relações da Rússia com o Ocidente, pela incapacidade das Nações Unidas e dos Estados Unidos de acabarem com sangrentos conflitos locais e a crescente disposição de afirmação de uma China emergente. Nos cinco anos seguintes à queda do Muro de Berlim, a palavra “genocídio” foi ouvida muito mais vezes do que em quaisquer cinco anos durante a Guerra Fria. O paradigma de um só mundo harmônico está claramente divorciado demais da realidade para ser um guia útil no mundo pós-Guerra Fria.”

É nesse cenário que para o referido autor “o poder está-se deslocando da civilização ocidental que há tanto tempo predomina para civilizações não-ocidentais. A política mundial tornou-se multipolar e multicivilizacional.” (HUNTINGTON, 2001, p. 29) Daí os esforços e ações de legitimação duvidosa do Estado líder mundial, com a cooperação de outros Estados-núcleos ocidentais como a Inglaterra, França e Alemanha, em defesa da expansão da cultura ocidental, ao escopo de reprimir a tendência multipolar e multicivilizacional, que revela um crescimento de Estados de culturas não-ocidentais ou não alinhados, a ponto de se cogitar de formação de novos núcleos de influência, como a China, até mesmo a Índia e o Brasil. Essa tendência, que tem empreendido ações conjuntas dos principais Estados-núcleos ocidentais e mais da Rússia, que se tem firmado como Estado-núcleo de influência no seu entorno, restou recentemente fraturada quando da guerra do Iraque, ante a posição ostentada pela França e pela Alemanha, como também pela Rússia, o que ensejou a postura unilateral e hegemônica, sem precedentes, dos EUA em deflagrar a guerra sem a autorização da ONU. Aqui, mais uma causa da hegemonia do poder do Estado líder: a preocupação com a segurança mundial, que tem ensejado uma política de combate ao terrorismo, sobremodo depois da explosão das torres gêmeas, aliada à política desarmamentista nuclear.

A segurança e a paz mundiais, nessa contextura, passam a ser, a bem da verdade, sinônimo de segurança dos Estados-núcleos ou segurança do sistema sócio-econômico-cultural ocidental e, em sua defesa, não se têm poupado agressões à dignidade da pessoa humana.

Um mundo multipolar e multicivilizacional, com a possibilidade mais ampla de integração civilizacional, integrado por novos agentes que deslocam o eixo do poder antes exercido verticalmente e polarizado necessariamente pela vontade criadora e aplicadora do Direito monopolizada pelo Estado, parece ser o paradigma da resistência democrática, que encontra o ambiente propício quando se rompe esse monopólio e se enseja o aparecimento e atuação de novos atores.

3.2. O Estado centralizador, burocrático e tecnocrata. A expansão do poder ascendente e o princípio da subsidiariedade.

No plano interno, o exercício do poder revela que a democracia amarga frente a uma tendência enormemente centralizadora. Com efeito, o Estado moderno se viu diante de sérias dificuldades para atingir suas finalidades. A escassez dos recursos, a passagem de uma economia de mercado para uma economia globalizada, planificada, de difícil controle pelo processo de criação e aplicação normativa, sobretudo diante do aspecto multifacetário das relações de produção e consumo de bens e prestação de serviços, a concentração de riquezas, as políticas salariais, previdenciárias, assistenciais, em suma, tudo isso tem exigido do Estado bem administrar os escassos recursos, visando otimizá-los em defesa do desejável nível de bem-estar social de seus povos, o que não tem sido tarefa fácil.

Nesse espaço, lembra Bobbio (2002, p. 46) que

“Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados a decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. Na época dos Estados absolutos, como já afirmei, o vulgo devia ser mantido longe das arcana imperii porque era considerado ignorante demais. Hoje o vulgo é certamente menos ignorante. Mas os problemas a resolver – tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição de renda – não se tornaram por acaso crescentemente mais complicados? Não são eles de tal envergadura que requerem conhecimentos científicos e técnicos em hipótese alguma menos misteriosos para o homem médio de hoje (que apesar de tudo é mais instruído)?”

Isso tem determinado, segundo o festejado autor italiano, um “contínuo crescimento do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado hierarquicamente do vértice à base, e portanto diametralmente oposto ao sistema de poder democrático.” (BOBBIO, 2002, p. 47).

De fato, a experiência nos tem mostrado que as decisões, no mais das vezes, são tomadas sem a necessária vinculação à vontade dos governados; é que “o governo contemporâneo é cada vez menos um governo de leis, cada vez mais um governo de homens (...) grande parte das obrigações que pesam sobre o homem não resultam da lei (...) provêm de atos ‘com força de lei’ editados pelo Executivo: Decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, etc.” (FERREIRA FILHO, 1980, p. 13).

Talvez o acúmulo cada vez maior da função legiferante no poder executivo justifique-se em decorrência das necessidades prementes da atividade estatal em acompanhar o desenvolvimento por que passa o mundo moderno, e daí o ceticismo de alguns autores quando se debruçam na análise sobre o futuro do Estado. Shils³, entre cinco espécies de sistemas políticos que apresenta, fundamentando-se na experiência dos Estados modernos do pós-guerra, é completamente descrente, e nenhuma de suas opções (Democracias Políticas, Democracias Tuteladas, Oligarquias Modernizantes, Oligarquias Totalitárias e Oligarquias Tradicionais) se coadunam com a concepção do Estado de Direito.

Ainda no tocante à questão, Dallari (1980, p. 164) afirma que “a racionalização objetiva implicando formas autocráticas de governo” é um dos caracteres futuríveis do Estado, mas ao lado disso vê a necessidade de uma “integração crescente do povo nos fins do Estado”. E arremata o ilustre publicista: “Estas duas peculiaridades aparentemente opostas à primeira vista, deverão ser conjugadas para a obtenção de um novo equilíbrio interno”.

Sem dúvida alguma este equilíbrio só se obtém quando, a par de todo o progresso científico e tecnológico, que inevitavelmente exige celeridade nas tomadas de decisão, levando cada vez mais a um racionalismo centralizado do poder, o Estado possibilita a existência de condições de igualdade, não de igualdade formal, mas de igualdade pragmática, alcançada quando o interesse propulsor da atividade estatal está voltado para o povo e não para a satisfação dos interesses de grupos dominantes. O poder deixa de ser um fim para ser um meio, um instrumento para consecução daquele fim.

Para fazer face a essa tendência, afirma Bobbio (2002, p. 67) que

“...o processo de democratização, ou seja, o processo de expansão do poder ascendente, está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na

variedade de seus status e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai de estudante, de médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc.” (os destaques não são do original)

É sob o influxo desse novo eixo que começa a formulação teórica do princípio da subsidiariedade. A idéia parte, portanto, do fato de que o Estado não tem conseguido, *per se*, atingir as finalidades, os objetivos pré-estabelecidos, ensejando, em decorrência, a atuação popular organizada e voltada para auxiliar, subsidiar a atuação do Estado, senão mesmo substituí-lo em determinados campos de atuação. Abre-se, aqui, espaço para atuação de organizações não-governamentais (ONGs), associações comunitárias, de empresas, igrejas, sem falar no próprio incentivo impingido pelos governos locais no auxílio para a definição de metas, tarefas, dispêndios e prioridades por meio de orçamentos participativos ou outros mecanismos de consulta.

Enfrentando as bases científicas que ensinam a formulação do princípio da subsidiariedade, Baracho (1995, pp. 103-104) assevera que

“...A elaboração teórica do Estado, aliada ao seu desenvolvimento na prática política, é resultante de etapas de seu desenvolvimento. As suas instituições básicas, sob o ponto de vista teórico e concreto, decorrem de anos de evolução política, tornando possível sua institucionalização.

Essas circunstâncias demonstram a necessidade de uma revisão da própria estrutura do Estado. Estaria ela ultrapassada, tendo em vista a complexidade dos problemas econômicos, sociais, políticos e jurídicos. Não será ele, nos nossos dias, mecanismo de que não mais atende às grandes pressões sociais?

As mudanças estruturais e qualitativas da sociedade contemporânea, conduzem a questionamentos sobre o conceito de “pluralismo”. O pluralismo não é apenas uma maneira nova de afirmar a liberdade de opinião ou de crença. É um sistema que vincula a liberdade na estrutura social, não objetiva desvincular o indivíduo da sociedade. O pluralismo conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio, entre as múltiplas tensões na ordem social. O Estado pode chamar a si a tarefa de promover a decisão, assumindo, inclusive, a legitimidade do conflito. O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõem a sociedade, muitas vezes, elas próprias rivais e cúmplices.

As democracias de poder aberto não podem aceitar o entendimento shmitiano de que os interesses da sociedade colidem ou são incompatíveis com os interesses superiores do Estado. A auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio do consenso, é a que se efetiva na pluralidade. A unidade na diversidade, não suprime a estrutura social muitas vezes

antagônica. Os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo. A legitimidade do conflito decorre da integração dos corpos intermediários, através do consenso e da tolerância, propiciando o máximo de convivência comunitária.

A multifuncionalidade do Estado contemporâneo conduz ao realce que vem sendo dado à relação entre Estado e Comunidade, principalmente nas sociedades onde ocorre sólida base comunal, propiciando maior interação entre o poder central e os poderes periféricos (federalismo, regionalismo, municipalismo).

As alternativas da minoria à maioria, com os objetivos de renovação, o equilíbrio recíproco entre os diversos segmentos da sociedade, a alternância democrática, as novas e múltiplas variáveis introduzidas na Teoria da Constituição, apontam a qualidade constitucional que reside no sistema formal de distribuição orgânica das funções, mas também na interpretação de leitura coordenada dos conceitos de função, estrutura e processo, por meio de conclusões, sugestões e práticas renovadas.”

Sem dúvida, a expansão do poder ascendente sob os trilhos da subsidiariedade avulta-se um caminho para conter a tendência centralizadora, burocrática e tecnocrata do Estado em defesa do fortalecimento do ideal democrático.

Estão-se divisando, na linha de idéias ora expendidas, os caminhos que se apropriam a serem palmilhados pelo Estado em fortalecimento da democracia no terceiro milênio, bem como se apontando os empecos para uma convivência internacional mais fraterna.

4. O EXERCÍCIO DO PODER EM REDE. A NOVA CONSTELAÇÃO. A ATUAÇÃO DE NOVOS AGENTES.

Impende perceber que a concepção até aqui esboçada do poder como fenômeno político-jurídico, já focalizada dentro do multiculturalismo, encontra-se assentada na idéia de dominação presente entre dois pólos – o de mando e o de obediência – que deflagraria uma relação social verticalizada sem a qual inexistiria a relação de poder. No âmbito desta concepção, o Estado aparece no pólo de mando projetando a relação verticalizada, mas no sentido de cima para baixo.

Essa vetorização clássica da relação de dominação tem encontrado hodiernamente enfrentamento como se percebe das idéias de Bobbio para quem o poder tem se estendido da esfera das relações políticas para as relações em que o indivíduo aparece como centro de irradiação de vontade, naquilo que se tem chamado fenômeno da expansão ascendente do poder voltado para alterar o sentido do vetor.

A idéia, a bem da verdade, já se encontra esboçada em Foucault (2002, p. 184) quando assevera que

“... o importante não é fazer uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, até chegar aos elementos moleculares da sociedade. Deve-se, antes, fazer uma análise ascendente do poder: partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados, etc, por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global.” (o destaque não é do original).

Para o renomado autor, a microfísica do poder implicaria numa opção metodológica onde

“O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles. (FOUCAUT, 2002, p. 193)” (o destaque não está no original)

Dentro dessa linha de argumentação é possível afirmar que o fenômeno da expansão ascendente do poder, guarnecido sob o manto da subsidiariedade, propicia o exercício do poder em rede e tem se erigido em tendência para fortalecimento da democracia, ao passo que, ao mesmo tempo, impinge gravitação, que a depender da intensidade com que o fenômeno se desenvolva nas próximas décadas, terá o condão de senão desviar, ao menos suportar em melhores condições os efeitos irradiantes de núcleos hegemônicos de poder, sobretudo do Estado líder mundial. Com isso, não se pretende defenestrar a globalização, bandeira sob a qual se irradia a expansão da cultura ocidental, untada pelo fortalecimento de um capitalismo atroz, tendente a aniquilar o equilíbrio que deve haver no binômio capital X trabalho. Definitivamente não! A globalização é inevitável.

Todavia, ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controles, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado conseqüências desastrosas para as relações de consumo. Tem-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores,

aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tabula-rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. A carga tributária aumenta em nome de um pacto fiscal. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado para enfrentar o terceiro milênio com um mundo globalizado. Neste contexto, algumas perguntas se impõem: a que propósito tais medidas? Mascarariam objetivos outros? Avultam-se como o caminho adequado a ser palmilhado? O pesado sacrifício que se tem imposto aos povos periféricos pelos Estados-núcleos justifica-se em nome de uma globalização que propiciará a integração desses povos a um contexto comunitário internacional apto a garantir a dignidade da pessoa humana, a plenificação dos direitos fundamentais e o fortalecimento da democracia?

Há, sem dúvida, caminhos para a globalização ensejar desenvolvimento, bem-estar social, fortalecimento da vontade popular e, via de conseqüência, da democracia e em decorrência viabilizar a paz entre os povos, assegurar, enfim, em uma palavra, por mais paradoxal que possa parecer, inclusão. Sim, uma globalização de inclusão, com base teórica lastreada, entre tantos outros caminhos, pelos percorridos nesta monografia, onde os benefícios de acesso ao desenvolvimento, à tecnologia, aos bens e aos serviços, possam ser estendidos aos povos dos Estados periféricos e experimentados por todos os indivíduos. Uma globalização que seja homogênea, vale dizer, que respeite as identidades multicivilizacionais, não partindo, portanto, do falso suposto de hegemonia de uma cultura.

Enfrentando a globalização, Habermas (2001, p. 84) assevera que utiliza o conceito “para a descrição de um processo, não de um estado final. Ele caracteriza a quantidade cada vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais.”

Esse processo enseja o que o autor alemão convencionou denominar de nova constelação pós-nacional, que revelaria o ambiente de mudanças onde o Estado nacional atuará neste novo milênio. Esse ambiente impõe uma agenda de políticas públicas onde o Estado aparece tomando ciência que não mais detém o monopólio do direito, ante a atuação de antigos e novos atores num ambiente muito mais complexo e denso.

Firmando a atuação da sociedade em rede, prossegue Habermas (2001, p. 84) asseverando que:

“Assim como no século XIX o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e das pessoas bem como a troca de informações, assim hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criam novamente redes mais amplas e densas. “Rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnicas e natureza. Cadeias temporais comprovam as tendências globalizantes em muitas dimensões. O termo encontra igualmente aplicação na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não-governamentais.”

Todavia, a globalização tem imprimido uma legitimação do poder através de uma identidade imposta, padronizada e não-diferenciada como aponta Castells (2001, p. 25). Aliás, Castells mostra com precisão a expansão do poder em rede que revela, por outro lado, que “as atividades criminosas e organizações ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana.” (2002, p. 40). Efetivamente, hoje divisa-se a existência de redes criminosas internacionais para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas, capital ilícito, etc.

Nesse quadro, os indivíduos têm buscado se organizar sob o manto de fatores de identidade individual ou coletiva e, a partir daí, imprimido uma nova significação à globalização. O poder dessa identidade tem despertado a cada dia e tem se contraposto a uma identidade, como se disse, padronizada, imposta e não-diferenciada. O ambiente propício para o florescimento dessa identidade é o multiculturalismo, que se avulta como antídoto ao nivelamento de uma cultura dita ocidental. Castells, na série aqui já referenciada, tem se preocupado com a legitimação dessa identidade imposta pela globalização em descompasso com a identidade voltada para preservação de valores e crenças de movimentos em defesa de governos locais, comunidades indígenas, mulheres, homossexuais, meio-ambiente, etc. Semelhante trabalho tem sido desenvolvido por Boaventura de Souza Santos⁴.

O fato é que o poder dessa identidade vem sendo cultivado pelos novos atores como associações ou organismos não governamentais os mais variados, que da mesma forma que as redes criminosas, desviam o poder do eixo vetorial para imprimir uma atuação em rede. Essa atuação tem ensejado um rompimento dos limites entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e as Relações Internacionais na medida em que desviado o poder do eixo vetorial vertical, com a atuação em rede dos novos agentes, a soberania, conquanto ainda haja uma profunda assimetria em razão do poder econômico e do poder do próprio Estado, vê-se erigida em outras bases, quiçá legitimadas não pelo exercício de um poder hegemônico, mas pelo exercício de um poder em rede com maior participação da comunidade em defesa de interesses e valores.

Enfim, as veredas estão à vista... “...partes afastadas do mundo podem entre si estabelecer relações pacíficas, as quais por fim se tornarão legais e públicas, podendo assim aproximar cada vez o gênero humano de uma constituição cosmopolita.” (KANT, 1995, pp. 137-138). A expansão ascendente do poder em rede, mercê de uma subsidiariedade-participativa, imprime o ritmo do vento em favor da democratização interna dos Estados. A tolerância sob o enfoque do respeito à diversidade cultural e da interação multicivilizacional, permitindo a aproximação e a interação entre comunidades, aliada a uma concepção aberta da soberania, desviada do eixo solipsista para propiciar cooperação, compartilhamento e integração em prol do desenvolvimento, enseja, também, o ambiente propício para desviar a órbita do poder hegemônico em defesa da dignidade da pessoa humana e coloca luz nos caminhos para a paz.

Espera-se...

5. REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução. In "Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza". Porto Alegre: Fabris, 1995.
- BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. 8ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. 1º volume da série "A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura". 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- _____. O Poder da Identidade. 2º volume da série "A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura". 3ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O Futuro do Estado. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. Problemas Brasileiros, Revista Mensal de Cultura, ano XVII, nº 189. São Paulo: 1980.
- FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HUTINGTON, Samuel P. O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- KANT, Immanuel. A Paz Perpétua e outros Opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1995.
- KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. O pequeno Príncipe. Rio de Janeiro: Agir, 2002.

- ¹ Professor em Belo Horizonte/MG. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Mestrando em Direito das Relações Internacionais no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
- ² SCHLESINGER JR., Arthur. Disunity of America, p. 127 apud HUNTINGTIN, 2001, p. 396.
- ³ SHILS, Edward. Political Development in the newstates, apud DALLARI, 1980, p. 150.
- ⁴ Consultar série Reinventar a Emancipação Social para novos Manifestos, sobretudo o 3º volume intitulado Reconhecer para Libertar. Os caminhos do Cosmopolitismo Multicultural editado pela Civilização Brasileira, Rio de Janeiro.

AS SOCIEDADES AFETIVAS E SUA EVOLUÇÃO

José Russo

Professor de Direito de Família da
Faculdade de Direito da UFAM¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Família: uma realidade sociológica; 2 A constituição da família moderna; 2.1 O casamento; 2.2 A união estável; 2.3 A família monoparental; 3 O afeto no Direito de Família; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A humanidade tem sua evolução intimamente ligada à evolução da família. A Constituição Federal brasileira reconhece isso, quando em seu artigo 226 estatui que a *família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

Essa evolução não foi uniforme, sofreu distorções, caminhou entre teses e antíteses, variou segundo as exigências naturais.

Estudiosos das diversas disciplinas sociais, incluindo-se nelas o Direito, sustentavam, no início do século passado, a *teoria da promiscuidade sexual primitiva* ou *originária*.

Segundo os adeptos dessa teoria, nos primórdios da civilização não havia casamento individual, pois todos os homens possuíam todas as fêmeas e as crianças pertenciam à tribo inteira. Para eles, a família teve assim sua progênie. A utilização genérica das designações das categorias de parentesco, como pai, irmão, filho, avô e neto, comprovavam a remota convivência da sociedade em estado de promiscuidade sexual².

Foi alvo de severas críticas a teoria da promiscuidade originária defendida por J.F. Mac Lennan e Lewis H. Morgan, por totalmente incompatível com o caráter egoísta e exclusivista do ser humano.

Ainda trilhando o caminho da promiscuidade sexual, exsurgiu a *teoria do tipo familiar poliândrico*, que encontra a formação da família na participação de vários homens para uma só mulher. Esta recepcionou a rejeição da mesma crítica desferida contra a teoria anterior.

A humanidade atingiu o estágio da *família monogâmica*, que, como informa Friedrich Engels³, nasceu da família sindiásmica, exatamente na fase de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie. Dava os primeiros passos ou brotavam os incipientes sintomas da civilização evoluída.

Por fim, na esteira das investigações sociológicas sobre a origem da família, despontam a *teoria da organização matriarcal*, descartada sob o fundamento de que ocorrera algum agrupamento durante a ausência temporária dos homens, afastados pela guerra e pela caça, e a *teoria da formação patriarcal*, que tem sua autenticidade na família ocidental e nas civilizações mediterrâneas⁴.

A família patriarcal romana tinha em sua organização a figura central do *pater familias*, detentor de poderes discricionários sobre seus súditos, até mesmo a própria mulher⁵.

Platão foi um dos maiores defensores da *teoria de patriarcado*. Embora antiga, essa teoria prosperou nos tempos modernos através dos pensadores Henry Maine, Monnsen, Niebuhr, Grote, Hearne, Fustel de Coulanges, Westermarck e outros. Maine defendeu o ponto de vista de que essa família tinha como característica a obediência cega dos filhos aos pais e a descendência se fazia pela linha masculina.

Seguindo Darwin, Westermarck entendia que o macho, mais forte, mantinha os seus direitos de monopólio pela força. Dessa forma, o casamento era monogâmico na sua origem e a autoridade familiar era exercida pelo pai. A começar por aí, formaram-se gradualmente grupos sociais – a *gens*, a *tribo*, a *cidade*, chegando-se à nação⁶.

Conclui-se que a poligamia não permitia a formação de *sociedade afetiva* entre o homem e a mulher, que teve sua inserção na vida social com o advento da monogamia.

1 FAMÍLIA: UMA REALIDADE SOCIOLOGICA

A família é uma realidade sociológica. E em sendo uma realidade sociológica tem seu lugar na base do Direito de Família.

Na estrutura do Estado, a família é o núcleo social primário mais importante. Antecede nas suas origens o próprio Estado, pois é uma sociedade natural decorrente de uma profunda e transcendente exigência do ser humano.

Como grupo social, a família teve como fator preponderante o caráter biológico fundado na união dos sexos e na procriação. No decorrer dos séculos, passou por uma transformação marcante na sua constituição.

Dando seqüência ao ensinamento de Antunes Varela, vale o registro literal de seu pensamento:

As alterações registradas operaram-se em regra, como na generalidade dos fenômenos sociais, incluindo os movimentos de idéias, através de

processos lentos de transformação, cujas fases se não instalam simultaneamente em todos os povos. Além disso, os diversos períodos de evolução duma instituição não envolvem, no geral, um rompimento completo com as estruturas anteriores, por a tal se opor o caráter imutável de muitos atributos da natureza humana⁷.

A constituição da sociedade familiar perpassou pela *família patriarcal romana*, pela *família comunitária medieval* e pela *família nuclear*.

A *família patriarcal romana* tinha no princípio da autoridade o seu fundamento. A figura do *pater* ou *pater familias* se destacava em importância, pois ocupava a posição de chefe político, sacerdote e juiz.

A mulher ficava relegada a uma situação inferior, subalterna; e os filhos viviam totalmente subjugados à prepotência do pai, que detinha sobre eles o direito de vida e de morte, representado na expressão latina *ius vitae ac necis*.

O termo *família* para o Direito Romano detinha dois significados, ora designava o grupo de pessoas submetidas, em certo momento, à autoridade absoluta de um chefe, ora o grupo de famílias que seriam submetidas a uma autoridade única, na hipótese do *pater familias* comum ainda estar vivo. As duas significações estavam representadas respectivamente pelas referências em latim: *família jure proprio* e *família jure communi*. O Cristianismo inspirou o abrandamento da organização autocrática da família romana, que evoluiu ao longo dos tempos para a estrutura de família democrático-afetiva⁸.

A *família comunitária medieval* tem uma concepção completamente diferente da família romana, que era centrada no patriarcado retrógrado e individualista.

Essa diferença adveio como conseqüência da influência do Cristianismo, numa reação contra a decadência moral a que chegou o Império Romano. Essa nova família veio alicerçada no *casamento*, sob a concepção de *sacramento* e consolidada na livre e espontânea vontade dos nubentes. A mulher mereceu um lugar próprio, passando a ser a responsável pelo governo doméstico e pela educação dos filhos.

A atividade produtiva fazia parte da essência da vida em família. A produção doméstica era consumida praticamente toda pelo grupo familiar⁹.

A *grande família* se transformou na *família nuclear*, constituída de pais e prole. Conforme refere Orlando Gomes¹⁰, citando a socióloga italiana Laura Balbo, na fase da revolução industrial, a família troca a produção doméstica pela produção fabril. Posteriormente, altera sua função de produção em função de consumo.

Desapareceu a família patriarcal e a família medieval perdeu sua importância na esteira da revolução industrial. As famílias numerosas vieram a se contrair numa família concentrada na formação pai, mãe e filho, que os

italianos denominaram de “la piccola famiglia”. Esse fenômeno teve sua razão no ônus da criação de um filho e na desvalorização da mão-de-obra diante do progresso dos processos de mecanização e automação¹¹.

A *família nuclear* veio por um termo no comportamento tradicional dos membros da antiga *grande família*, onde coexistiam o marido tirano, a mulher submissa e os filhos aterrados. A família se desconstruiu e despontou a *família democrático-afetiva* já referida neste trabalho.

Claro que contra essa desconstrução despontaram reações adversas, principalmente em países ainda em fase de industrialização.

Não deve ser subestimada a contestação conservadora na evolução da família manifestada por juristas, sociólogos e políticos, voltados para o passado e carregando em suas ações e em seus pronunciamentos mais a emoção do que a razão, insurgindo-se contra os projetos legislativos que busquem a modificação da fisionomia tradicional da família, com vistas à sua modernização¹².

2 A CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA MODERNA

A evolução da família pode ser sentida desde a patriarcal romana até a sua concepção de família moderna. Veio do arbítrio romano, amenizado pela família comunitária medieval, chegando ao estágio democrático da família hodierna.

Enquanto em Roma o filho não era pessoa, na modernidade adquiriu personalidade e é titular de proteção jurídica a partir da sua condição de nascituro. A mulher romana subalterna e inferior, foi substituída pela mulher que, em igualdade de condições, é a parceira do marido e a convivente ou companheira do homem na entidade familiar decorrente da união estável.

*Virgílio de Sá Pereira*¹³ ensina que a família romana era um todo homogêneo e concreto, o que confirma a teoria de *Comte* de que a família é a unidade orgânica da sociedade. De outra parte, a família moderna se apresenta como um todo heterogêneo e discreto, fundado no princípio natural da consagüinidade e não no princípio político da autoridade, transição observada por *Spencer*. O progresso humano e social transformou a família. Ressaltando o pensamento de *Sumner Maine*, destaca que a sociedade primitiva não era uma coleção de *indivíduos*, era uma *agregação de famílias*. No nosso tempo, a sociedade é um *agrupamento de indivíduos*. Assim, a unidade da sociedade dos tempos primitivos era a *família* e da sociedade moderna é o *indivíduo*.

Completando esse raciocínio sobre o tema, cabem sejam registradas as palavras de *Rodrigo da Cunha Pereira*:

Embora interessa-nos compreender a família na “civilização”, não podemos deixar de mencionar seus aspectos nos períodos que a antecedem. Desnecessário aqui descrever detalhes dessas formas familiares primitivas,

*uma vez que isto já foi feito pelos sociólogos, etnólogos e principalmente pelos antropólogos. Em algumas tribos e em variados lugares, elas se apresentam de forma poligâmica ou monogâmica, patriarcal ou matrilinear. Seja no estado de natureza ou no estado de cultura, em qualquer tempo ou espaço, ela se apresenta sempre como um grupo natural de indivíduos unidos por uma dupla relação biológica: por um lado a geração, que dá os componentes do grupo; por outro, as condições de meio, que postulam o desenvolvimento dos mais novos, enquanto os adultos garantem a reprodução e asseguram a manutenção do grupo*¹⁴.

Em face do desenvolvimento do grupo familiar ocidental, ao longo dos séculos, chegamos à família contemporânea brasileira, que, embora patriarcal até certo tempo, se modernizou, tornando-se plural.

2.1 O Casamento

A partir de 1822 surgiu o Brasil Imperial, que manteve a tradição de Portugal em relação à tutela da Igreja Católica sobre a instituição do Casamento.

A teoria matrimonial canônica teve como seu fundamento atribuir ao casamento o caráter de *sacramento*¹⁵. Inexistia, assim, o *casamento civil*, ficando a união entre o homem e a mulher regulada pelo *casamento católico*, mesmo que um ou ambos os cônjuges professassem outra religião, circunstância essa que propiciava um constrangimento inimaginável às partes envolvidas.

Esse sólido prestígio da Igreja Católica relativamente ao casamento foi abalado pela Lei nº 1.444, de 11 de setembro de 1861, que manteve o *casamento católico* e criou o *casamento acatólico* e o *casamento misto*, amenizando, dessa forma, o problema social herdado dos tempos coloniais.

Com a Proclamação da República, foi afastada a Igreja do Estado, desaparecendo a tutela eclesiástica sobre o casamento. Despontava aí o *casamento civil*, através do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.

O *casamento religioso* retornou à legislação brasileira, que lhe deu *efeitos civis* pela Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937. Foi aperfeiçoado pelo Decreto-Lei nº 3200, de 19.04.1941, e regulamentado até hoje pela Lei nº 1.110, de 23.05.1950. Tem previsão na Carta Magna de 1988, que em seu artigo 226, § 2º, estatui: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

2.2 A união estável

Muito antes do casamento, que é uma *convenção social*, já existia a família, que é um *fato natural*.

Entretanto, o legislador brasileiro de 1916 ignorou quase que por completo esse fato natural, afastando-o de forma absoluta do Código Civil brasileiro que elaborou.

O concubinato – a união do homem e da mulher sem casamento – ficou totalmente desprotegido e, pelo contrário, foi alvo de referências preconceituosas.

Tanto a legislação ordinária como a constitucional somente reconheciam a chamada *família legítima* oriunda do casamento. Ignoravam qualquer outro tipo de família, que rotulavam de *ilegítima*, quando na verdade seria uma *família natural*.

A primeira proteção jurídica oferecida aos integrantes da relação concubinária teve como instrumento pretoriano a *Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal*, que admitia o reconhecimento da sociedade de fato entre concubinos e permitia a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum.

A grande evolução dessa sociedade afetiva adveio com a Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, § 3º, concedeu a condição de *entidade familiar* à união estável entre o homem e a mulher, “*para efeito da proteção do Estado*”.

Em seguida, foram editadas a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, disciplinadoras da união estável.

Finalmente, o Código Civil de 2002 recepcionou a união estável, conferindo-lhe a dimensão de instituição jurídica que há muito merecia.

2.3 A família monoparental

Reconhecida pela Lei Maior de 1988, artigo 226, § 4º, a *família monoparental* é constituída “*por qualquer dos pais e seus descendentes*”.

A concepção jurídica da família foi devastadoramente alterada pela Constituição Federal de 1988, em apenas dois artigos – 226 e 227. O casamento foi ultrapassado na sua condição única de gerador da família, a partir da inclusão do conceito de *entidade familiar* para a *união estável* entre o homem e a mulher. No mesmo passo, a visibilidade dada à *família monoparental*, que passou de uma existência de fato para a sua percepção pelo mundo jurídico familiar.

A monoparentalidade, antes da introdução do divórcio a vínculo no Direito brasileiro, se resumia nas categorias das viúvas e das mães solteiras. Ao evoluir para o bloco dos países divorcistas, o Brasil alargou o alcance das *famílias monoparentais*, que passaram na atualidade a ter sua formação também nas ex-famílias biparentais. Estas se tornaram monoparentais em conseqüências do falecimento de um de seus integrantes, pela separação judicial ou de fato dos cônjuges, pelo divórcio direto ou até mesmo pela simples escolha de ter filhos mantendo-se sozinho¹⁶

3 O AFETO NO DIREITO DE FAMÍLIA

O moderno Direito de Família tem rejeitado o *princípio da culpa* no processo de extinção da sociedade conjugal. Seja no Código Civil de 1916, seja na *Lei do Divórcio* (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), ou por intermédio do Código Civil de 2002, o legislador tem-se preocupado em discutir *culpa* ao terminar a sociedade entre os cônjuges.

Na Alemanha, a culpa foi abolida, bem como na Inglaterra e em diversos países do Norte europeu. Tristemente, vale o registro de que ainda existem preconceitos fortíssimos com relação ao culpado pelo fim do casamento, como na Nigéria, onde o adultério causa o apedrejamento de mulher adúltera.

*Maria Berenice Dias*¹⁷ afirma que a família atual emprestou juridicidade ao vínculo afetivo que enlaça as pessoas. E, reescrevendo as palavras de *João Baptista Villela*, faz o alerta de que “a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor”.

Assim, o casamento termina quando se extingue o afeto entre o casal. Não há que se falar em culpa, mas tão-somente em desamor, que poderá ser recíproco ou unilateral. Não importa.

CONCLUSÃO

Revisitamos as sociedades afetivas em sua evolução, da fechada família patriarcal romana à aberta família moderna democrática.

Constatamos o desmonte do absurdo *poder marital* que impregnava a família romana, onde o pai e marido era o titular da autoridade plena e do poder absoluto, nas relações sociais do grupo familiar.

Este perfil sociológico do *pater famílias* se esgarçou ou foi sepultado no decorrer inexorável do desenvolvimento e do progresso da humanidade, fundados na Idade Média e na Revolução Industrial.

Vale consignar que o casamento romano não estava ancorado na união sexual ou arrimado no princípio da continuidade da família, tão-somente. Tanto para o matrimônio *cum manu* como para o *sine manu*, era de sua essência a *maritalis affectio*.

O casamento saiu do pátio eclesiástico vinculado aos dogmas sacramentais, passando a ser regulamentado pelo Estado mediante normas jurídicas modernas, adaptáveis às necessidades da vida social.

O concubinato, tão marginalizado pela legislação brasileira, obteve o reconhecimento da Constituição Federal de 88, que conceituou a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Ainda pela Carta Magna de 88, a monoparentalidade foi alçada à condição de família, fato jurídico esse da maior importância não só para as

viúvas ou viúvos ou mães solteiras, como também para as ex-famílias biparentais, desfeitas pelo falecimento de um de seus componentes, pela separação judicial ou de fato, pelo divórcio direto.

O Direito científico nos dá notícia de diferentes modelos de família, em relação à sua origem e à sua estrutura de composição, como a *família matrimonial*, a *família comportamental*, a *família concubinária* e a *família homossexual*¹⁹.

Esta última, também chamada de *união homoerótica* ou *união homoafetiva*, tem enfrentado o preconceito impiedoso da sociedade brasileira. Essa união homóloga foi objeto de um projeto-de-lei (1151/95) de autoria da então Deputada Federal por São Paulo, Marta Suplicy, que tem como objeto a regulamentação das relações patrimoniais advindas da convivência de duas pessoas do mesmo sexo. O Direito pretoriano já reconheceu, em alguns casos, a partilha dos bens adquiridos a título oneroso durante essa questionada união.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Estatuto da Família de fato. 2.ed. São Paulo: Atlas, [s.d].
- CHAVES, Antonio. Tratado de Direito Civil. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Tratado do casamento e do divórcio. São Paulo: Saraiva, 1987.
- DIAS, Maria Berenice. Sociedade de afeto: um nome para a família. Revista Brasileira de Direito de Família, Belo Horizonte, vol. 22, fev./mar./2004.
- ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Tradução Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.
- GOMES, Orlando. O novo Direito de Família. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família, Belo Horizonte, v. 1, abr./maio/jun./1999.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Forense, 1975. Vol. 5
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SANTOS, Eduardo. Direito de família. Coimbra: Almedina, 1985.
- SÁ PEREIRA, Virgílio de. Direito de Família. 2.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- VARELA, Antunes. Direito de família. 3. ed. Lisboa: Petrony, 1993.
- VIANA, Marco Aurélio S. Curso de Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. Vol. 2

¹ (Nota do Editor) Ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/AM. Professor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas. Mestrando em Direito pela UFPE/UFAM.

² COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Tratado do casamento e do divórcio. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 23

- ³ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Trad. Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. p. 66
- ⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Forense, 1975. p. 27. Vol. 5
- ⁵ VARELA, Antunes. Direito de família. 3. ed. Lisboa: Petrony, 1993. p. 44
- ⁶ SANTOS, Eduardo. Direito de família. Coimbra: Almedina, 1985. p. 60
- ⁷ VARELA, Antunes. Direito de família. 3. ed. Lisboa: Petrony, 1993. p. 40/42.
- ⁸ VIANA, Marco Aurélio S. Curso de Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 19/20. Vol. 2
- ⁹ VARELA, Antunes. Direito de família. 3. ed. Lisboa: Petrony, 1993. p. 44/45.
- ¹⁰ GOMES, Orlando. O novo Direito de Família. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 22
- ¹¹ Idem. p. 22
- ¹² GOMES, Orlando. Op. cit. p. 23
- ¹³ SÁ PEREIRA, Virgílio de. Direito de Família. 2.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. p. 63
- ¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 35
- ¹⁵ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Estatuto da Família de fato. 2.ed. São Paulo: Atlas, [s.d]. p. 54
- ¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 32
- ¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Sociedade de afeto: um nome para a família. Revista Brasileira de Direito de Família, Belo Horizonte, v. 22, p. 33, fev./mar./2004.
- ¹⁸ CHAVES, Antonio. Tratado de Direito Civil. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 60
- ¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família

LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO NA GESTÃO DOS RECURSOS PARA A EDUCAÇÃO

*Eduardo Appio*¹

Juiz Federal – Cascavel – SJ/PR.

I - INTRODUÇÃO²

A sociedade constitui o Estado e se constitui através dele, pelo que se pode falar, como lembra Clèvei[i], no papel constitutivo e funcional da Constituição. O princípio da separação dos Poderes, forjado a partir das concepções de Locke e Montesquieu, demanda adaptações, em face da complexidade do Estado contemporâneo, o qual passa a assumir funções de amparo aos menos válidos, bem como de intervenção na economia.

A Constituição brasileira de outubro de 1988 pode ser considerada uma Constituição ideológica e programática, na medida em que define os objetivos que o Estado brasileiro deve perseguir, catalogando direitos e garantias fundamentais, dentre os quais está incluído o direito fundamental à educação (art. 6º).

II - A NATUREZA ESQUIZOFRÊNICA DA CARTA DE 1988: O CONSTITUINTE DEITADO NO DIVÃ

A Constituição brasileira de 1988 não possui uma personalidade homogênea, na qual podem ser facilmente compatibilizados os direitos e garantias fundamentais com os instrumentos através dos quais o Estado intervém na economia. Trata-se de uma Constituição esquizofrênica, a qual vista pelos constitucionalistas representa um texto hegemônico, do qual se podem extrair todas as conseqüências de ordem prática que sua natureza normativa permite, ou seja, a supremacia da Constituição não encontra limites de ordem jurídica e ignora as barreiras de ordem econômica. Para os constitucionalistas a Carta de 1988 tem como objetivo primacial “promover o bem de todos” sem qualquer discriminação.

Os economistas, por sua vez, vão encontrar na Constituição de 1988 os fundamentos para a redução do papel normativo da Carta - especialmente nos arts. 173 “usque” 175 da Carta - e ampliação do poder de reforma constitucional, pois um dos objetivos preconizados pelo constituinte brasileiro

de 1988 é a garantia do desenvolvimento nacional (art.3º, II, da CF de 1988ii[ii]). Asseguram, portanto, que a Constituição deve se constituir em reflexo das relações existentes no seio da sociedade, com o que reacendem a contenda entre Lassalle e Hesse.

A mesma Constituição que assegura um direito fundamental e universal à educação, assegurado através de uma estrita vinculação das verbas públicas constantes do orçamento, permite, no ato das disposições constitucionais transitórias, a desvinculação das receitas da União, vulgarmente conhecida como DRU.

III - CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A recente história do constitucionalismo brasileiro após a Carta de 1988 reacende o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre as relações entre um Tribunal Constitucional criado para julgar questões políticas e a ordem normativa, ou seja, entre a política e o Direito. O contexto judiciário brasileiro e, com especial ênfase, a Justiça Federal, tem vivenciado a eclosão de um novo e importante fenômeno, chamado por alguns de ativismo judiciário, novo direito alternativo ou constitucionalismo pós-moderno. Trata-se dos casos em que o Poder Judiciário, através das decisões de seus juízes, interfere diretamente em uma política pública, de forma a determinar a adoção de providências de ordem prática que demandam um ato de vontade política dos demais Poderes. Especialmente na área das ações civis públicas - regidas pela Lei 7.347/1985 - e das ações de controle concentrado da constitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal, os juízes têm interferido diretamente em áreas tradicionalmente excluídas de sua jurisdição, quais sejam as áreas nas quais o legislador tem o poder de inovar a ordem normativa, através de um poder político discricionário quanto ao conteúdo e ao momento, mas vinculado quando aos objetivos, pela própria Constituição brasileira. Também o Poder Executivo tem sofrido uma interferência direta do Poder Judiciário, em áreas que vão desde a determinação de construção de estradas e entidades de proteção aos menores até a sindicância judicial sobre o poder de veto do Presidente da República. O país assiste a um novo fenômeno que emerge do interior dos tribunais e que deve ser estudado pela academia, qual seja, o de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Não se trata, pois, de uma decorrência prática da teorização feita no interior da academia e pela pena dos constitucionalistas, mas sim de um fenômeno da razão prática que demanda urgente teorização, diante da velocidade dos acontecimentos e da ausência de limites claros da intervenção judicial. Os juízes, em sede de ações civis públicas para a proteção da normatividade constitucional, estão revisando o conteúdo de questões consideradas de natureza política, especialmente em face

das omissões do Poder Público, em áreas das mais diversas, tais como construção de obras públicas, prestação de serviços públicos essenciais, controle das tarifas impostas por concessionárias de serviços públicos de telefonia e energia elétrica, concessão de reajuste de vencimentos dos servidores públicos federais, controle da cobrança de pedágios em rodovias federais, enfim interferindo numa vasta gama de atividades vinculadas até então, de modo exclusivo, ao Poder Executivo, enquanto responsável pela condução da máquina administrativa. Neste ponto, há que se distinguir as questões políticas, para as quais os governos eleitos gozam de uma margem limitada de discricionariedade, pois irão eleger o conteúdo e o momento em que irão implementar uma política pública. Imagine-se direito social à educação, previsto no art. 6º da Constituição de 1988. Incumbirá ao Poder Executivo determinar, a partir de critérios técnicos, quais são as obras que terá de constituir para atender a este dever genérico, bem como os locais onde as obras serão construídas e o momento mais adequado para estas construções. Trata-se, portanto, da implementação de uma política pública, de enfrentamento dos problemas educacionais do país, com base em um dever imposto pela própria Constituição. Indaga-se: poderia o juiz da causa, em uma ação civil pública proposta por uma associação de educadores ou mesmo pelo Ministério Público, determinar a implementação de uma dada obra em um determinado local? Creio que o problema não está situado na possibilidade jurídica do pedido, pois incumbe ao próprio Poder Judiciário definir os limites de sua jurisdição, não sendo este o objeto principal de nossa exposição, mas sim na legitimidade política desta escolha, ou seja, é legítima a escolha de uma dada obra em um dado local em prejuízo de outras obras, por quem não foi eleito? Acredito que a questão da legitimidade de escolha do conteúdo de uma determinada política social, inclusive na área da educação, pode resolvida com a efetiva implementação dos conselhos deliberativos, nas três instâncias políticas da federação. Estes conselhos se constituem em um indispensável instrumento para a democracia participativa, na medida em que através de suas deliberações e controle, interferem de modo direto na atividade do Poder Legislativo, com especial ênfase na confecção da lei orçamentária anual, vinculando, nos termos da lei, o chefe do Poder Executivo.

IV - DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

O direito fundamental à educação está assegurado na Constituição Federal (arts. 6º e 205 da Carta de 1988), além de outros instrumentos normativos, tais como a Lei 8.069/90 (ECA- estatuto da criança e do adolescenteⁱⁱⁱ[iii]), Lei 10.741 de 2003 (estatuto do idoso)^{iv}[iv], constituindo-se em direito subjetivo público no tocante ao ensino funda-

mental^v[v]. O direito à educação pode ser considerado como um direito fundamental social, desde que se considere a necessidade de uma atuação positiva por parte do Estado em favor do cidadão, uma das características do Estado social. O direito à educação representa, segundo PEREZ LUÑO, uma alternativa à subalternidade, ou seja, “à alienação correspondente ao pleno desenvolvimento individual e comunitário do homem, que impede que a pessoa se aproprie dos aspectos qualitativos do mundo, refletidos nos bens da educação, da arte e da cultura.^{vi}[vi]” Passemos à análise de três situações práticas de intervenção direta do Poder Judiciário em sede de educação.

V - A LEI COMPLEMENTAR 101/2001 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL)

A Lei de responsabilidade fiscal limita os gastos do Poder Público, permitindo o contingenciamento na liberação das verbas já aprovadas através da lei orçamentária anual, ou seja, o Poder Executivo passa a controlar os gastos já aprovados pelo Congresso Nacional, do que resulta indesejável inversão de papéis entre os Poderes da República. Ao Poder Judiciário cumpre garantir que os recursos já aprovados na área da educação sejam liberados, a partir de critérios técnicos e não político-partidários.

Os gastos de custeio permanente em saúde, previdência e assistência social estão excluídos, segundo a lei, do regime de compensação entre receitas e despesas, mas o mesmo não sucede em face da educação. O “lobby” do setor da saúde, sem dúvida alguma, obteve notáveis avanços em sede orçamentária, enquanto que os valores inicialmente destinados à educação tendem a diminuir, como decorrência direta da ausência de força política suficiente dos grupos ligados a este último setor.

Um outro ponto que merece destaque é o fato de que a lei de responsabilidade fiscal não permite a concessão de reajustes de vencimentos aos professores da rede pública, ressalvados os casos onde novas fontes de financiamento sejam apontadas pelo Administrador Público ou, ainda, se anuladas despesas correspondentes à outras rubricas, num sistema de compensação.

A concessão de reajustes para a categoria passará pelo Poder Judiciário, pois a manutenção da qualidade de ensino depende da garantia de preservação dos salários dos professores, muito embora a posição do Supremo seja clara em sentido inverso^{vii}[vii].

VI- (O)CASO DO FUNDEF

Um dos exemplos mais marcantes de controle das políticas sociais através das ações civis públicas é o da busca de garantia dos repasses obrigatórios previstos na Constituição, quando então o Poder Judiciário estará

interferindo na prática de um ato administrativo^{viii}[viii]. O art. 60 do ADCT foi alterado por força da EC 14/1996 no intuito de criar o FUNDEF (um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério). Se tivéssemos um Poder Executivo “dos nossos sonhos”, os valores do FUNDEF, devidamente regulamentados pela Lei federal 9.424 de 24 de dezembro de 1996 (verdadeiro presente de Natal), teriam sido repassados pelo Poder Executivo aos Estados e municípios mais pobres da Federação, desde o distante ano de 1997, os valores devidos pela União, no intuito de assegurar a aplicação de valores mínimos em todos os Estados, rompendo com desigualdades regionais. Segundo dados fornecidos pela ONG “Campanha nacional pelo Direito à Educação” as diferenças havidas desde a vigência da lei 9.424 de 1996 e o ano de 2002 giram em torno de 9 bilhões de reais. Neste caso específico, algumas raras ações civis públicas vêm sendo promovidas Brasil afora, recordando as ações civis públicas promovidas perante a Justiça Federal, contra a União, pelo município de Recife, pelo Ministério Público Federal dos estados de São Paulo e Minas Gerais, por exemplo. Recorde-se, todavia, que nem todos os estados da Federação têm direito à complementação do Fundef, mas somente aqueles que não atingem um valor mínimo por aluno. Nestes casos, as ações civis públicas visam proteger os direitos difusos dos cidadãos destes Estados diretamente atingidos, sendo inteiramente aplicáveis as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. A ação de cunho inibitório terá por finalidade obrigar a União a efetuar os repasses devidos, o que resulta plenamente possível, uma vez que a lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar 101 de 2001) prevê, de modo expresso, que a lei orçamentária anual deverá ser formulada de molde a albergar as verbas necessárias ao cumprimento dos deveres constitucionais, inclusive a destinação vinculada de verbas públicas. O autor da ação civil pública deverá promover a ação com o objetivo de obter um provimento judicial que venha a ordenar à União a inserção das verbas devidas na lei orçamentária anual, sob pena de multa a ser fixada pelo juiz ou, ainda, a responsabilização pessoal e criminal do ordenador de despesas, nos termos da lei de responsabilidade fiscal. Caso a lei orçamentária já tenha sido remetida ao Congresso Nacional a cominação terá por objeto garantir que o Poder Executivo solicite a suplementação das verbas já disponíveis no orçamento da educação, através de projeto-de-lei específico. Este projeto, por óbvio, não vincula o Poder Legislativo, o qual terá plena liberdade para aprovar este projeto-de-lei, mas já sabedor que, decorrendo de uma decisão judicial transitada em julgado, a rejeição do projeto poderá ser objeto de um controle de constitucionalidade no âmbito difuso.

VII - O CASO DA DRU (DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO)

O caso da DRU também é grave, na medida em que sujeita, na prática, a destinação específica, já prevista no art. 212 da CF de 1988, a um ato de vontade do Poder Executivo, o qual tem a faculdade de retirar do montante devido pela União (18% dos impostos e da contribuição social do salário-educação) até 20%, os quais ficam livres para a aplicação em outras áreas, ou seja, se antes os 18% (dezoito por cento) incidiam sobre R\$ 100,00 (cem reais) agora incidem sobre R\$ 80,00 (oitenta reais) e podem ser destinados a outros setores, ao livre arbítrio do Executivo Federal, o que tem causado verdadeira sangria anual do orçamento da União para a educação, que representará, somente no ano de 2004, entre 3,5 e 3,9 bilhões de reais a menos para a educação, o que tem sido amplamente denunciado por entidades e parlamentares, alguns dos quais ligados à própria base do governo Lula que não se conformam com a redução das verbas para o ano de 2004, muito embora não tenha sido aplicado o percentual de 20% pelo atual governo. A DRU está prevista no art. 76 do ADCT^{ix}[ix] da Constituição Federal de 1988 e deve perdurar até o ano de 2007, salvo se alterada a PEC que trata da reforma tributária. Também neste caso, temos mais uma vinculação orçamentária do Poder Executivo, a qual vem a limitar sua discricionariedade política mas que foi objeto de reforma constitucional, para fins de adequar a Constituição brasileira aos postulados do neoliberalismo, com especial ênfase na conquista sucessiva de superávits fiscais, com o intento de acalmar o mercado financeiro. Curiosamente, a redução dos investimentos em educação básica no país, os quais deveriam representar fator de retração do desenvolvimento econômico da Nação, são interpretados por estes agentes econômicos - governantes anônimos, sem rosto e sem votos - como indício de desenvolvimento. Trata-se de uma equação no mínimo exótica sobre a qual certamente deve existir uma tese econômica que lhe dê amparo, pois sob o ponto de vista constitucional, a medida atenta contra os objetivos preconizados no art. 3º da Constituição brasileira. Neste caso, a exemplo do FUNDEF, haveria a possibilidade de um controle judicial, através da declaração incidental da inconstitucionalidade da EC aprovada ou mesmo sua interpretação conforme à Constituição, com a conseqüente determinação de liberação dos recursos retidos pelo Poder Executivo.

VIII- REMUNERAÇÃO DOS PROFESSORES E LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Finalmente, cumpre-nos falar, de forma breve, da redução da remuneração dos professores da rede pública de ensino, em quase todos os

Estados e também no âmbito federal, através da ausência de reajustes que representem a compensação pelo processo erosivo decorrente da inflação.

A lei de responsabilidade fiscal prevê que os gastos com os servidores públicos não poderão superar determinados patamares previstos em lei, pena de responsabilização direta do ordenador das despesas, sendo que qualquer reajuste deve ser precedido de anulação de outras despesas ou aumento da arrecadação.

Esta “amarração jurídica” impede o Poder Executivo - e aí está um alibi perfeito para a omissão estatal - de conceder reajustes que possam implicar comprometimento das metas fiscais ou do pagamento dos serviços da dívida pública. Todavia, o Poder Judiciário federal da 4ª Região, a revelia do ranger de dentes que sempre acompanha uma ruptura de paradigma dogmático[x], tem concedido reajustes aos servidores públicos federais, através de ações de cunho indenizatório, através das quais se busca a recomposição do patrimônio do servidor, lesado pela ausência dos reajustes anuais devidos, tratando-se, portanto, de uma intervenção direta numa política social, pois a preservação dos vencimentos dos professores representa, também, garantia de manutenção da qualidade dos serviços públicos de educação.

IX - CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O controle judicial das políticas públicas no Brasil se assenta na função normativa e ordenadora da CF de 1988, a qual limita a atuação (e a omissão) do Poder Executivo, através das ações civis públicas e de controle concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos. A atuação dos conselhos deliberativos se mostra como um importante instrumento de definição do conteúdo das políticas públicas.

2. As decisões judiciais terão caráter inibitório e poderão representar a alteração da lei orçamentária anual.

3. O caso do FUNDEF, da DRU e da ausência do reajuste anual dos salários dos professores previsto no art. 37, X, da CF de 1988 está a demonstrar que a Constituição de 1988 tem sido alterada com o sentido de ampliar o espaço de discricionariedade política do Poder Executivo federal na condução das políticas públicas na área da educação.

REFERÊNCIAS

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela UFSC.

² 56

ⁱⁱ CLÈVE, Clemerson. “A fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis”. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 484 p.

ⁱⁱⁱ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...) omissis;

II - garantir o desenvolvimento nacional

ⁱⁱⁱ Art. 54 - É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

^{iv} Art. 21. O Poder Público criará oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados. § 1º Os cursos especiais para idosos incluirão conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna.

^v A Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996 alterou o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, permitindo com isso a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF). O propósito do referido dispositivo do ADCT é distribuir entre a União, Estados e Municípios os encargos com o ensino fundamental, de modo a garantir um padrão mínimo nacional nesta etapa da educação. Os Estados e Municípios, por força de rigorosa vinculação automática de suas receitas, vêm cumprindo com sua parte. À União caberia complementar os recursos dos Estados que não logram atingir o valor mínimo anual por aluno (VMAA), definido nacionalmente. A Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, que regula o FUNDEF, estabelece um critério para o cálculo deste valor mínimo a partir do qual a União complementar o Fundo. O art. 6º, dessa Lei, estabelece: “Art. 6º A União complementar os recursos do Fundo a que se refere o art. 1º³ sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. 1º O valor mínimo anual por aluno, ressalvado o disposto no § 4º, será fixado por ato do Presidente da República e nunca será inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, observado o disposto no art. 2º, § 1º, incisos I ell.” Essa fórmula expressa uma idéia de equalização, com um valor mínimo determinado pela média nacional. Por meio da Lei nº 9.424/96 e da EC nº 14/96 pode-se compreender o papel da União como o de reduzir as diferenças entre os Estados, a partir do valor médio nacional, per capita, tendo-se como base a previsão da receita total do Fundo e o número total de alunos matriculados. A Lei estabelece que o Presidente da República fixará o valor mínimo anual, por Decreto. Tal

atribuição encontra-se vinculada à fórmula legal, podendo fixar um valor acima da média e nunca aquém.

^{vi}[vi] LUÑO, Antonio E. Perez. "Los derechos fundamentales". Tradução livre. 7ª ed. Madrid: Editora Tecnos, 1998. 122 p.

^{vii}[vii] Súmula nº 27 do Supremo Tribunal Federal: "Os servidores públicos não têm vencimentos irredutíveis, prerrogativa dos membros do Poder Judiciário e dos que lhes são equiparados."

^{viii}[viii] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "Interesses Difusos". Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2000. p.119 ao recordar que "o acesso direto dos interesses difusos aos centros de decisão" representam a democracia participativa, sendo que na gestão da res publica não existe exclusividade por parte dos órgãos eleitos e que "não há suplência na atividade do juiz quando tutela interesses superindividuais: é ainda uma atividade jurisdicional; o que muda é a sua forma e extensão, posto que não se trata de dirimir conflito intersubjetivo do tipo clássico.", ocasião em que cita acórdão do TJSP em ação civil pública promovida pelo Ministério Público, obrigando o estado e o município a prestar assistência social básica à população de rua da capital do Estado, tendo a sentença de procedência sido mantida, sob o argumento de que "o direito ao tratamento digno pertence a todo e qualquer cidadão", mas reconhece, ao final, que a atividade do Poder Judiciário nestes casos é de caráter substitutivo "cabendo, em princípio, aos outros dois Poderes a tarefa das escolhas políticas vigentes na comunidade.

^{ix}[ix] Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007, vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

^x[x] O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, tem considerado (4ª Turma) que os servidores têm um direito constitucional à revisão anual de seus vencimentos, motivo pelo qual se impõe a condenação da União Federal no pagamento das diferenças havidas (assim APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002.71.10.005012-9/RS, relator Desembargador Federal Edgar Lippmann Júnior, julgada em 12.04.2004, condenando-se a União no pagamento das seguintes parcelas : a. junho de 1999, na taxa de 3,19% (referente ao período de junho de 1998 a maio de 1999); com a ressalva do relator de que não se estava procedendo ao aumento dos salários dos servidores públicos federais. b. janeiro de 2000, no índice de 4,47% (relativo ao período de junho de 1999 a dezembro de 1999); c. janeiro de 2001, em 5,27 pontos percentuais (concernente ao período de janeiro a dezembro de 2000) e d. janeiro de 2002 no percentual de 9,44%, pela ausência de revisão geral entre janeiro e dezembro de 2001

TRABALHO E CIDADANIA: DIGNIDADE HUMANA E PROJETO DE VIDA

José Geraldo de Sousa Junior
Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília

“Nunca lestes o que fez Davi quando teve fome, ele e os que com ele estavam? Como entrou na casa de Deus, e tomou os pães da proposição, e os comeu, e deu também aos que estavam com ele, os quais não é lícito comer senão só aos sacerdotes?” (Lucas 6, 3-4).

Num instigante ensaio sobre a desobediência civil alude Hannah Arendt ao fracasso teórico do esforço de compreensão desse fenômeno, derivado de uma condição subjetiva, ou seja, da moral do cidadão em face da lei. Por isto, para a filósofa liberal alemã, sempre que os juristas o procuraram justificar, quer em termos morais ou legais, tiveram que se colocar, bem numa perspectiva de objeção de consciência, ou na situação de testar a constitucionalidade de um estatuto.

Não é excessivo discorrer a propósito da prática recorrente de saques famélicos em nosso país, sobretudo no Nordeste, a partir da consideração do tema da desobediência civil, uma vez que este modo de comportamento diante da lei provoca o resgate de seu princípio constitutivo: o direito de resistência.

Se a idéia de Estado de Direito se constituiu como decorrência da obrigação política de obediência à lei, o dever que se inscreve nesse princípio pressupõe um fundamento de legitimidade, tanto no sentido substancial (lei justa), quanto formal (lei emanada de quem tem o direito de legislar).

À base desse entendimento e de forma a recuperar doutrinariamente, modos de comportamento em face da lei, Passerin d'Entreves, tomando como gênero o direito de resistência, indica os seguintes: 1) a obediência do consentimento, 2) o obséquio formal, 3) a evasão oculta, 4) a obediência passiva, 5)

a objeção de consciência, 6) a desobediência civil (ação ilegal, coletiva, pública e não violenta), 7) a resistência passiva, e 8) a resistência ativa.

Certamente, na construção liberal da reserva fundamental desse direito, o de resistência, estão presentes, em graus e ênfases relativos ao processo teórico da própria filosofia política, a idéia moral, de fonte religiosa e jusnaturalista, que obriga todo homem enquanto homem independentemente de coação, o pensamento utilitarista do século XIX, também de base jusnaturalista, afirmando a supremacia do individualismo sobre o Estado; e o legado da experiência histórica libertaria de autonomia do homem diante de toda forma de poder que o subordine.

Este legado se inscreve no trânsito para o século XX e instaura a concepção dos direitos fundamentais que dá origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem, atualizando, com o princípio de autodeterminação e com o direito à resistência, a historicidade do dado axiológico, segundo o qual os direitos do homem devem ser protegidos pelo império da lei, para que não se veja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão.

Trata-se, como se vê, do movimento já indicado por Tomás de Aquino (1225-1274), da aceitação integral do direito humano, apresentando, no seu dizer, “o Estado como instrumento necessário do viver bem e para uma nítida demarcação entre lei justa e lei injusta que habilitará à desobediência civil”.

Portanto, o dever de obediência à lei não conduz, cegamente, ao submeter-se à ordem independentemente de seu conteúdo. Qualquer advogado, medianamente atento às exigências disciplinares de seu Estatuto profissional, conhece bem o princípio que estrutura a sua organização: a defesa da Constituição e da ordem jurídica do Estado democrático de direito. Sabe, entretanto que, se litigar “contra literal disposição de lei”, incide em infração disciplinar, mas tem a seu favor a presunção de boa fé, “quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior” (Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei nº. 8906/94, art. 34, VI).

O ilustre Ministro Víctor Nunes Leal, em plano judiciário, no Supremo Tribunal Federal, chegou a afastar a aplicação da lei, no caso, decreto-lei que restringia, durante a vigência do regime militar, o exercício político do direito de greve, para afirmar, em julgado **contra legem**, não poder a lei “exigir do operário que ele seja herói ou soldado a serviço do patronato”.

Seu contemporâneo no Tribunal, o agora imortal Evandro Lins e Silva, em balanço memorável de uma experiência mais que cinquentenária na política, na magistratura e na advocacia, faz ressaltar nessa linha, a compreensão plena do ato de julgar e a rejeição da falsa oposição entre o político e o jurídico, ao entendimento de que, para se realizar, “a justiça não deve encontrar o empecilho da lei”

2. Boaventura de Sousa Santos em primoroso estudo acerca da reinvenção da democracia identificou um conjunto de elementos de integração do que chamou “consenso democrático liberal” para acentuar, nesse conjunto, como marco de um contrato social fundador da modernidade, o primado do direito e dos tribunais para assegurar a concretização das expectativas de inclusão social de uma sociedade solidária.

O autor ilustra, em sua análise, o papel que o trabalho desempenhou nesse processo para instaurar vias de acesso à cidadania, indicando as circunstâncias históricas de extensão aos trabalhadores de direitos civis e políticos ou a conquista de direitos novos concretizados pelo agir coletivo dos próprios trabalhadores, como o próprio direito do trabalho e os direitos econômicos e sociais.

Mas ele descreve também, num contexto crescente de globalização de mercados, que permite criar riqueza sem criar empregos, a erosão conseqüente dos direitos, combinada com o aumento do desemprego estrutural levando os trabalhadores à perda de seu estatuto de cidadania.

Trata-se de uma realidade na qual se aprofunda o que Boaventura de Sousa Santos chama “lógica de exclusão” gerando precariedade de vida, quando então, diz ele, “o trabalho deixa cada vez mais de sustentar a cidadania e, vice-versa, esta deixa cada vez mais de sustentar o trabalho: ao perder o seu estatuto político de produto e produtor da cidadania, o trabalho reduz-se à penosidade da existência, quer quando existe, quer quando falta. É por isso que o trabalho, apesar de dominar cada vez mais as vidas das pessoas, está a desaparecer das referências éticas que sustentam a autonomia e autoestima dos sujeitos”.

3. Resulta primária, por conseguinte, nesse contexto, no qual se engendram novas sociabilidades, novos conflitos e novos direitos, a recusa ao reconhecimento do fundamento da necessidade e do primado do direito à vida, à luz dos fatos que mostram os saques como uma alternativa de sobrevivência, não importando que razões políticas, sociais ou morais os qualifiquem porquanto, em sua dinâmica social, eles conduzem a uma neutralização da lógica de exclusão e, ao limite, no dizer de Boaventura de Sousa Santos, à “redescoberta democrática do trabalho como condição de reconstrução da economia como forma de sociabilidade democrática”.

Observe-se com que distanciamento, diante da constatação do “processo de saques a estabelecimentos comerciais na área da seca, sob o pretexto da fome”, atribui-se a responsabilidade de omissões políticas aos governantes, sem abrir-se mão, todavia, do ponto de vista segundo o qual “a ordem jurídica não se compadece com esse estado de profunda miséria à beira da morte”.

As referências são de Celso Ribeiro Bastos tomando posição pelo primeiro termo diante da questão: “Os Saques no Nordeste: Fraqueza ou Necessidade?”. Segundo ele, “não há escusas para o descumprimento da lei senão naqueles casos em que ela mesma concede tal benefício”.

A sua conclusão é, pois, no sentido da criminalização dos saques na área da seca, ignorando, de partida, mesmo para quem identifica direito com lei, aquelas condições de legitimidade que armam o jurista para a objeção de consciência ou para o reconhecimento da inconstitucionalidade do estatuto insensível à condição elementar do estado de necessidade.

Respondendo pelo segundo termo da mesma questão, o juiz e professor Antonio Souza Prudente resgata o itinerário ético-teológico do princípio da necessidade para mostrar a sua inscrição, mesmo no Direito Penal: “não há crime, quando o agente pratica o fato em estado de necessidade”(art. 23), considerando-se neste estado, “quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”(art. 24).

Mostrou o ilustre magistrado de Brasília, aliás articulando interdisciplinarmente material ético-teológico e jurídico, discernimento hermenêutico exemplar. Revelou-se, de fato, aquele modelo de juiz contemporâneo egresso das crises da década que abriram o questionamento acerca da função social da magistratura e que fizeram a crítica à cultura legalista de sua formação, para emergir, tal como mostra Martha Nussbaum, uma espécie de novo Magnaud, um bom juiz que “não só deve refinar suas aptidões técnicas, mas sua capacidade humana”.

É que, para este agir, requer-se, como salienta o padre Henrique Cláudio de Lima Vaz, o notável filósofo jesuíta, aquela consciência da “elementar regra jurídica de que não basta a materialidade do fato para tipificar o ato delituoso, consciência de que no conflito entre direitos dos cidadãos, no caso o direito à vida em face do direito de propriedade, há um critério obrigatório de discernimento que é a hierarquia dos direitos e a prevalência dos direitos naturais primários sobre todos os outros direitos”.

É claro que no argumento do velho professor de filosofia vai-se surpreender o tomismo jusnaturalista que parte da distinção entre direito natural primário condicionante e direito natural secundário e condicionado, da qual decorre a hierarquia necessária, segundo a qual, por exemplo, a propriedade vê-se subordinada à vida.

Mas não há ingenuidade nessa distinção. Lima Vaz tem clareza hegeliana sobre o processo histórico civilizatório e avalia com precisão o significado da positividade normativa instituída. O que não o ilude é a redu-

ção ideologizada à lógica unívoca da mediação positivista, muito menos em sua mais pobre expressão, a do positivismo legalista.

Para Vaz, em suma, na questão dos saques, o ponto de partida da avaliação da factividade daí decorrente, é o “problema da consistência lógica do corpo de proposições que definem os direitos fundamentais num Estado de Direito”. No caso dos saques, diz ele, trata-se de um “aparente conflito entre, de um lado, o axioma implícito em todo sistema de direitos, que é o direito elementar à vida e, de outro, o direito à propriedade. Sem precisar avançar no terreno da lógica jurídica, tornou-se logo evidente para mim que se tratava de um problema insolúvel nos quadros de uma lógica unívoca, como a praticada pelo positivismo jurídico, pois não há, nela, como estabelecer uma mediação, de natureza essencialmente analógica, entre a invocação do direito à vida e o fato material da violação do direito de propriedade. A mediação é aqui dialógica, ou expressa segundo um conjunto de proporções a serem estabelecidas entre o direito primário à vida e a possibilidade que lhe é inerente, em casos concretos, de assumir na sua esfera o ato material de apropriação do que lhe for absolutamente necessário para o exercício fundamental de viver, retirando de tal ato qualquer conotação delituosa. As *proporções* se estabelecem, nesse caso, entre o ato e suas *motivações* por parte do agente que denotam a emergência imperiosa e imprescindível do direito à vida: situação sócio-econômica concreta, urgência de satisfação imediata de necessidade vital, circunstâncias, perfil ético-psicológico, etc.”

Trata-se, certamente, de um paradoxo que se inscreve na tensão entre a submissão ideológica aos determinantes do comportamento popular e da ação de massas e os impulsos morais motivados por uma, Thompson assim o designa, estratégia de protesto gerada no campo de uma “economia moral da multidão”.

Nair Heloisa Bicalho de Sousa situa neste campo de forças a possibilidade de ação e de expansão de uma cultura popular e operária rebelde constitutiva de direitos fundados “na idéia tradicional das normas e obrigações sociais das funções econômicas tendo como apoio a tradição paternalista das autoridades”. Toma esta autora como referência os motins e o protesto operários e recupera da análise de Thompson, a partir do caso inglês acerca dos motins de subsistência dos finais do Século XVIII, a noção de “ação direta e disciplinada das massas, voltada para a fixação dos preços do trigo, da farinha e do pão (que) estava tomada pela crença da defesa de direitos e costumes tradicionais”.

Com efeito, em Thompson, esta ação que incluía saques a armazéns, ataque às casas de comerciantes e piquetes para impedir a saída de navios carregados de grãos para o exterior, se fazia respaldada no consenso da

comunidade sobre práticas legítimas e ilegítimas do processo de produção e de distribuição do pão.

Thompson anota precisamente haver em quase toda a ação de massa do Século XVIII alguma noção legitimadora, salientando, diz ele, que “com o conceito de legitimação quero dizer que os homens e as mulheres da multidão acreditavam estar defendendo direitos ou costumes tradicionais e que se encontravam apoiados pelo consenso da comunidade”.

Daí porque Thompson, na descrição desses episódios, identifica inúmeras circunstâncias nas quais os juízes de paz e magistrados revelam simpatia e acolhimento às razões dos protestos e saques, identificando neles “a força e o espírito da multidão para por em vigor e fazer realizar as leis”, aludindo, finalmente, a uma “teoria do direito à subsistência”.

4. Em nossos tempos, repor essas questões significa ater-se àquele procedimento analógico, ao qual a lógica unívoca do positivismo jurídico, em sentido pobre, é infensa porque se restringe à literalidade da lei, ao que acrescenta Bistra Apostolova a idéia do “não-esgotamento das energias utópicas”, identificando experiências e esforços organizativos de magistrados, em condições sociais e teóricas, de “questionar os imperativos da cultura jurídica liberal, que se constitui como fator impeditivo de sua transformação em mediadores qualificados das novas formas de conflituosidade”.

Daí logo assistir-se, com forte presença na cena política, pronunciamentos de magistrados e juristas, entre eles o Ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, balizando o sentido hermenêutico, em mediação dialógica, dando ao tema elementos aptos para aferir a adequada proporção entre direitos, em eventual colisão.

Sob esta perspectiva, o próprio Direito Constitucional passa a recuperar, no dizer de J. J. Gomes Canotilho, este “impulso dialógico e crítico que hoje é fornecido pelas teorias políticas da justiça e pelas teorias críticas da sociedade”, sob pena de restar “definitivamente prisioneiro de sua aridez formal e do seu conformismo político”.

Por isto que, num apelo à ampliação das possibilidades de compreensão e de explicação dos problemas fundamentais do direito constitucional, propõe o publicista português “o olhar vigilante das exigências do direito justo e amparadas num sistema de domínio político-democrático materialmente legitimado”.

Para Canotilho, há que “incluir-se no direito constitucional outros modos de compreender as *regras jurídicas*”, valendo pôr em relevo, a este respeito, referência sua altamente lisonjeira: “Estamos a referir sobretudo as propostas de entendimento do direito como *prática social* e os compromissos

com formas *alternativas* do direito oficial como a do chamado **direito achado na rua**”, compreendendo nesta última expressão, acrescenta, um “importante movimento teórico-prático centrado no Brasil”.

5. Expressão deste “olhar vigilante das exigências do direito justo”, ou seja, desta possibilidade, em sede constitucional, de conferir “definição jurídica diferente”, à realidade fática sob julgamento, é o voto paradigmático, seja em seu refinamento técnico, seja em seu profundo sentido humano, proferido pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, quando do julgamento no STJ, do *Habeas Corpus* nº. 4.399-SP, em que foram pacientes Diolinda Alves de Souza e outras lideranças do MST.

O Tribunal, como é sabido, e como se pode ver do acórdão a cargo do relator Ministro William Patterson, concedeu a liberdade aos pacientes. Em seu voto, que tem tido larga repercussão, inclusive com divulgação próxima a uma dezena de idiomas, o Ministro Cernicchiaro não perde de vista o contexto histórico no qual são designadas as circunstâncias factuais do tema em discussão, põe em relevo, o Ministro, a condicionalidade da atuação das “chamadas instâncias formais de controle da criminalidade”, sujeitas, segundo ele, à “posição política, econômica e social da pessoa”. Finalmente, como membro legítimo da comunidade aberta dos realizadores da Constituição, pondera judiciosamente a condição prejudicial na qual se encontram os pacientes, reconhecendo que “as chamadas classes sociais menos favorecidas não têm acesso político ao governo, a fim de conseguir preferência na implantação de programa posto na Constituição da República”. Sua decisão é descriminalizadora, acentuando novas dimensões da subjetividade jurídica, em cujo âmbito Mauro Almeida Noleto situa “a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória”. Decide, pois, “não poder ser considerado esbulhador aquele que ocupa uma terra para fazer cumprir a promessa constitucional da reforma agrária”.

6. Uma crítica subreptícia, menos direta, tem preferido o enfrentamento oblíquo do problema. Sem poder confrontar a condição de necessidade, base de legitimação do direito a não passar fome (uma das quatro liberdades fundamentais das quais deriva a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem), opta por atribuir os saques à instigação subversiva de interesses políticos mobilizados, notadamente, quando neste processo se identifica a presença de padrões sociais organizativos, como por exemplo o MST (Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra).

Para a linha de argumentação adotada até aqui, a observação além de diversionista, é indiferente. Com efeito, tal como afirmou certa vez o filósofo Castoriadis, “uma sociedade justa não é uma sociedade que adotou leis justas

de uma vez por todas, mas sim uma sociedade onde a questão da justiça permanece constantemente aberta”. Ainda que seja constatada a presença política interessada na ação que satisfaz a condição elementar da necessidade ditada pela fome, não se altera a legitimidade da alternativa pela qual o direito fundamental vem a se realizar.

Dá-se, neste caso, o deslocamento retórico a que alude Canotilho, pelo impulso do agir comunicativo que completa a própria idéia de Constituição, enquanto permite “acompanhar as novas leituras dos problemas político-constitucionais nos quadros do pluralismo político, econômico e social”.

Verifica-se, nestas situações, o fenômeno mostrado pelo sociólogo e jurista, também português, Boaventura de Sousa Santos. A partir da consideração do pluralismo jurídico e de um modelo de interlegalidades que nele se fundamenta, Sousa Santos designa as porosidades de diferentes ordens jurídicas que obrigam a constantes transições e transgressões, campo dos direitos humanos, referidos estes a práticas sociais emancipatórias, nas quais as transgressões concretas são sempre, diz ele, produto de uma negociação e de um juízo político. Neste processo, a reciprocidade é o critério geral de uma política democrática emancipatória, enquanto a forma e os meios de negociação deverão ser privilegiadamente os direitos humanos na sua expressão avançada de luta pela reciprocidade.

7. Não por acaso, mesmo no terreno da moderna economia e na pauta das políticas públicas mais contemporâneas, estão em causa parâmetros de atualização comunicativa para ponderar valores em confronto.

É assim, por exemplo, que se insere a noção de liberdade como condição de desenvolvimento humano e como padrão crítico que permite avaliar os seus modelos existentes, lembra Sergio Paulo Rouanet ao examinar esse conceito em trabalho de Amartya Sen.

Com razão porque, como assinala o autor indiano, para a completude dos conceitos sobre justiça, “o desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade...a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso à água tratada ou saneamento básico”. Na base, pois, do entendimento de Sen sobre o desenvolvimento como liberdade instala-se uma teoria da justiça com vocação para estruturar-se numa teoria do direito, que tem que se haver, considera João Maurício Adeodato, “com o abismo gnoseológico, que dificulta o conhecimento do mundo, e com o abismo axiológico, que dificulta a avaliação do mundo...fundamentos da epistemologia e da ética jurídicas”.

Insere-se, de resto, neste modo de considerar a evolução da Justiça e do Direito frente a novas necessidades de proteção, a perspectiva de estruturar categorias novas que abriguem, em sentido ampliativo, a percepção do direito à vida com dignidade.

No plano internacional de proteção aos direitos humanos arma-se o entendimento jurisprudencial contido em interpretações dinâmicas ou evolutivas dos tratados de proteção de direitos fundamentais, tendo como pressuposto respostas criativas da ciência jurídica para libertar-se das amarras do positivismo jurídico.

Anoto, neste diapasão, significativa intervenção, em voto concorrente do internacionalista brasileiro Antonio Augusto Cançado Trindade, juiz e na ocasião presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Sentencia de 19 de noviembre de 1999, *Caso Villagrán Morales y Otros – Caso de los Niños de la Calle*), lançando a tese da inviolabilidade do “projeto de vida”, vale dizer, da disponibilidade das condições integráveis ao universo conceitual do direito de reparação quando violado, porquanto “*el proyecto de vida se encuentra vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino. (...) El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana (de los Derechos y Deberes del Hombre) de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana*”.

Por certo, é indispensável para a compreensão desse processo uma noção atualizada de direito que não se defina enquanto apenas restrição ou coação institucionalizada. Para esta concepção de Direito, na abordagem de sua dialética social - “aquilo que ele é, enquanto vai sendo, nas transformações incessantes de seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social”- orientou Roberto Lyra Filho todo o esforço de sua profícua investigação, até poder conceituá-lo como “modelo avançado de legítima organização social da liberdade”. Assim entendido o Direito, não há como deixar de reconhecer-se nas motivações sociais que conduziram aos saques, nas regiões de seca no Nordeste, ou nas periferias urbanas das áreas de desemprego, suficiente fundamento ético-jurídico que os justifiquem.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício, Pressupostos e Diferenças de um Direito Dogmaticamente Organizado, in Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra – 1999/2000 Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 48, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- APOSTOLOVA, Bistra Stefanova, Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.
- ARENDT, Hannah, Crises da República, Editora Perspectiva, São Paulo, 1973.
- BASTOS, Celso Ribeiro, Os Saques do Nordeste: Fraqueza ou Necessidade?, Revista Jurídica Consulex, ano II, volume I, n. 18, 30/6/98.
- BICALHO DE SOUSA, Nair Heloisa, A Questão da Cultura Operária: Considerações Preliminares sobre o Caso Inglês, Educação e Filosofia, vol. 4, n. 7, jul/dez, Uberlândia, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, Coimbra, 1998.
- CASTORIADIS, Cornelius, A Instituição Imaginária da Sociedade, Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1982.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente, voto proferido em Acórdão no HC nº. 4.399-SP (STJ).
- LYRA, Doreodó de Araújo (org.), Desordem e Processo. Estudos Jurídicos em Homenagem a Roberto Lyra Filho, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996.
- LYRA FILHO, Roberto, O Que É Direito, Editora Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, São Paulo, 1ª edição, 1982.
- NOLETO, Mauro Almeida, Subjetividade Jurídica. A Titularidade de Direitos em Perspectiva Emancipatória, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.
- NUSSBAUM, Martha, Justicia Poética. La Imaginación Literaria y la Vida Publica, Editorial Andres Bello, Santiago/Barcelona, 1995.
- PINHEIRO, Pe. José Ernmanne, SOUSA JUNIOR, José Geraldo de, Diniz, Melillo, SAMPAIO, Plínio de Arruda (orgs.), Ética, Justiça e Direito. Reflexões sobre a Reforma do Judiciário, Editora Vozes, Petrópolis, 2ª edição, 1997.
- PRUDENTE, Antonio Souza, Os Saques do Nordeste: Fraqueza ou Necessidade?, Revista Jurídica Consulex, ano II, volume I, n. 18, 30/6/98.
- ROUANET, Sergio Paulo, Liberdade Transcultural, Folha de São Paulo, Caderno Mais!, São Paulo, 1/4/2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós Modernidade, Edições Afrontamento, Porto, 2ª edição, 1994.
- _____, Reinventar a Democracia, Fundação Mário Soares, Gradiva Publicações, Lisboa, 1998.
- SEN, Amartya, Desenvolvimento como Liberdade, Companhia das Letras/Prêmio Nobel, São Paulo, 2000.
- SILVA, Evandro Lins e, O Salão dos Passos Perdidos. Depoimento ao CPDOC, Fundação Getúlio Vargas/Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1997.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.), O Direito Achado na Rua, Curso de Introdução ao Direito, Centro de Educação à Distância, Editora UnB, Brasília, 1ª edição, 1987.
- _____, Ética, Cidadania e Direitos Humanos: a Experiência Constituinte no Brasil, Revista CEJ, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano I, abril de 97.
- _____, Novas Sociabilidades, Novos Conflitos, Novos Direitos, in PINHEIRO, Pe. José Ernmanne, SOUSA JUNIOR, José Geraldo de, DINIZ, Melillo, SAMPAIO, Plínio de Arruda (orgs.), Ética, Justiça e Direito. Reflexões sobre a Reforma do Judiciário, Editora Vozes, Petrópolis, 2ª edição, 1997.
- THOMPSON, E. P., Tradición, Revuelta y Consciencia de Clase. Estudios sobre la crisis de la sociedad preindustrial, Editorial Crítica, Grupo Editorial Grijalbo, Barcelona, 1989.
- _____, Costumes em Comum. Estudos sobre a Cultura Popular Tradicional, Companhia das Letras, São Paulo, 1998.
- VAZ, Pe. Henrique Cláudio de Lima. Direito à Vida e Direito à Propriedade. Um Desafio no Exercício da Cidadania, Repórter INXC, Fundação Movimento Direito & Cidadania, ano II, n. 4, Belo Horizonte, junho/1998.

1 Ex-Diretor da Faculdade de Direito da UNB; Coordenador do Projeto "O Direito Achado na Rua"; Vice-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

SANDRO NAHMIAS MELO¹
Juiz do Trabalho – TRT/AM-RR

1.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE MEIO AMBIENTE.²

Fruto da chamada multiplicação dos direitos, como menciona Norberto Bobbio³, surgem, após a Segunda Guerra Mundial, duas tendências marcantes que, cada vez mais, ganham espaço no mundo atual⁴: a preocupação com o **meio ambiente** e a busca de uma melhor **qualidade de vida**.

Bobbio, ao analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais, especificamente os de terceira geração⁵, é peremptório ao declarar que: “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”⁶.

No Brasil, o art. 225, *caput*, da Constituição da República de 1988 captou esse movimento e estabeleceu: “Todos têm direito ao **meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (grifo nosso).

Ambiente, segundo as concepções a seguir reproduzidas, quer dizer: “lugar, espaço, recinto, do latim *ambi-ens-entis*”⁷; “o ar que nos rodeia. O meio material ou moral em que se vive”⁸; “lugar, espaço; roda; esfera em que vivemos. (do lat.=que cerca)”⁹; “que cerca ou envolve os seres vivos ou as coisas, por todos os lados; envolvente: *meio ambiente*”¹⁰. E é considerando o conceito de ambiente que José Afonso da Silva, com propriedade, ressalta a redundância da expressão “meio ambiente”, na medida em que os termos “meio” e “ambiente” possuem o mesmo significado: “lugar, recinto, espaço onde se desenvolvem as atividades humanas e a vida dos animais e vegetais”¹¹. Todavia, como esta é a expressão utilizada na Constituição da República (art. 225, *caput*), bem como na legislação infraconstitucional que regula a matéria, por uma questão didática, optou-se pelo uso da mesma no presente trabalho.

Em sede legislativa, entende-se meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (Lei da Política Nacional de Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81, art. 3º, I).

José Afonso da Silva¹², ao conceituar meio ambiente, destaca, inicialmente, três aspectos do mesmo: o meio ambiente **cultural**, o **artificial** e o **natural**¹³. Ressalte-se que tal divisão tem como única função delimitar o espectro do meio ambiente a que está se referindo, devendo ficar claro que “tal dissociação é meramente expletiva”¹⁴, vez que o “conceito de meio ambiente é uno”¹⁵, indissociando-se da noção de direito à vida.

Neste diapasão, mister questionar-se: Será que o meio ambiente preconizado no citado art. 225 refere-se a apenas um dos aspectos esboçados por José Afonso da Silva, notadamente o natural, na medida em que tem tutela específica na própria Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81)?¹⁶ Ou seja, estando o solo, a água, fauna e flora preservados, estaria atendido o preceito constitucional? Parece-nos que não.

O legislador constituinte, no *caput* do art. 225, ao usar a expressão *sadia qualidade de vida*, optou por estabelecer dois sujeitos de tutela ambiental: “**um imediato**, que é a qualidade do meio ambiente, e **outro mediato**, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vêm sintetizando na expressão da qualidade de vida”¹⁷ (grifamos).

Neste sentido, toma corpo a idéia de que o ambiente é a expressão das alterações das relações dos seres vivos, incluído o homem, entre eles e o seu meio, sem surpreender que o direito do ambiente seja, assim, um direito de interações, que tende a penetrar em todos os setores do direito, para aí introduzir a idéia de ambiente¹⁸.

Ora, se o homem integra o meio ambiente, sendo importante preservar também a sua qualidade de vida, constatamos a importância de um quarto aspecto do meio ambiente – além do natural, artificial e cultural – que, segundo perspicaz análise de José Afonso da Silva, “merece referência em separado, o *meio ambiente do trabalho*”¹⁹. A importância do estudo aprofundado do meio ambiente do trabalho deriva principalmente do fato de ser este o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente.

Nossa intenção, no curso do presente estudo, é justamente explorar este aspecto importantíssimo do meio ambiente: **o meio ambiente do trabalho**. Pretendemos evidenciar a inter-relação do mesmo com as demais facetas do meio ambiente; deixando claro que ele não pode ser entendido dissociado dos demais aspectos (meio ambiente artificial, natural, cultural), ou, melhor dizendo, a análise destes não pode prescindir daquele, uma vez que, como

exposto, com autoridade, pelo Papa João Paulo II “o trabalho constitui uma dimensão fundamental do homem sobre a terra”²⁰.

Assim sendo, se o meio ambiente que a Constituição Federal quer ver preservado é aquele *ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida* (art. 225, *caput*), então o homem, a natureza que o cerca, a localidade em que vive, o local onde trabalha, não podem ser considerados como compartimentos fechados, senão como “átomos de vida”, integrados na grande molécula que se pode denominar de “existência digna”. Rodolfo Mancuso esclarece que:

*“o ‘conceito holístico de meio ambiente’ não se compadece com situações em que os recursos naturais venham (muito justamente) preservados, mas sem que o ser humano ali radicado seja objeto de iguais cuidados, como quando se vê constrangido a trabalhar em condições subumanas, perigosas, insalubres, degradantes, excessivamente estressantes ou ainda percebendo remuneração irrisória, contrariando a sabedoria popular de que ‘o trabalho é meio de vida e não de morte...’ ”.*²¹

E é dentro desta perspectiva de direito essencial ao alcance da boa qualidade de vida, constitucionalmente garantida, ou seja como direito fundamental²², que se pretende enfocar a necessidade de equilíbrio no meio ambiente do trabalho, em termos de proteção dos direitos à vida e à dignidade do trabalhador, principalmente porque “antes de mais nada o trabalho é ‘para o homem’ e não o homem ‘para o trabalho’ ”²³.

1.2 - CONCEITO.

Segundo o magistério de Celso Fiorillo e Marcelo Rodrigues, “o conceito de meio ambiente é unitário, na medida em que é regido por inúmeros princípios, diretrizes e objetivos que compõem a Política Nacional do Meio Ambiente”²⁴. Todavia, esclarecem os citados autores que quando se refere à **classificação** ou, como prefere José Afonso da Silva, aos “**aspectos**”²⁵ do meio ambiente, não se está pretendendo fazer um “esquartejamento do conceito de meio ambiente”²⁶. Ao contrário, visa-se apenas evidenciar, dentro de um critério didático, que as agressões ao meio ambiente podem ocorrer, de maneira mais marcante, em algumas das facetas que o meio ambiente possui, ou seja, busca-se uma maior identificação entre a atividade degradante e o bem imediatamente agredido. É sob este prisma que tentaremos conceituar um dos quatro aspectos significativos do meio ambiente apontados por José Afonso da Silva: o meio ambiente do trabalho.

Iniciaremos com a lição de Amauri Mascaro Nascimento, ao asseverar que:

“O meio ambiente do trabalho é, exatamente, o complexo máquina-trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho etc.”²⁷.

Com o devido respeito ao entendimento esposado pelo renomado autor, ousamos fazer algumas ressalvas ao conceito ora apresentado. Este, a nosso ver, privilegia uma expressão que culmina por nublar a verdadeira extensão do sentido do meio ambiente do trabalho, notadamente: **“as edificações do estabelecimento”**.

Acompanhando-se o sentido do conceito apresentado, imperiosa se faz uma indagação: Será que o meio ambiente de trabalho só é caracterizável dentro das instalações de uma empresa, estando limitados a esta os prováveis danos à saúde do trabalhador e ao meio ambiente como um todo? Parece-nos ser negativa a resposta.

Cumpramos ressaltar, desde logo, que o meio ambiente de trabalho não está adstrito às “edificações do estabelecimento”, como aponta, inicialmente, Amauri Mascaro. Muitos trabalhadores exercem suas atividades em local distinto das edificações da empresa. Tomemos o exemplo dos condutores de transportes coletivos urbanos (ônibus, metrô, trem), dos pilotos de aeronaves e dos eletricitários que atuam, em vias públicas, na manutenção de redes elétricas, apenas para referirmos alguns.

Neste mesmo sentido observa, com acuidade, Júlio César da Rocha:

“É possível conceituar o meio ambiente do trabalho como a ambiência na qual se desenvolvem as atividades do trabalho humano. Não se limita ao empregado; todo o trabalhador que cede a sua mão-de-obra exerce sua atividade em um ambiente de trabalho. Diante das modificações por que passa o trabalho, o meio ambiente laboral não se restringe ao espaço interno da fábrica ou da empresa, mas se estende ao próprio local de moradia ou ambiente urbano”²⁸ (grifamos).

Em uma análise ampla podem ser destacados vários fatores que interferem no bem-estar do empregado. Não só o posto de trabalho, mas tudo que está a sua volta: o ambiente de trabalho. “E não é só o ambiente físico, mas todo o complexo de relações humanas na empresa, a forma de organização do trabalho, sua duração, os ritmos os turnos, os critérios de remuneração, as possibilidades de progresso, a satisfação dos trabalhadores etc.”²⁹

Franco Giampietro que, inclusive, tem definição endossada por José Afonso da Silva³⁰, declara que:

“L'ambiente di lavoro come complesso di beni immobili e mobili di pertinenza di un'impresa o di una società, eppertanto come oggetto di diritti soggettivi privati, nonché i diritti inviolabili della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori, che lo frequentano, possono, peraltro, essere aggrediti e lesi da attività inquinante, proveniente da altra azienda o da insediamento civile di terzi”³¹.

Destaque-se que este “complexo”, citado por Giampietro, pode ser agredido e lesado tanto por fontes poluidoras externas como internas, provenientes de outras empresas ou de outros estabelecimentos civis de terceiros, trazendo à tona a questão da responsabilidade pelo dano³², que não será abordada no presente trabalho dada à limitação temática proposta para o mesmo e imprescindível para um estudo que se propõe científico³³.

Dando corpo à defesa da tese de interligação entre os aspectos do meio ambiente, temos a abalizada lição de José Afonso da Silva:

“A proteção de segurança do meio ambiente de trabalho significa proteção do meio ambiente e da saúde das populações externas aos estabelecimentos industriais, já que um meio ambiente interno poluído e inseguro expõe a poluição e insegurança externa”³⁴.

Completa e, por isso, parece-nos mais adequada, é a definição dada por Rodolfo de Camargo Mancuso ao apontar o meio ambiente do trabalho como “habitat laboral, isto é, tudo que envolve e condiciona, direta e indiretamente, o local onde o homem obtém os meios para prover o quanto necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento, em equilíbrio com o ecossistema”. E arremata o autor, declarando que “a ‘contrario sensu’, portanto, quando aquele ‘habitat’ se revele inidôneo a assegurar as condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, aí se terá uma lesão ao meio ambiente do trabalho”³⁵.

Por todo o exposto, em nível doutrinário, já parece estar assegurada a autonomia conceitual do meio ambiente do trabalho, ou seja, o “habitat laboral” no qual o trabalhador deve encontrar meios com os quais há de prover a sua **existência digna**, proclamada por nossa Carta Magna (art. 1º, III). Cumpramos ressaltar, todavia, uma vez mais, utilizando as palavras de Simone Louro, que “a concepção de meio ambiente do trabalho não pode ficar restrita a relação obrigacional, nem ao limite físico da fábrica, já que saúde é tópico de direito de massa e o meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é direito constitucionalmente garantido”³⁶.

1.3 - NATUREZA JURÍDICA.

A clássica divisão do direito positivo em público e privado, oriunda do Direito Romano, nasceu em uma época em que existiam dois pólos referenciais distintos: O Estado e o indivíduo. Qualquer lide, então, tinha um enfoque eminentemente individualístico, quase sempre do tipo Tício versus Caio.

A “consciência do coletivo”, referida por Mancuso³⁷, só foi adquirida, com a evolução histórica, quando os indivíduos passaram a perceber que, isoladamente, aniquilavam-se em suas fraquezas, mas, reunidos em grupos com anseios em comum, ganhavam força e, conseqüentemente, capacidade de influir junto aos centros de decisões estatais.

Como efeito reflexo a esta “descoberta”, os Estados, então emergentes, lutaram contra o crescimento destes “interesses coletivos”, materializados na forma de grupos de indivíduos unidos por um vínculo ou interesse em comum, com receio de que eles se fortalecessem em demasia e, então, fracionassem e debilitassem a estrutura estatal. Um dos exemplos clássicos deste esforço estatal no sentido de obstaculizar a organização dos interesses em comum foi a Lei “Le Chapelier”, na França de 1791, que proibia a formação de grupos com mais de 20 pessoas³⁸.

Mancuso, com habitual argúcia, assevera que “afigura-se inútil o ignorar ou o minimizar os interesses coletivos e os grupos; isso seria, ao mesmo tempo, desconhecer a natureza humana e lutar contra o inevitável”. Esclarece o autor que “dado que o homem é gregário, os interesses individuais tendem naturalmente, a aproximar-se de outros interesses individuais compatíveis, com vistas à proteção mútua e melhoria das possibilidades de sucesso para todos. Quer dizer, o processo de formação de interesses coletivos é constante e inevitável”³⁹.

A história evoluiu e, a partir de 1975, os processualistas modernos, dentre os quais destaca-se o italiano Mauro Cappelletti, começaram a se preocupar com um tipo de lesão que, até então, não possuía destaque no mundo jurídico: as chamadas lesões de massa⁴⁰, intrínsecas às sociedades modernas, oriundas das complexas relações econômicas, sociais e políticas. Destarte, passaram as relações jurídicas contemporâneas do meramente individual para o social e/ou coletivo.

Em face da constatação da insuficiência da velha dicotomia público/privado e, principalmente, como conseqüência inevitável da rebelião das massas, como diz Ortega y Gasset⁴¹, ou da multiplicação dos direitos como menciona Bobbio⁴², ou ainda da massificação social apontada por Mauro Cappelletti⁴³, começou a ser construída a compreensão de uma categoria intermediária entre público e privado, os interesses ou direitos metaindividuais denominados **difusos**⁴⁴.

Sucintamente, face às considerações supra, uma divisão desde logo pode ser apontada: de um lado os interesses privados, individuais, com sua natureza “egoística”, e, de outro, os interesses ou direitos metaindividuais, “estes compreensivos dos interesses que deparam a órbita da atuação individual, para se projetarem na ordem coletiva, vale dizer: sua finalidade é altruística”⁴⁵.

No que concerne ao tema objeto deste trabalho, Cappelletti declara que “em particular o direito ao ambiente natural e ao respeito às belezas monumentais, o direito à saúde e à segurança nacional (...), todos esses direitos, que nunca foram colocados em qualquer legislação progressista, têm **caráter difuso**, pertencem à coletividade”⁴⁶ (grifamos).

Pedro Paulo Teixeira Manus define, com clareza habitual, o interesse ou direito difuso como sendo “aquele que transcende o direito individual, sendo indivisível e cujos titulares não podem ser individualizados”⁴⁷.

Os interesses ou direitos difusos pertencem ao gênero de interesses meta ou transindividuais, aí compreendidos aqueles que transpõem a linha do individual, para se inserirem num contexto global, em uma ordem coletiva latu sensu. Lembra Mancuso que “neste campo, o primado recai em valores de ordem social, como ‘o bem comum’, a ‘qualidade de vida’, os ‘direitos humanos’ etc.”⁴⁸.

Ressalte-se desde logo a íntima relação das características entre os direitos difusos com os chamados direitos fundamentais de terceira geração⁴⁹. Aqueles, segundo Mancuso, são marcados pela indeterminação dos sujeitos/indivisibilidade do objeto⁵⁰. Estes, de certa forma, também. Os direitos enfeixados nesta geração (meio ambiente, saúde, qualidade de vida) não possuem um titular definido, em termos de exclusividade. Tais direitos fundamentais, tal qual os interesses difusos, “constituem a ‘reserva’, o ‘arsenal’ dos anseios e sentimentos mais profundos que, por serem necessariamente referíveis à comunidade ou a uma categoria como um todo, são insuscetíveis de apropriação à título reservado”⁵¹.

O direito ao meio ambiente equilibrado, aí incluído o do trabalho, surge dentre os novos padrões de conflituosidade, como direito de todos e de ninguém – em termos exclusivos – ao mesmo tempo, ou seja, difuso de titulares indetermináveis.

Observe-se, todavia, que os interesses difusos, por pertencerem a uma coletividade, não podem ser considerados, sem ressalvas, como *res nullius*, coisa de ninguém – por não possuírem titulares determinados – mas, ao contrário, são, em resumo, *res omnium*, coisa de todos⁵².

Também se afigura como coisa de todos o meio ambiente do trabalho, quando considerado que umbilicalmente ligado ao mesmo estão os direitos à saúde, segurança e qualidade de vida do trabalhador. Ou seja, “o equilíbrio do

meio ambiente de trabalho e a plenitude da saúde do trabalhador, constitui direito essencialmente difuso, inclusive porque a tutela tem por finalidade a proteção da saúde, que, sendo direito de todos, de toda a coletividade, caracteriza-se como um direito eminentemente metaindividual”⁵³.

Celso Antonio Fiorillo, ao abordar o tema meio ambiente do trabalho, obtempera:

“Neste, o objeto jurídico tutelado é a saúde e segurança do trabalhador, qual seja da sua vida, na medida que ele, integrante do povo, titular do direito ao meio ambiente, possui direito à sadia qualidade de vida. O que se procura salvaguardar é, pois, o homem trabalhador, enquanto ser vivo, das formas de degradação e poluição do meio ambiente onde exerce o seu labuto, que é essencial à sua qualidade de vida. Trata-se, pois, de um direito difuso”⁵⁴ (grifamos).

Definida a natureza do meio ambiente do trabalho como difusa, cumpre destacar que a mesma advém da circunstância dos titulares do direito não estarem ligados por qualquer *liame jurídico*, mas sim *de fato*. Neste sentido, Mancuso destaca que “se quer realmente tutelar os interesses difusos, não se lhes pode impor a exigência sine qua non da ‘organização’; não se lhes pode exigir que se apresentem adrede aglutinados em torno de um *ente esponenziale* personificado”⁵⁵.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu art. 81, parágrafo único, contém, expressamente, as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com objetivo de dirimir a confusão, até então reinante, entre os direitos difusos e os demais direitos metaindividuais. Tomemo-lo *in verbis*:

“Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeitos deste código os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

A partir da conceituação legal, torna-se mais fácil o estabelecimento de diferenças nítidas entre os tipos de interesses metaindividuais.

Pedro Paulo Teixeira Manus entende que:

“No âmbito do Direito do Trabalho, fica clara a distinção entre direitos individuais e coletivos. Toda vez que se cogita de direitos que transcendem o plano individual e que, portanto, são indivisíveis, cogitamos de direito coletivo. São expressos, normalmente, pelas cláusulas constantes de acordos ou convenções coletivas, no caso de negociação direta entre empregados e empregadores, exprimindo uma forma de autocomposição de um conflito coletivo de trabalho”⁵⁶.

Com relação ao meio ambiente do trabalho, entretanto, no qual os interesses envolvem, com maior frequência, categorias ou grupos de trabalhadores, cujos direitos são denominados habitualmente de coletivos stricto sensu, mister faz-se diferenciá-los dos direitos que também abrangem coletividades, denominados difusos.

Nas duas modalidades de interesses marcadamente coletivos, os difusos e os coletivos stricto sensu, o traço diferenciador assenta-se na determinabilidade da titularidade. Para os interesses difusos a titularidade é de comunidade indeterminável, enquanto que, para os coletivos observa-se a titularidade de categoria ou grupo determinável.

Apesar desses delineamentos conceituais, é imperioso reconhecer que um interesse metaindividual, como gênero, pode enquadrar uma ou outra de suas espécies – difuso, coletivo, individual homogêneo – segundo a trilogia adotada no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, propiciados por uma mesma ocorrência fático-jurídica, dependendo da óptica em que se coloque o observador e do “grau de coletivização” que tenha alcançado. É Mancuso que nos apresenta um exemplo dentro do tema meio ambiente:

“a questão da utilização, numa determinada lavoura, de certo herbicida potencialmente perigoso ao homem: se o que pretende preservar é a saúde humana, genericamente ameaçada ou lesada pela indevida ou excessiva utilização do citado agrotóxico na agricultura, esse interesse será difuso; se o que se tem em vista são as condições de segurança e higiene de uma dada categoria de trabalhadores (no exemplo, os trabalhadores rurais na colheita de cana), o interesse se revela coletivo em sentido estrito; finalmente, se o de que se trata é da reparação pelos danos concretamente causados à saúde dos trabalhadores intoxicados por aquele produto, se estará falando de interesses individuais homogêneos”⁵⁷.

Essa “superposição de planos”, mencionada por Mancuso, teve seu cerne captado pela Súmula de Entendimento n. 6, do Conselho Superior do Ministério Público:

“Em matéria de dano ambiental provocado por fábricas urbanas, além das eventuais questões atinentes ao direito de vizinhança, a matéria pode dizer respeito à qualidade de vida dos moradores da região (interesses individuais homogêneos), podendo ainda interessar a toda a coletividade

(interesse difuso no controle das fontes de poluição da cidade, em benefício do ar que todos respiram)”⁵⁸.

Entretanto, reconhecemos a necessidade de que, ao menos substancialmente, a natureza de um direito seja definida e revelada. Assim sendo, enquanto não atingir um grau de coordenação, ou seja, não ficar organizado em termos de titulares, o direito ao meio ambiente do trabalho pode ser classificado como sendo essencialmente difuso.

1.4 - TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Como já exposto alhures, “o conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante”⁵⁹, ou seja, com a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”⁶⁰.

Como se vê, a idéia de desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas, transmitida pelo art. 225 e incisos da Constituição Federal, realça a necessidade de interação do homem com o mundo natural, para que, num dado ecossistema, não se perca de vista que o ser humano ali radicado tem tanto direito à vida quanto a fauna e flora ali ocorrentes. Sucintamente, a necessária defesa do tamanduá-bandeira⁶¹ ou do mogno⁶² em determinada região do País, deve ser gerenciada de modo a que haja igual preocupação com o homem ali vivente⁶³.

Neste diapasão, é possível concluir-se que o bem maior a ser tutelado é a vida saudável e, considerando esta premissa, assim como os aspectos do meio ambiente ressaltados na própria Carta Constitucional (natural, cultural, trabalho e artificial), podemos dizer, seguindo a classificação de Celso Fiorillo⁶⁴, que o meio ambiente, na Constituição de 1988, recebe uma tutela **mediata** e outra **imediata**. É sob este prisma que analisaremos, em princípio, a tutela constitucional do aspecto do meio ambiente que é objeto da presente dissertação: o meio ambiente do trabalho.

Ante o exposto, podemos dizer que o meio ambiente do trabalho encontra tutela mediata no próprio art. 225, *caput*, da Constituição de 1988, quando estabelece que “o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. O meio ambiente, no referido dispositivo constitucional, é considerando em todos os seus aspectos, inclusive o do meio ambiente do trabalho.

Todavia, o legislador constituinte não parou por aí; o meio ambiente de trabalho também foi agraciado com tutela imediata, sendo inclusive previsto de forma **expressa**, como se infere do inciso VIII, art. 200, que trata da tutela da saúde (art. 196 da CF):

“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: ...

VIII – colaborar com a proteção do meio ambiente, **nele compreendido o do trabalho**” (grifamos).

A tutela mediata do meio ambiente do trabalho também se verifica através da previsão do direito à saúde, apontada em vários momentos na Constituição Federal de 1988. O tema “saúde” encontra guarida nas disposições gerais da seguridade social, na medida em que esta “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194).

Preconiza a Carta Magna que a saúde “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas” e tendo por objetivo assegurar a redução do risco de doença e de outros agravos (art.196). Sendo a saúde “direito de todos”, conseqüentemente, também é direito do trabalhador.

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, conforme estabelece o art. 197 da Constituição da República.

A Carta Magna elenca, ainda, diversos dispositivos que tratam ou interferem na compreensão constitucional do direito à saúde, notadamente os artigos 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30,127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 216, 218, 220, 225, 227, e 230.

1.5 - GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.

Como foi exposto, o meio ambiente do trabalho saudável e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca agressão a toda a sociedade na medida em que esta, em última instância, é quem custeia a Previdência Social, mantenedora de benefícios relacionados a acidentes de trabalho ou doenças profissionais equiparadas aos mesmos.

Resta claro, então, que os direitos fundamentais, entre eles o direito a um meio ambiente laboral equilibrado, precisam, como defendido por Bobbio⁶⁵, de **efetivação**. Tais direitos, como adverte Celso Bastos, “tornar-se-iam letra morta se não fossem acompanhados de ações judiciais que pudessem conferir-lhes uma eficácia compatível com a própria relevância dos direitos segurados”⁶⁶.

Segundo Celso Bastos⁶⁷ essas ações judiciais que visam garantir a efetivação dos **direitos fundamentais** são as **garantias fundamentais**, previstas constitucionalmente. O autor lembra, que apesar de parcela da

doutrina utilizar as expressões direitos e garantias fundamentais como sinônimas, estas têm significado distinto.

José Afonso da Silva, lembrando Maurice Hauriou, afirma não bastar que “um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”⁶⁸, concluindo, com lição de Rui Barbosa, que: “uma coisa são os *direitos*, outras as *garantias*, pois devemos separar, ‘no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder’ ”⁶⁹. No entender do autor, aquelas consagram *direitos*; estas, por sua vez, as *garantias*.

Meirelles Teixeira, ao tratar de direitos e garantias fundamentais, deixa claro que estas são “dispositivos constitucionais que não declaram, *não configuram qualquer direito específico*, nenhum *bem jurídico*, ou *esfera de liberdade* mas contêm apenas *técnicas* ou *remédios* jurídicos destinados à proteção dos direitos individuais”⁷⁰ (ou direitos fundamentais, conforme a nomenclatura da Constituição de 1988).

Apesar de todo o exposto, com relação à posição da doutrina quanto aos sentidos distintos de direitos e garantias fundamentais, cumpre registrar a ressalva feita por Canotilho, ao advertir que: “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção de direitos – distinguindo, no âmbito da Constituição Portuguesa, entre meios de defesa jurisdicionais e não jurisdicionais”⁷¹. Neste mesmo sentido aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “as próprias garantias em sentido estrito são de determinado ângulo direitos fundamentais. Sim porque há um direito (...) a recorrer ao Judiciário, a impetrar mandado de segurança ou requerer *habeas corpus*. São direitos subjetivos à garantia: direitos-garantia, portanto”⁷².

Celso Bastos pontua que as garantias constitucionais, “nada obstante também se constituírem em direitos, são direitos de ordem processual, são direitos de ingressar em juízo para obter uma medida judicial com força específica ou com celeridade não encontrável nas ações ordinárias”⁷³. Para o autor, a Constituição de 1988 elenca as seguintes garantias constitucionais: o *Habeas Corpus*; o Mandado de Segurança Individual e Coletivo; o Mandado de Injunção; a Ação Popular; *Habeas Data* e a Ação Civil Pública⁷⁴.

Com relação ao meio ambiente do trabalho, apesar dos avanços expressivos da Constituição de 1988, criando o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*, cumpre destacar um instrumento jurídico que também não constava de nossas Constituições anteriores mas já era disciplinado pela Lei nº 7347/85: a ação civil pública.

Esta ação ganhou com a Constituição de 1988 status constitucional, incluída a sua promoção entre as funções institucionais do Ministério Público (art. 129, III). A ação civil pública tem sido utilizada largamente como meio de proteção do meio ambiente do trabalho, tanto no trato preventivo quanto no de reparação do dano perpetrado.

Cumpre destacar a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho no sentido de que a ação civil pública, assim como a ação popular, “não é verdadeiramente uma garantia constitucional, mas faz as vezes de na hipótese consagrada no art. 129, III: ‘Para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’ ”⁷⁵.

Abstraída esta questão semântica, é inegável a contribuição da ação civil pública para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado, o que, sem dúvida, atribui-lhe o sentido de “garantia fundamental”. No mais, o § 2º do art. 5º da Constituição é claro ao preconizar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)” (grifamos), sendo, portanto, totalmente pertinente a classificação da ação civil pública como garantia fundamental.

1.6 - CONCLUSÃO.

O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (CF, art. 200, inc. VIII), de modo que não há como se falar em “sadia qualidade de vida” (CF, art. 225, caput) se não houver qualidade de trabalho, nem se pode atingir o meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando-se o aspecto do meio ambiente do trabalho.

O sentido da expressão “qualidade de vida”, mencionada na Constituição Federal, transpõe a idéia de um naturalismo reducionista (que restringe os problemas ambientais ao meio físico, vegetal e animal), considerando o ser humano como uma espécie que precisa ser preservada, fincando o fato de que o meio ambiente não diz respeito à natureza isolada, estática. É imperiosa a integração da mesma à vida do homem social nos aspectos relacionados à produção, ao trabalho, e, especificamente, ao seu meio ambiente de trabalho.

Neste sentido, a essencialidade da proteção do meio ambiente de trabalho, como etapa importante para o equilíbrio do meio ambiente geral, toma corpo, porque, normalmente, o homem passa a maior parte de sua vida útil no trabalho, exatamente no período da plenitude de suas condições físicas e mentais.

Ressalte-se, que não só o local de trabalho, mas também o ambiente que cerca o mesmo tem relação determinante com a saúde e dignidade no

desenvolvimento da atividade laboral. A busca de ambientes ecologicamente equilibrados deve compreender, não só condições adequadas de trabalho, mas também moradia, educação e saúde.

A exigência da dignificação das condições de trabalho, consignada na Constituição de 1988, inverte uma ordem de prioridade histórica, colocando o homem como valor primeiro a ser preservado, em função do qual trabalham os meios de produção. Esta dignidade prevista no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal, tem como enfoque o ser humano-trabalhador e é essencial, assim como as condições de trabalho saudáveis, para alcançar-se o equilíbrio no meio ambiente de trabalho. O próprio art. 170 da Constituição, que trata sobre a ordem econômica, deixa clara a prevalência do homem sobre os meios de produção, na medida em que preconiza “a valorização do trabalho humano”.

Todavia, não basta que um direito seja reconhecido ou declarado como relevante ou fundamental, há que garantir, acima de tudo, a sua eficácia. Neste particular, surgem instrumentos jurídicos disponibilizados pela Constituição: as garantias fundamentais (mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, ação popular, habeas data e ação civil pública).

Para que se alcance a eficácia do direito ao trabalho em condições dignas, através dos remédios constitucionais, é essencial que se cultive, principalmente nos magistrados trabalhistas, a convicção da importância da garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Não pode o magistrado manusear o processo como uma máquina, sem enxergar que por detrás das páginas dos autos existe uma vida humana que merece ser tratada com respeito e dignidade.

REFERÊNCIAS

- ¹ Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação do Curso de Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).
- ² Compilação de temas abordados na obra Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental, São Paulo, LTr, 2001.
- ³ A era dos direitos, pp. 67 ss. O autor ressalta, em sua instigante obra – p.5 – que os direitos, notadamente os “direitos do homem” (fundamentais), são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. Assevera, ainda, que esses direitos nasceram de modo gradual, “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.
- ⁴ Um mundo marcado pela globalização, cuja tendência é a “universalização dos direitos fundamentais”, como ressalta Paulo Bonavides – Curso de Direito Constitucional, p. 524.
- ⁵ Segundo Norberto Bobbio – op. cit., pp. 11-12 – a figura dos direitos de terceira geração foi introduzida na literatura cada vez mais ampla sobre os “novos direitos”, destacando ainda que, no artigo “Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre”, Jean Rivera inclui entre esses direitos os direitos de solidariedade, o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, a um ambiente protegido e à comunicação. Sobre o mesmo tema, Celso Lafer – A reconstrução dos direitos humanos, p. 131 – fala dos direitos de terceira geração, considerando-os, sobretudo, como direitos cujos sujeitos não são indivíduos mas grupos humanos, como família, o povo, a nação e a própria humanidade.

O processo de evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais, entre eles os de terceira geração, é analisado, de forma detida, no Capítulo II da presente dissertação.

- ⁶ Norberto Bobbio, op. cit., p. 6.
- ⁷ Antônio Geraldo da Cunha, Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.
- ⁸ Novo Dicionário Luso-Brasileiro, Lello & Irmão Ed., 1958.
- ⁹ Antenor Nascentes, Dicionário Ilustrado da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Bloch Edit., 1976.
- ¹⁰ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.
- ¹¹ José Afonso da Silva, Direito Ambiental Constitucional, pp. 1-2. Esclarece o autor que tal “fenômeno” ocorre em função da “necessidade de reforçar o sentido significante de determinados termos, em expressões compostas, e é uma prática que deriva do fato de o termo reforçado ter sofrido enfraquecimento no sentido a destacar, ou, então, porque a sua expressividade é mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, a idéia que a linguagem quer expressar. Esse fenômeno influencia o legislador, que sente a imperiosa necessidade de dar, aos textos legislativos, a maior precisão significativa possível, daí por que a legislação brasileira, incluindo normas constitucionais, também vem empregando a expressão meio ambiente, em vez de ambiente apenas”.
- ¹² José Afonso da Silva, Direito Ambiental Constitucional, pp. 3-4.
- ¹³ “I – meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto); II – meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou se impregnou; III – meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam”. José A. da Silva, op. cit., p. 3.
- ¹⁴ Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável, p. 26.
- ¹⁵ Ibidem, mesma página.
- ¹⁶ José Afonso da Silva – Direito Ambiental Constitucional, p. 3 – ao definir o meio ambiente natural, assevera: “é este o aspecto do meio ambiente que a Lei n. 6.938 de 31.8.1981, define, em seu art. 3º”.
- ¹⁷ Ibidem, p. 54.
- ¹⁸ Prier, Michel. Droit de l'environnement. Dalloz, 1991, pp. 13 e ss., apud Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável, p. 26.
- ¹⁹ Direito Ambiental Constitucional, p. 5.
- ²⁰ Encíclica Laborem Exercens. In “Encíclicas do Papa João Paulo II”, p.98.
- ²¹ Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Civil Pública Trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos, p.57.
- ²² A problemática dos direitos fundamentais é analisada no Capítulo II da presente dissertação.
- ²³ Papa João Paulo II, Encíclica Laborem Exercens, in “Encíclicas do Papa João Paulo II”, p. 111.
- ²⁴ Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável, p. 53.
- ²⁵ José Afonso da Silva, Direito Ambiental Constitucional, pp. 3-4.
- ²⁶ Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, op. cit., p. 54.
- ²⁷ Amauri Mascaro Nascimento. A defesa processual do meio ambiente do trabalho, p.584.
- ²⁸ Júlio César de Sá da Rocha, Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho, p. 30.
- ²⁹ Sebastião Geraldo de Oliveira, op. cit., p. 82.
- ³⁰ Direito Ambiental Constitucional, p. 5.
- ³¹ “O meio ambiente do trabalho é o complexo de bens imóveis e móveis pertencentes a uma empresa ou de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados, e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores, que o frequentam” Franco Giampietro, La responsabilità per danno all'ambiente – profili amministrativi, civili e penali, p. 113.

- ³² A responsabilidade pelo dano ambiental é norteada pela Teoria da Responsabilidade Objetiva. A Lei de Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) estabeleceu a responsabilidade objetiva ao poluidor que prescinde da existência de culpa para reparar o dano ambiental. Segundo Júlio Cesar de Sá da Rocha – Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho, p. 66 – “da mesma forma, é irrelevante a licitude da atividade e não há que se falar em qualquer excludente de responsabilidade. O poluidor deve assumir o risco integral de sua atividade. Ademais, a própria Constituição Federal (art. 225, § 3º) não exige conduta alguma para a responsabilidade do dano ambiental. Ocorrendo o dano, é necessário que se repare a lesão ao bem ambiental tutelado”.
- ³³ Luiz Antonio Rizzato Nunes, em seu Manual da Monografia Jurídica (pp. 5-14), elenca sete regras em que se deve pautar a escolha do tema de uma obra jurídica, dentre as quais destaca-se a necessidade de limitação do tema, esclarecendo o autor que “o tema levado ao máximo de redução permite uma concentração da pesquisa e um aprofundamento de seu conteúdo” (p.8).
- ³⁴ José Afonso da Silva, Direito ambiental constitucional, p.5.
- ³⁵ A ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos, p. 59. Nesta mesma página, o autor obtempera que o meio ambiente do trabalho há de ser assegurado de três maneiras: “a) numa instância primária, pelo próprio obreiro, quando ele mesmo obtém e maneja os instrumentos adequados à sua atividade, organiza seu local de trabalho, enfim, provê por conta própria os meios pelos quais pretende levar a bom termo seu empreendimento: trabalhador autônomo, o profissional liberal, o hoje chamado ‘microempresário’, o homem de negócios; b) num outro plano, a implementação do adequado ‘meio ambiente do trabalho’ passa a depender de atividade alheia, seja o dono da obra, o empresário que, auferindo a vantagem do negócio deve arcar com o ônus correspondente (os chamados ‘custos sociais’ da mão-de-obra), seja o próprio Sindicato, enquanto entidade encarregada da defesa e representação institucional de uma certa categoria laboral; seja, enfim, o Estado-fiscalizador, através de seus órgãos voltados à segurança e higiene do trabalho; c) numa instância substitutiva ou supletiva, o meio ambiente laboral haverá de ser assegurado, impositivamente, pela Justiça do Trabalho, quando no exercício da jurisdição coletiva em sentido largo, ou ainda no âmbito de seu poder normativo (dissídios coletivos, ‘ações de cumprimento’), estabelece novas condições para o exercício do trabalho de certas ‘categorias’”.
- ³⁶ Simone Fritschi Louro, Mandado de Segurança Coletivo e o Meio Ambiente do Trabalho. Monografia do Curso de Direito Ambiental II, PUC-SP, 1995, p. 31 apud Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável, pp. 66-67.
- ³⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso, Interesses Difusos, p. 34.
- ³⁸ Ibidem, p. 35.
- ³⁹ Ibid., pp. 37-38.
- ⁴⁰ Mauro Cappelletti, Acesso à Justiça, passim.
- ⁴¹ Ortega y Gasset, La rebelión de las masas, apud Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Direito Processual Ambiental Brasileiro, p. 85.
- ⁴² Norberto Bobbio, A era dos direitos, pp. 68-69.
- ⁴³ Mauro Cappelletti, op. cit., passim.
- ⁴⁴ Mauro Cappelletti – Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, pp. 7 ss. – observa que “entre o público e o privado criou-se um abismo preenchido pelos direitos metaindividuais”. Sobre o tema ver de Rodolfo de Camargo Mancuso, Interesses difusos: conceito e legitimação para agir e de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro.
- ⁴⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, Interesses Difusos, pp. 70-71.
- ⁴⁶ Mauro Cappelletti, Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, p. 131.
- ⁴⁷ A substituição processual pelo Sindicato no Processo do Trabalho, p. 157.
- ⁴⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 120.
- ⁴⁹ Os direitos fundamentais, aí incluídos os de terceira geração, são objeto de análise criteriosa realizada no Capítulo II deste trabalho.

- ⁵⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Civil Pública Trabalhista, p. 54.
- ⁵¹ Ibidem, p. 121.
- ⁵² Segundo Rodolfo Mancuso – Interesses Difusos, p. 67 – os interesses difusos possuem as seguintes características básicas:
- a) indeterminação de sujeitos – derivada do fato de que não há vínculo jurídico a aglutinar os sujeitos afetados (relação jurídica base de que fala o Código do Consumidor). Assim, os sujeitos se agregam ocasionalmente, em face de situações de fato (por morarem em determinada região, consumirem determinado produto);
- b) indivisibilidade do objeto – porque não podem ser rateados em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos predeterminados. Sob esta ótica, os interesses difusos são uma espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, obrigatoriamente, a satisfação de todos, assim como a lesão de um, configura a lesão da coletividade inteira;
- c) “intensa litigiosidade interna” – visto que não se trata de controvérsias envolvendo situações jurídicas específicas (do tipo A se julga credor de B, que resiste àquela pretensão), mas de litígios que envolvem verdadeiras “escolhas políticas”. Por exemplo, a proteção dos recursos ambientais conflita com os interesses da mineradora e, conseqüentemente, com os interesses dos garimpeiros para a manutenção de suas atividades;
- d) “transição ou mutação no tempo e espaço” – derivando do fato do vínculo entre as pessoas ser mutável, podendo desaparecer ou diminuir conforme o tempo.
- ⁵³ Júlio César de Sá da Rocha, Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho, p. 32.
- ⁵⁴ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável, p. 66.
- ⁵⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, Interesses Difusos, pp. 122-123.
- ⁵⁶ Pedro Paulo Teixeira Manus, A substituição processual pelo Sindicato no Processo do Trabalho, p. 160.
- ⁵⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Civil Pública Trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos, p.55.
- ⁵⁸ Ibidem, pp. 55-56.
- ⁵⁹ José Afonso da Silva, Direito Ambiental Constitucional, p. 2.
- ⁶⁰ Ibidem, mesma página
- ⁶¹ Espécie da fauna brasileira ameaçada de extinção. Fonte: IBAMA 1998, apud Almanaque Abril 1999, p.127.
- ⁶² Espécie da flora brasileira ameaçada de extinção. Fonte: IBAMA 1988, apud Almanaque Abril 1999, p.126.
- ⁶³ Grande avanço é demonstrado, na matéria ambiental, pela Constituição de 1988 em relação às suas predecessoras, uma vez que as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda Constitucional nº 1/69 (Constituição de 1969) não preconizaram, de maneira expressa, dispositivo de proteção ao meio ambiente. Ressalte-se, todavia, a existência de menções em alguns textos constitucionais sobre os bens ambientais, tal qual na Constituição de 1969 (parágrafo único do art. 180), que dispunha: “Ficam sob a proteção especial do poder público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”
- ⁶⁴ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável, pp. 54 ss.
- ⁶⁵ Norberto Bobbio, A era dos direitos, 12.
- ⁶⁶ Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Constitucional, p. 210.
- ⁶⁷ Ibidem, mesma página.
- ⁶⁸ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 183.
- ⁶⁹ Ibidem, mesma página.
- ⁷⁰ José Horácio Meirelles Teixeira, Curso de Direito Constitucional, pp. 231-232.
- ⁷¹ J.J. Gomes Canotilho, Curso de Direito Constitucional, pp. 532 ss.
- ⁷² Direitos Humanos Fundamentais, p. 33.
- ⁷³ Celso Ribeiro Bastos, Celso Ribeiro Bastos, op. cit., pp. 231-258.
- ⁷⁴ Celso Ribeiro Bastos, op. cit., pp. 231-258.
- ⁷⁵ Direitos Humanos Fundamentais, p. 154.

CRÍTICAS À TEORIA DAS GERAÇÕES (OU MESMO DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

George Marmelstein Lima¹
Juiz Federal – SJ/CE

SUMÁRIO: 1. Um despretenso discurso; 2. As Críticas; 2.1. Uma geração não substitui a outra; 2.2. Ausência de verdade histórica; 2.3. Perigosa e falsa dicotomia; 2.4. A indivisibilidade dos direitos fundamentais; 3. Pode-se falar em dimensões dos direitos fundamentais? 4. Conclusão. Bibliografia.

1. UM DESPRETENSOSO DISCURSO

No ano de 1979, proferindo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, o jurista Karel VASAK utilizou, pela primeira vez, a expressão “gerações de direitos do homem”, buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

De acordo com o referido jurista, a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*)².

O professor e Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado TRINDADE, durante uma palestra que proferiu em Brasília, em 25 de maio de 2000, comentou que perguntou pessoalmente para Karel VASAK por que ele teria desenvolvido aquela teoria. A resposta do jurista tcheco foi bastante curiosa: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu de fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa”.

Portanto, segundo Cançado TRINDADE, nem o próprio VASAK levou muito a sério a sua tese³.

Mesmo assim, esse despretenso discurso logo ganhou fama. Os juristas passaram a repeti-lo e até desenvolvê-lo, como, por exemplo, Noberto BOBBIO, que foi um dos principais responsáveis pela sua divulgação⁴. Aliás, muitos pensam erroneamente que a doutrina das gerações dos direitos fundamentais é de sua autoria.

Novas gerações foram acrescidas à tríade inicial⁵, destacando-se a quarta, desenvolvida pelo Professor Paulo BONAVIDES.

Para o grande constitucionalista brasileiro, o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo comporiam a quarta geração dos direitos fundamentais, “compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” e, somente assim, tornando legítima e possível a tão temerária globalização política⁶.

Em síntese, o quadro das “gerações dos direitos fundamentais” ficou desenhado do seguinte modo:

1ª Geração	2ª Geração	3ª Geração	4ª Geração
Liberdade	Igualdade	Fraternidade	Democracia (direta)
Direitos negativos (não agir)	Direitos a prestações		
Direitos civis e políticos: liberdade política, de expressão, religiosa, comercial	Direitos sociais, econômicos e culturais	Direito ao desenvolvimento, ao meio-ambiente sadio, direito à paz	Direito à informação, à democracia direta e ao pluralismo
Direitos individuais	Direitos de uma coletividade	Direitos de toda a Humanidade	
Estado Liberal	Estado social e Estado democrático e social		

Conforme se demonstrará, apesar da fama que alcançou, a teoria das gerações dos direitos fundamentais não se sustenta diante de uma análise mais crítica, nem é útil do ponto de vista dogmático. Possui, contudo, um inegável valor didático, já que facilita o estudo dos direitos fundamentais, e simbólico, pois induz à idéia de historicidade desses direitos. Além disso, o modelo

baseado nas gerações fornece o alicerce para a construção de uma nova teoria das dimensões dos direitos fundamentais, esta sim importante e útil.

Neste trabalho, busca-se tanto demonstrar o equívoco da teoria das gerações quanto fornecer subsídios para a construção de uma nova teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

2. AS CRÍTICAS

2.1. Uma geração não substitui a outra

A expressão “geração de direitos” tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira. É que o uso do termo “geração” pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante. O processo é de acumulação e não de sucessão.

Além disso, a expressão pode induzir à idéia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, dificultando bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países ditos periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada “primeira geração”.

Por causa disso, a teoria contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, conseqüentemente, de efetividade dos direitos sociais e econômicos, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação.

Até em países desenvolvidos, como os Estados Unidos, ainda não se aceita pacificamente a idéia de que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, apesar de inúmeras Constituições de Estados-membros consagrarem em seus textos direitos dessa espécie.

Naquele país, a própria Suprema Corte norte-americana, na chamada “Era Lochner” (primeiras décadas do século XX), declarou a inconstitucionalidade de diversas leis federais, editadas no período do New Deal, que concediam aos trabalhadores direitos sociais mínimos, como a limitação da jornada de trabalho e pisos salariais. As decisões baseavam-se justamente na idéia de que a “livre iniciativa” ou a “liberdade contratual” era um direito assegurado constitucionalmente, e que o legislador não poderia interferir nessa liberdade, sob pena de violar o “due process of law”, em seu sentido material⁷. Fica subentendido, nessas decisões, que os direitos de primeira geração (liberdade) são mais importantes do que os direitos de segunda geração (igualdade), como se houvesse uma nítida hierarquia entre esses direitos. Interessante notar também que, nesse período, o ativismo

judicial foi bastante intenso, sendo constantemente invocada a cláusula do “*substantial due process*” para impedir o surgimento de direitos sociais, o que demonstra que nem sempre o ativismo judicial é próprio de juízes “revolucionários”...

Como se sabe, essa postura conservadora da Suprema Corte norte-americana foi sendo modificada aos poucos, sobretudo em razão de forte pressão política exercida pelo Presidente Roosevelt. No entanto, até hoje aquele país considera os direitos sociais como direitos de “segunda categoria”. Não é à toa que os Estados Unidos têm-se negado, sistematicamente, a ratificar tratados internacionais de proteção de direitos da segunda e terceira gerações. A esse respeito, informa Fábio Konder COMPARATO que o último tratado internacional de direitos humanos integralmente ratificado pelos Estados Unidos foi o Pacto aprovado pelas Nações Unidas em 1966, sobre direitos civis e políticos. O pacto do mesmo ano sobre direitos econômicos, sociais e culturais foi rejeitado pelo Congresso norte-americano, bem como diversos tratados posteriores, inclusive de cunho ambiental, como o Protocolo de Kioto (1998), que prevê metas para a redução de emissão de gases para a atmosfera. Com isso, os Estados Unidos se tornam, no plano internacional, um Estado fora da lei⁸.

2.2. Ausência de verdade histórica

Além do equívoco acima exposto, que torna até perigosa a teoria das gerações dos direitos fundamentais, já que dificulta a positivação e a efetivação dos direitos sociais e econômicos, bem como dos direitos de solidariedade mundial, a teoria também não retrata a verdade histórica.

A evolução dos direitos fundamentais não segue a linha descrita (liberdade ? igualdade ? fraternidade) em todas as situações. Nem sempre vieram os direitos da primeira geração para, somente depois, serem reconhecidos os direitos da segunda geração.

O Brasil é um exemplo claro dessa constatação histórica. Aqui, vários direitos sociais foram implementados antes da efetivação dos direitos civis e políticos. Na “Era Vargas”, durante o Estado Novo (1937-1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação etc) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados, já que se vivia sob um regime de exceção democrática e a liberdade não saía do papel.

Outro exemplo mais atual dessa falsa idéia de que os direitos de liberdade antecedem historicamente os direitos de igualdade ocorre na China e em Cuba. Nesses países, onde vigora um regime comunista autoritário, não

há proteção aos direitos de liberdade, mas vários direitos de igualdade são proclamados pelo Estado.

Além disso, no plano internacional, os direitos trabalhistas (sociais) surgiram primeiro do que os direitos de liberdade, bastando lembrar que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada logo após a I Guerra Mundial para uniformizar, em nível global, as garantias sociais dos trabalhadores, surgiu antes da Organização das Nações Unidas (ONU). Desse modo, vários tratados reconhecendo direitos sociais foram editados no começo do século XX (1920/1930), ao passo que a Declaração Universal dos Direitos do Homem somente foi editada em 1948.

Por fim, outra afirmação que historicamente não traduz totalmente a verdade é a de que a postura do Estado Liberal sempre foi uma postura meramente passiva. Essa é apenas uma meia verdade, pois, no campo da repressão, o Estado liberal foi bastante ativo, extrapolando, muitas vezes, a proclamada condição de espectador, colocando-se ao lado dos detentores do capital na repressão aos trabalhadores. Era comum o apoio das forças policiais para proteger as fábricas, perseguir e prender lideranças operárias, apreender jornais, destruir gráficas⁹, demonstrado que o discurso liberal era de mão única, protegendo apenas os interesses da burguesia. Quando a liberdade (no caso, a liberdade de reunião, de associação e de expressão) representava uma ameaça ao *status quo*, o Estado deixava de lado a doutrina do *laissez-faire*, passando a agir, intensamente, em nome dos interesses da burguesia. Qualquer semelhança com o Estado “neoliberal” não é mera coincidência.

2.3. Perigosa e falsa dicotomia

Outro equívoco grave da teoria é considerar que os direitos de primeira geração são direitos negativos, não onerosos, enquanto os direitos de segunda geração são direitos a prestações. Essa visão, certamente influenciada pela classificação dos direitos por *status*, desenvolvida por Jellinek, considera, em síntese, que os direitos civis e políticos (direitos de liberdade) teriam o status negativo, pois implicariam em um não agir (omissão) por parte do Estado; os direitos sociais e econômicos (direitos de igualdade), por sua vez, teriam um status positivo, já que a sua implementação necessitaria de um agir (ação) por parte do Estado, mediante o gasto de verbas públicas¹⁰.

Essa falsa distinção, repetida sem muito questionamento por quase todos os juristas, é a responsável pela principal crítica que pode ser feita à teoria das gerações dos direitos fundamentais, já que enfraquece bastante a normatividade dos direitos sociais, retirando do Poder Judiciário a oportunidade de efetivar esses direitos.

É um grande erro pensar que os direitos de liberdade são, em todos os casos, direitos negativos, e que os direitos sociais e econômicos sempre exigem gastos públicos. Na verdade, todos os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural. Concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado.

Com exemplos, será melhor visualizado o equívoco dessa dicotomia.

O direito de propriedade é um direito civil por excelência. Seria um direito de primeira geração e, portanto, de *status* negativo.

Sem dúvida, uma das garantias decorrentes do direito de propriedade compreende a proibição de violação da propriedade pelo Estado, salvo mediante regular processo expropriatório, com prévia e justa indenização, o que denota uma característica negativa desse direito (o Estado não pode confiscar a propriedade particular). No entanto, a sua plena proteção exige também inúmeras obrigações positivas: promoção de um adequado aparato policial para proteger a propriedade privada (segurança pública), edição de normas para garantir o exercício do direito, estabelecimento de medidas normativas e processuais adequadas para garantir a reparação do dano no caso de violação do direito de propriedade etc. Ou seja, não basta o Estado ficar inerte, sem gastar nada, para garantir o direito de propriedade. Pelo contrário, a proteção da propriedade exige o dispêndio de grande soma de dinheiro, sob pena de tornar a propriedade alvo fácil de criminosos. Apenas para ilustrar esse aspecto oneroso de um direito dito de primeira geração, basta dizer que os Estados Unidos gastam, com segurança pública, várias vezes o valor que é gasto com a saúde, sobretudo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001¹¹.

Já que se falou em saúde, vale fazer a mesma análise. A proteção do direito à saúde, que é um direito social, e, portanto, de segunda geração, teria, na classificação tradicional, *status* positivo. No entanto, esse direito não é garantido exclusivamente com obrigações de cunho prestacional, em que o Estado necessita agir e gastar verbas para satisfazê-lo. O direito à saúde possui também facetas negativas como, por exemplo, impedir o Estado de editar normas que possam prejudicar a saúde da população ou mesmo evitar a violação direta da integridade física de um cidadão pelo Estado (o Estado não pode agir contra a saúde dos cidadãos). Além disso, nem todas as obrigações positivas decorrentes do direito à saúde implicam gastos para o erário. Por exemplo, a edição de normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho não implica qualquer gasto público, pois quem deve implementar tais medidas são, em princípio, as empresas privadas¹².

Veja-se que há vários outros direitos sociais (de greve e de sindicalização, por exemplo) cuja nota mais marcante é precisamente um não-agir estatal. Igualmente, há vários direitos ditos de primeira geração (direito de petição e de ação, direito ao devido processo, direito dos presos a um tratamento digno etc) cujo cumprimento somente ocorrerá através da adoção de medidas positivas (agir) por parte do Estado.

Uma simples análise do orçamento estatal no Brasil comprova que os direitos ditos de primeira geração exigem tantos gastos públicos quanto os direitos ditos de segunda geração. Basta ver o que se gasta com o Poder Judiciário, com as polícias e corpos de bombeiros, com os presídios, com as agências reguladoras (ANATEL, ANP etc), com o processo eleitoral, com os conselhos de proteção da concorrência (p.ex. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica) etc. para perceber que os chamados direitos civis e políticos também são bastante onerosos, e nem por isso é negada a possibilidade de interferência judicial para proteger esses direitos. Veja-se que aqui nem se mencionou o chamado ônus indireto, decorrente de renúncias fiscais que o Estado pratica para proteger alguns direitos de liberdade, como por exemplo, as imunidades tributárias dos templos de qualquer culto (art. 150, inc. VI, b, da CF/88) e dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão (art. 150, inc. VI, d, da CF/88), destinadas a assegurar, respectivamente, a liberdade religiosa e a liberdade de expressão. Também não se mencionou o dinheiro que os particulares gastam para poderem exercer esses direitos (segurança particular, seguros, conselhos de regulação profissional, taxas judiciárias, campanhas eleitorais milionárias etc).

Por isso, é fundamental que se afaste essa equivocada dicotomia de que os direitos de liberdade são direitos negativos, não onerosos, e que os direitos sociais são direitos a prestações, onerosos. Essa falsa divisão afeta diretamente a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, contribuindo para reforçar a odiosa tese de que os direitos sociais são meras normas programáticas, cuja aplicação ficaria a depender da boa vontade do legislador e do administrador público, não podendo a concretização desses direitos ser exigida judicialmente.

Na verdade, somente pelo contexto histórico há sentido em distinguir os direitos civis e políticos dos direitos sociais, econômicos e culturais. Do ponto de vista estrutural e funcional, todos esses direitos se equivalem e se completam, numa relação de interdependência.

2.4. A indivisibilidade dos direitos fundamentais

Como se observa, todas as categorias de direitos fundamentais, sejam os direitos civis e políticos, sejam os direitos sociais, econômicos, ambientais

e culturais, exigem obrigações negativas ou positivas por parte do Estado. Os direitos civis e políticos não são realizados apenas mediante obrigações negativas, assim como os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais não são realizados apenas com obrigações positivas.

Percebe-se, com isso, uma interessante afinidade estrutural entre todos os direitos fundamentais, reforçando a idéia de indivisibilidade, conforme já reconhecido pela ONU desde 1948. Note-se, por exemplo, como é difícil desvincular o direito à vida (1ª geração) do direito à saúde (2ª geração), a liberdade de expressão (1ª geração) do direito à educação (2ª geração), o direito de voto (1ª geração) do direito à informação (4ª geração), o direito de reunião (1ª geração) do direito de sindicalização (2ª geração), o direito à propriedade (1ª geração) do direito ao meio ambiente sadio (3ª geração) e assim por diante.

É de suma importância tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis, a fim de não se priorizarem os direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa. Na verdade, de nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para fruição desse direito. Não é possível, portanto, falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas. Como afirma Sérgio MORO, “é até valioso relacionar os direitos sociais às liberdades para que, desde logo, fique claro que não se trata de optar entre aqueles e estas. Não se querem direitos sociais sem liberdade, assim como esta não é possível, para todos, sem aqueles. Em ambos esses casos, ficaria comprometida a democracia e o princípio da dignidade da pessoa humana”¹³.

Essa indivisibilidade dos direitos fundamentais exige que seja superada essa idéia estanque de divisão dos direitos através de gerações. E mais: exige que seja abominada a idéia de que os direitos sociais são direitos de segunda categoria, como se houvesse hierarquia entre as diversas gerações de direitos fundamentais, e que a violação de um direito social não fosse tão grave quanto a violação de um direito civil ou político.

3. PODE-SE FALAR EM DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS¹⁴?

Em razão de todas essas críticas, a doutrina recente tem preferido o termo “dimensões” no lugar de “gerações”¹⁵, afastando a equivocada idéia de sucessão, em que uma geração substitui a outra.

No entanto, a doutrina continua incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dada dimensão, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Na verdade, não é adequado nem útil dizer, por exemplo, que o direito de

propriedade faz parte da primeira dimensão. Também não é correto nem útil dizer que o direito à moradia é um direito de segunda dimensão.

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

Veja-se, a título de exemplo, o direito à propriedade: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), a propriedade tem seu sentido tradicional, de natureza essencialmente privada, tal como protegida no Código Civil; já na sua acepção social (segunda dimensão), esse mesmo direito passa a ter uma conotação menos individualista, de modo que a noção de propriedade fica associada à idéia de função social (art. 5º, inc. XXIII, da CF/88); por fim, com a terceira dimensão, a propriedade não apenas deverá cumprir uma função social, mas também uma função ambiental¹⁶.

A mesma análise pode ser feita com os direitos sociais, como por exemplo, o direito à saúde. Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos etc) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança um alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial, a ponto de se permitir, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de baratear os custos de um determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS¹⁷. E se formos mais além, ainda conseguimos dimensionar a saúde na sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, inc. III).

O direito ao meio ambiente também pode ser visualizado em múltiplas dimensões. Em uma dimensão negativa, o Estado fica, por exemplo, proibido

de poluir as reservas ambientais. Por sua vez, não basta uma postura inerte, pois o Estado também deve montar um aparato de fiscalização capaz de impedir que os particulares promovam a destruição do ambiente, a fim de preservar os recursos naturais para as gerações futuras. Além disso, já caminhando em uma quarta dimensão, o Estado deve proporcionar a ampla informação acerca das políticas ambientais (educação ambiental – art. 225, §1º, inc. VI, da CF/88), permitindo, de modo direto, a participação dos cidadãos na tomada de decisões nessa matéria, democratizando o processo político, através da chamada cidadania sócio-ambiental.

Os exemplos se seguem em todos os direitos fundamentais, inclusive os de cunho instrumental (direitos processuais). O direito de ação, por exemplo. Na visão tradicional, a ação tem aquele cunho individualista, representando a mera faculdade de acionar o Poder Judiciário. Com a segunda dimensão, o processo deixa de ser mero instrumento de proteção de direitos subjetivos, passando a ter uma conotação mais social, abrangendo as lides coletivas e exigindo do Estado uma postura mais ativa no sentido de facilitar o acesso à Justiça, sobretudo para as camadas mais pobres da população. Ganha também o processo uma conotação democrática (quarta dimensão), devendo ser abertos os canais de participação popular no debate judicial, a fim de pluralizar a discussão, garantindo, assim, uma maior efetividade e legitimidade à decisão, que será enriquecida pelos elementos e pelo acervo de experiências que os participantes do processo poderão fornecer¹⁸. Essa democratização da atividade jurisdicional deve afetar, inclusive, a própria administração da Justiça, tornando, por exemplo, o processo de escolha dos membros do Judiciário mais transparente e legítimo.

Como se observa, a teoria da dimensão dos direitos fundamentais, vista com essa nova roupagem, possui implicações práticas relevantes, já que obriga que se faça uma abordagem de um dado direito fundamental, mesmo aqueles ditos de primeira dimensão, através de uma visão sempre evoluída, acompanhando o desenvolvimento histórico desses direitos¹⁹.

Além disso, essa nova visão baseada na multidimensionalidade dos direitos fundamentais permite a superação da classificação dos direitos por status, desenvolvida por Jellinek, que é uma das responsáveis pelo entendimento de que os direitos sociais não seriam verdadeiros direitos, mas simples declarações de boas intenções destituídas de exigibilidade.

3. CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi demonstrado que a teoria das gerações dos direitos fundamentais não é correta. As críticas desenvolvidas não tiveram, logicamente, a pretensão de desmerecer por completo a teoria. Pelo contrário.

Pretendeu-se, apenas, apresentar alguns equívocos e perigos que ela pode acarretar para a concretização dos direitos considerados de gerações subseqüentes.

Não se nega a sua importância didática e simbólica. É fundamental que se busque sempre o reconhecimento de novos direitos, bem como que se tenha a consciência de que os direitos fundamentais não são valores imutáveis. Nesse ponto, a teoria facilita a compreensão do processo evolutivo dos direitos fundamentais, embora essa evolução demonstrada pela teoria não se aplique a todas as situações históricas.

Por último, é preciso reforçar a mudança de paradigma que deve ser feita. Não se deve procurar incluir tal ou qual direito em uma determinada geração (melhor dizendo: dimensão), como se as outras dimensões não afetassem o conteúdo desse direito. Todos os direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais etc) devem ser analisados em todas as dimensões, a saber: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade e fraternidade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Cada uma dessas dimensões é capaz de fornecer uma nova forma de conceber um dado direito.

A liberdade sem o mínimo de igualdade pouco vale. Do mesmo modo, de nada adianta a igualdade se não há garantia de liberdade. A luta pela efetivação dos direitos fundamentais deve englobar todos esses direitos e não apenas os de uma determinada “geração”, como se essa efetivação devesse ocorrer de forma progressiva de uma geração para outra.

Não se pode aceitar o discurso, tão em voga nesses tempos neoliberais, de que o papel do Estado é apenas garantir as liberdades básicas, cabendo à iniciativa privada a prestação dos direitos sociais e econômicos. Na verdade, se não houver uma intervenção estatal no sentido de promover a distribuição da riqueza, buscando a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da CF/88), através da concretização dos direitos sociais e econômicos, sobretudo para as pessoas mais carentes, a prometida “neo-liberdade” não passará de instrumento de escravização branca. Daí porque é cada vez mais importante quebrar essa dicotomia entre direitos de liberdade e direitos de igualdade, tratando todos os direitos fundamentais como valores indivisíveis e interdependentes.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid: Trotta, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2001.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, São Paulo: Renovar, 1999, pp. 55/66.
- BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- _____. Interpretação e Aplicação da Constituição. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros, 2001
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Lisboa: Almedina, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. As Novas Funções Judiciais no Estado Moderno. In: Revista da Ajuris, n.º 37, Porto Alegre: Ajuris, 1986.
- _____. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ensaio de Teoria Constitucional. Fortaleza: UFC, 1989.
- _____. Teoria Processual da Constituição. 2ª ed. São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002.
- _____. Introdução ao Direito Processual Constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOESCHL, H. C. O Conflito e os Direitos da Vida Digital. Disp. on-line: (1º/11/2003): http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/vida_digital.htm
- LIMA, George Marmelstein. Direito Fundamental à Ação. Fortaleza: Premium, 2001.
- _____. Os Direitos Fundamentais e o Poder Judiciário. Fortaleza: Premium, 2001.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais – Introdução Geral. Apointamentos das Aulas. Lisboa: Lisboa, 1999.
- MORO, Sérgio Fernando. Desenvolvimento e Efetivação das Normas Constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. Jurisdição Constitucional como Democracia. Curitiba, Tese de Doutorado, 2002.
- PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi (org.). História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988, p. 98. In: Interesse Público n. 12, São Paulo: Nota Dez, 2001, pp. 91/107

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais

. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional. Disponível On-Line (1º/11/2003): http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm

¹ (Nota do editor) Professor Universitário, mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: george@jfce.gov.br

² Cf. entre outros, PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28.

³ Palestra proferida durante o "Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional". Disponível on-line: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm

⁴ A propósito, v. BOBBIO, Noberto. A Era dos Direitos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Interessante notar que até o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reproduzir a teoria das gerações dos direitos fundamentais, conforme se observa no seguinte voto do Min. Celso de Mello: "enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade" (STF, MS 22164/SP).

⁵ Já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, surgidas com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética). Cf. HOESCHL, Hugo César. O Conflito e os Direitos da Vida Digital. Disponível on-line (1º/11/2003): http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/vida_digital.htm

⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524/525.

⁷ Cf. MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição como Democracia. Tese de Doutorado, p. 15/17.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 433, 532/533.

⁹ DE LUCA, Tânia Regina. Direitos Sociais no Brasil, p. 472. In: História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003, pp. 469/493.

¹⁰ Logicamente, a teoria de Jellinek não é tão simples assim, até porque ele inclui outras categorias de status. No entanto, para os fins que ora se propõem, vale mencionar apenas essas duas categorias.

¹¹ Os gastos com segurança interna nos Estados Unidos passaram de US\$ 18 bilhões para US\$ 38 bilhões após os ataques terroristas, conforme noticiou a imprensa (fonte: http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20030910/pri_mun_100903_118.htm).

¹² No mesmo sentido, assim discorre Ingo SARLET: "o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a

realização concreta deste direito à saúde" (Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988, p. 98. In: Interesse Público n. 12, São Paulo: Nota Dez, 2001, pp. 91/107).

¹³ MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição como Democracia. Tese de doutorado, p. 217.

¹⁴ Fala-se em "dimensões" de direitos fundamentais em vários sentidos, por exemplo, dimensões subjetiva e objetiva, dimensões analítica, empírica e normativa, entre outras (v. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002). Neste trabalho, porém, o termo dimensão está sendo cogitado apenas para substituir o termo geração.

¹⁵ Entre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Introdução ao Direito Processual Constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 26; SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524/525.

¹⁶ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Introdução ao Direito Processual Constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 26.

¹⁷ A notícia sobre a quebra de patentes de remédios para a AIDS foi amplamente divulgada nos meios de comunicação. Tratava-se, no caso, de um processo movido pelos Estados Unidos contra o Brasil, que havia permitido a licença compulsória de medicamentos com base na Lei de Propriedade Industrial brasileira e no Acordo Internacional sobre Propriedade Intelectual (TRIPS Agreement), firmado pelos países membros da OMC. Ao fim do processo, os EUA aceitaram que o Brasil produza medicamentos genéricos anti-Aids, desde que se comprometa a avisar antecipadamente a concessão de licenças compulsórias de patentes registradas por indústrias farmacêuticas norte-americanas.

¹⁸ Nesse sentido, Peter HÄBERLE, na obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*, defende que cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam valiosas forças produtivas da interpretação, cabendo aos juízes ampliar e aperfeiçoar os instrumentos de informação, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de interpretação do processo constitucional (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*).

19

OS POVOS INDÍGENAS E A GARANTIA CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO DIFERENCIADA: AVANÇOS, EXPERIÊNCIAS E PERSPECTIVAS.

Clarissa Sanches Silva da Rosa
Acadêmica de Direito/UFAM

1. INTRODUÇÃO.

Os povos indígenas, desde o tempo da chegada dos colonizadores, foram tratados como seres inferiores. Não tinham absolutamente direitos. O índio era escravizado e tinha sua cultura tradicional vilipendiada pelos dominadores brancos. O objetivo, claramente, era exterminar os povos indígenas. Não havia nenhum amparo legal direcionado aos índios. Aos poucos, contudo, o legislador brasileiro foi reconhecendo os índios como detentores de direitos. O grande salto se deu com a Constituição de 88, a qual veio garantir, dentre outros direitos, uma educação diferenciada, intercultural e bilíngüe para os indígenas. A regulamentação deste direito veio por meio da Lei de Diretrizes e Bases (Lei n.º 9.394/96), a qual, por conseguinte, abriu caminho, inclusive, para o surgimento de propostas e projetos pedagógicos para o Ensino Superior Indígena, bem como para a formação de professores indígenas, o que se constitui num dos grandes avanços deste campo. Visando a desvendar as linhas gerais do direito dos povos indígenas a uma educação específica e diferenciada, vislumbrando seus avanços, experiências no Amazonas e atuais perspectivas, é que se propôs o presente trabalho.

2. PARÂMETROS POLÍTICO-JURÍDICOS DA EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA¹ NO BRASIL: ESCALA EVOLUTIVA.

2.1 O Alvará de 7 de junho de 1755 e o Diretório Pombalino.

O desencadear da história da educação dos povos indígenas está intimamente ligado a fatores originários da época do Brasil-colônia, tais como o predomínio missionário, a escravização indígena, a proximidade entre índios e religiosos e o poderio econômico destes últimos.

Ademais, as leis vigentes àquela época, quando traziam disposições favoráveis aos índios, ou eram sempre desobedecidas ou tinham um pequeno período de vigência. Em outras palavras, acabavam, mais cedo ou mais tarde, sempre cedendo à cobiça dos brancos, dos religiosos ou da Coroa. Assim, o que era ilegal ou ilícito, passava a ser legalizado e lícito.

Ganha destaque, durante este período, o Alvará de 7 de junho de 1755, que veio complementar a Lei de 6 de junho de 1755, decretada pelo Marquês de Pombal, então governador de Lisboa. A mencionada lei ficou conhecida como Lei de Liberdade dos Índios, por ter instituído diversas normas regulamentadoras dos direitos e da liberdade indígenas, pondo um fim no monopólio missionário. Foi durante este governo (de Pombal) que se estabeleceu, pela primeira vez, uma política indigenista como ação de Estado, inclusive voltada para a questão da educação indígena.

Ocorre que, no Diretório Pombalino de 1757, surgiu novo ordenamento para a política indigenista, contrapondo-se aos termos da Lei de 1755. Instituiu-se, por meio do Diretório, um verdadeiro processo de aculturação indígena. O instrumento para tal fim foi a Escola, que deveria ser aberta obrigatoriamente em cada aldeia, a fim de ensinar e incentivar o uso da língua portuguesa. Este é o marco inicial da educação escolar indígena no Brasil, como meio de controle estatal.

2.2 A Constituição Brasileira e a Educação Escolar Indígena.

Apesar do forte processo de aculturação a que os povos indígenas foram submetidos, a sua cultura, língua e crenças, ao contrário do que se poderia pensar, não foram extintas. Os povos indígenas lutaram e sobreviveram. Lutaram, e lutam até hoje, pela conquista de seus direitos, os quais, paulatinamente, foram e vêm sendo admitidos e garantidos pelas nossas constituições.

No que toca à questão da educação escolar indígena, as constituições brasileiras, com exceção da atual Carta Magna, em pouco ou nada se referiram a esta temática. Limitaram-se, na verdade, às questões relativas às terras indígenas e à questão da tutela indígena.

O único fator que se poderia considerar como menção à educação indígena nessas constituições é a catequese, que era prevista para ser aplicada aos índios, mas, como se disse, falou-se tão-somente em catequese, e não em educação indígena. No máximo seria uma “educação religiosa”.

Cumprido lembrar que a educação é um dos direitos sociais garantidos pela Carta Magna a todo membro da sociedade. A este respeito, o renomado Prof. Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional*², faz referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de

dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, em Assembléia Geral, a qual consagra em seu art. XXII:

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

São direitos sociais enumerados pelo art. 60. da Carta Maior, a *educação*, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da CF/88.

Está assegurado, portanto, também aos povos indígenas, como membros da sociedade que são, o direito à educação tal qual disposto na Carta Magna.

O art. 210, § 2.º, da CF/88 veio garantir uma educação indígena diferenciada e específica, a qual deve ser concretizada por meio da utilização das línguas nativas e dos seus próprios processos de aprendizagem, *in verbis*:

Art. 210.

§ 2.º. O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Foram tais inovações constitucionais, relativas a um processo de aprendizagem diferenciado, dispostas na CF/88, que vieram a garantir, hoje, a existência de projetos voltados para a concretização destes direitos.

2.3 A Lei de Diretrizes e Bases da Educação e a Educação Escolar Indígena.

A Lei n.º 9.394/96 estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, complementando os dispositivos constitucionais relativos à educação dispostos na Constituição Federal de 1988.

A educação brasileira, conforme disciplinado no art. 8.º da LDB, deve ser organizada em regime de colaboração entre os Sistemas de Ensino (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Cabe à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas de ensino e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais. Quanto às populações indígenas, atribuiu-se também à União a competência para legislar para essas populações, isto por força do art. 22, XIV, da CF/88, o qual prescreve que *compete privativamente à União legislar sobre: populações indígenas.*

Seguindo o rumo da Constituição Federal de 1988, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional trata especificamente da educação escolar indígena nos arts. 32, § 3º, 78 e 79, *in verbis*:

Art. 32.

§ 3º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrantes de ensino e pesquisa, para a oferta de educação bilíngüe intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

I - proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;

II - garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.

Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa.

(os grifos não constam do original)

Note-se que a LDB atribui à União a organização da Escola Indígena, mas nada menciona quanto à sua execução. Esta fica a cargo do Estado-membro, ao qual se confere a responsabilidade pela oferta da educação escolar indígena, incluindo a sua criação, autorização, reconhecimento, credenciamento, supervisão e avaliação, tudo em consonância com a legislação federal.

Aliás, é da demanda proveniente dessas escolas, muitas, hoje, já em execução, que se visualiza a necessidade, hoje existente, de uma garantia de continuidade no processo de educação dos povos indígenas, vindo-se a falar, assim, em Ensino Superior Indígena, diferenciado e específico, como um dos grandes avanços no campo da educação indígena.

2.4 O Plano Nacional de Educação (Lei n.º 10.172/2001).

O Plano Nacional de Educação é fruto de determinação contida na Lei de Diretrizes e Bases, a qual dispõe a respeito da elaboração de um plano nacional de educação em sintonia com a Declaração Mundial de Educação

para Todos. Assim, após a realização de audiências públicas para discutir o seu conteúdo, foi aprovado o PNE em 09.12.2001.

Este Plano dedica um de seus tópicos especificamente à educação indígena. Tal tópico denomina-se “Educação Indígena”, e subdivide-se em “Diagnósticos”, “Diretrizes” e “Objetivos e Metas”. Dentre estes, prevê expressamente *a formulação, em dois anos, de um plano para a implementação de programas especiais para a formação de professores indígenas em nível superior, através da colaboração das universidades e de instituições de nível equivalente.*

Para fazer valer esse objetivo traçado no PNE foi proposto e já aprovado, no Amazonas, no final de 2002, o projeto do Centro de Estudos Superiores Indígenas (CESI), dedicado ao Ensino Superior Indígena específico e diferenciado, conforme explicitado adiante.

3. A EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA NO AMAZONAS.

Cumprir discorrer a respeito da educação escolar indígena em nosso Estado, pois é daí que advém a demanda, hoje existente, para o nível superior indígena, tido como o maior avanço no campo da educação indígena nos últimos anos.

No que tange à legislação pertinente, no que se refere à responsabilidade do Estado em investir na educação indígena, pode-se destacar o Decreto Presidencial n.º 26/91, que confere ao Ministério da Educação e às Secretarias de Educação dos Estados e Municípios a responsabilidade de coordenar um processo educativo que preserve e respeite os costumes, as tradições e as línguas dos povos indígenas. Destaca-se também a Portaria Interministerial n.º 559/91, que formulou os princípios gerais que deverão nortear as políticas educativas para os indígenas brasileiros, tendo atribuído a competência e a responsabilidade de coordená-las às Secretarias de Educação dos Estados e dos Municípios.

No Estado do Amazonas, cabe destacar o Decreto n.º 18.749/98, que determinou a criação do Conselho de Educação Escolar Indígena do Estado do Amazonas (CEEI/AM), que veio regulamentar os arts. 205 e 210, §2.º, da CF/88, e o art. 199, I, e, da Constituição do Estado do Amazonas, *in verbis*:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 199. O Sistema Estadual de Educação, integrado por Órgãos e estabelecimentos de ensino estaduais e municipais e por escolas parti-

culares, observará, além dos princípios e garantias previstos na Constituição da República, os seguintes preceitos:

*I – de observância obrigatória por todos os integrantes do Sistema:
e) liberdade de organização para alunos, professores, funcionários e pais de alunos.*

(os grifos não constam do original)

Este Conselho (CEEI/AM), para fazer cumprir os mencionados preceitos constitucionais, instituiu uma comissão interinstitucional específica com o feito de propor uma resolução estadual que viesse a regulamentar a escola e o processo de formação do professor indígena. Daí nasceu a Resolução n.º 03/99. Da mesma forma, foi aprovada em 2001 a Resolução n.º 11/CEE/AM, que dita normas para a criação e funcionamento da Escola Indígena.

Somando-se a esta estrutura, ainda há que se registrar, na SEDUC/AM, a Gerência de Educação Escolar Indígena, a qual vem desenvolvendo o *Projeto Pira-Yawara³: Programa de Formação de Professores Indígenas⁴*, que tem como objetivo dar condições de acesso e permanência da população indígena na escola. Iniciado em 1991, tem formado professores indígenas visando a assegurar o ensino fundamental e, mais recentemente, também o médio, nas áreas indígenas, garantindo uma educação diferenciada, específica, intercultural e bilíngüe, procurando responder aos anseios dos povos indígenas.

Desta forma, vem se consolidando, no Amazonas, a construção de um projeto político-pedagógico da escola indígena, propiciando aos indígenas um processo de formação escolar preocupado em repassar informações e conhecimentos sem retirar-lhes a identidade cultural.

Ademais, a implementação da Escola Indígena, trabalhada como forma de políticas públicas, significa a ampliação da oferta dos ensinos fundamental e médio, abrindo perspectivas positivas para a educação indígena rumo ao ensino superior, num processo de formação continuada, o que se traduz como a grande reivindicação dos povos indígenas no campo educacional.

4. O ENSINO SUPERIOR INDÍGENA NO AMAZONAS.

Desde a Constituição Federal de 1988, com a garantia da educação indígena diferenciada e específica disposta no texto constitucional, o grande avanço que se observa neste campo diz respeito ao Ensino Superior Indígena. Nota-se, assim, que os povos indígenas não se contentaram apenas com os ensinos fundamental e médio, lutam também pelo ensino superior diferenciado. A educação lhes é garantida, mas há que se proporcionar e manter um processo continuado de educação, sob pena de se macular a garantia constitucional conferida a esses povos.

4.1 O Curso Seqüencial de Lideranças Indígenas.

Como experiência pioneira no Amazonas, no campo do ensino superior, a Fundação Universidade do Amazonas, atual UFAM, lançou o Curso Seqüencial de Lideranças Indígenas.

4.1.1 Cursos Seqüenciais: conceito e características.

Os cursos seqüenciais, regulamentados pela Resolução do Conselho de Ensino Superior - CES n.º 01/99, constituem uma modalidade do ensino superior, na qual o aluno, após ter concluído o ensino médio, pode ampliar seus conhecimentos ou sua qualificação profissional. Estão caracterizados no art. 44, I, da Lei n.º 9.394/96 (LDB), a seguir transcrito:

Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: I – cursos seqüenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino”.

“Campo do saber”, termo novo na legislação educacional brasileira, não corresponde às tradicionais áreas do conhecimento. A definição contida no dispositivo acima transcrito, “*campo de saber, de diferentes níveis de abrangência*”, sugere que campos de saber podem constituir-se a partir de elementos de mais de uma das áreas do conhecimento, de mais de uma de suas aplicações ou de mais de uma das áreas técnico-profissionais; ou, tão-somente, podem estar contidos em apenas uma das áreas de conhecimento, em uma de suas aplicações ou em uma das áreas técnico-profissionais.

Dentre as principais características destes cursos pode-se citar: a) não conferem titulação equivalente a bacharel, tecnólogo ou licenciado, que são graus obtidos em cursos de graduação plenos; b) são destinados a pessoas que têm certificado do ensino médio, diploma de curso superior, ou a graduandos; c) podem ser oferecidos em duas modalidades: curso superior de formação específica ou curso superior de complementação de estudos; d) alcançam uma escolaridade de nível superior em dois anos ou dois anos e meio, além de poderem contemplar demandas específicas de uma determinada região; e) permitem a convalidação de créditos para os cursos de graduação.

Os Cursos Seqüenciais da Universidade do Amazonas, com respaldo na Resolução n.º 01/99, foram definidos e criados pela Resolução n.º 015/98 – CEG/CONSEP, com as seguintes características elencadas em seu art. 1.º: a) são cursos de nível superior, mas não de graduação, pós-graduação ou extensão; b) têm menor duração para integralização do que os cursos de graduação; c) têm abrangência geralmente diversa, sendo sua organização definida por campo de saber; d) suas concepções e implementação são

flexíveis e abertas, e atenderão às demandas dos mais diversos segmentos sociais; e) só podem ser frequentados por portadores de certificados de conclusão de nível médio; e f) têm caráter de destinação individual, quando resultante da escolha de um interessado, e institucional, quando determinado a critério da Universidade do Amazonas.

4.1.2 Discussão e aprovação do Curso Seqüencial de Lideranças Indígenas⁵.

Para a aprovação do Curso Seqüencial de Lideranças Indígenas muito se discutiu e analisou, principalmente o aspecto jurídico que envolve a causa.

Os principais óbices jurídicos ao ingresso dos indígenas na Universidade, antes do advento da LDB, que instituiu os Cursos Seqüenciais, eram o princípio da *igualdade de condições para acesso e permanência na escola* (art. 206), e o art. 17, I, a, da Lei n.º 5.540/68, a qual estabelecia como condição para o acesso ao ensino superior o atendimento a dois requisitos básicos: a) conclusão do 2.º grau ou equivalente (atual ensino médio); e b) classificação em concurso vestibular.

Ora, diante de tais obstáculos jurídicos parecia difícil o ingresso dos estudantes indígenas no ensino superior, mas, com a edição da Lei n.º 9.394/96 (LDB), houve a revogação da Lei n.º 5.540/68, o que significou uma flexibilização da forma de acesso ao ensino superior. Isso porque a LDB previu a figura dos cursos seqüenciais, modalidade alternativa de acesso à Universidade.

Neste contexto, visualizando a oportunidade de ingresso dos indígenas ao ensino superior, a FUNAI manifestou-se por meio do Parecer n.º 24/DED/97, no qual constam sugestões dos estudantes indígenas da Região Norte a respeito deste ingresso no ensino superior, sugestões, das quais, inclusive, se podem tirar algumas perspectivas dos estudantes indígenas sobre o assunto (muitas, ainda, atuais). São elas:

que seja feita uma pesquisa junto a estudantes indígenas que desistiram de continuar sua graduação para se conhecer o que causou o abandono do curso, com isso estariam sendo evitadas frustrações do projeto de vida; do mesmo modo procurar ouvir os estudantes que concluíram os cursos sobre os desafios que tiveram que superar e como analisam essa experiência; os estudantes argumentaram que o vestibular diferenciado não seja muito distinto do tipo de avaliação de aprendizagem levado a efeito durante os cursos de 2.º grau, pois de acordo com eles, os estudantes que apresentam um bom aproveitamento nesses sistemas de avaliação têm também um bom aproveitamento nos conteúdos das disciplinas; e decidir sobre o formato do vestibular diferenciado junto com as organizações indígenas e estudantes que almejam o ingresso na graduação.

Vê-se que os anseios, desde então, já eram de grande porte, falando-se inclusive em vestibular diferenciado para o acesso à graduação. O que a LDB trouxe, contudo, foi uma nova forma de acesso ao ensino superior, por meio dos cursos seqüenciais, os quais não exigem concurso vestibular, mas também não são cursos de graduação, apesar de serem de nível superior.

A partir daí foi instituída a Resolução n.º 018/97-CONSUNI, a qual possibilitou o acesso diferenciado de indígenas aos cursos da Universidade do Amazonas, atual UFAM, bem como a Resolução n.º 015/98, a qual definiu e criou os Cursos Seqüenciais na UFAM, determinando em seu art. 10 que os *Cursos Seqüenciais estão abertos às Comunidades Indígenas* em conformidade com o item “e” do art. 1.º e em consonância com o art. 4.º desta Resolução. Vale transcrevê-los:

*Art. 1.º - Definir os Cursos Seqüenciais com as seguintes características:
e) Só podem ser freqüentados por portadores de certificados de conclusão de nível médio;*

Art. 4.º - O acesso aos Cursos Seqüenciais dar-se-á através de Processo Seletivo, seguindo calendário específico, a critério da PROEG, não precisando obedecer ao ano letivo regular.

Assim sendo, dentro deste contexto, foi aprovado e criado, por meio das Portarias n.º 1.448/99 e 1.449/99, o Curso Seqüencial de Lideranças Indígenas, vinculado à atual UFAM.

4.1.3 Execução do Curso Seqüencial de Lideranças Indígenas.

O Curso de Lideranças Indígenas teve início no segundo semestre de 1999 (outubro/99), sendo que sua conclusão estava prevista para fevereiro de 2001. Ocorre que tal data prolongou-se por, aproximadamente, 2 anos, e poucos, na verdade, vieram a concluir o curso.

A proposta para tal Curso Seqüencial de Lideranças Indígenas era a de que se abrissem 25 vagas para os índios. Contudo, a Portaria n.º 1.448/99, que aprovou o ingresso de indígenas ao referido Curso, determinou a abertura de apenas 15 vagas para os índios, cujos nomes já se encontravam relacionados em Carta da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira – COIAB (Carta n.º 148/99 – COIAB). Tais estudantes foram selecionados pelas próprias organizações indígenas dentre os considerados mais aptos a cursarem o Seqüencial e tornarem-se atuantes nas questões indígenas, visando o benefício das suas comunidades.

O Curso Seqüencial de Lideranças Indígenas, portanto, visto como experiência pioneira no estado do Amazonas, teve seu aspecto positivo no

sentido de que veio para procurar atender às reivindicações dos povos indígenas, permitindo o acesso de alguns ao ensino superior, mas ainda revelou-se aquém das expectativas das comunidades indígenas, que lutam por um ensino superior específico, ao qual fazem jus.

4.2 O Projeto do Centro de Estudos Superiores Indígenas (CESI)º.

O Centro de Estudos Superiores Indígenas (CESI) é uma instituição vinculada à Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Seu Projeto foi formulado a partir da proposta da Fundação de Política Indigenista (FEPI) e foi aprovado em maio/2002 pelo Governo do Amazonas.

4.2.1 A Criação do Centro de Estudos Superiores Indígenas.

O Centro de Estudos Superiores Indígenas é parte de um conjunto de ações que compõem a política pública do Estado destinada aos povos indígenas. É uma instituição nova, fundamentada a partir das demandas das organizações indígenas, das comunidades e dos fóruns de discussão sobre a educação indígena.

De acordo com o Projeto, o Centro fará parte do complexo da Universidade do Estado do Amazonas e terá instalações físicas em São Gabriel da Cachoeira, na região do Alto Rio Negro.

Está o CESI voltado para a formação de professores indígenas, formação importante para suprir a carência destes profissionais nas áreas dos ensinos fundamental e médio. Sabe-se que muitos alunos indígenas encontram ainda dificuldades para concluir as séries destes níveis de ensino, devido à deficiência de profissionais nas escolas indígenas, que contemplam números expressivos de profissionais apenas habilitados a trabalhar nas quatro séries iniciais do ensino fundamental, ficando descobertas as demais séries. Desta forma, muitos se vêem obrigados a buscar os centros urbanos para continuar os estudos, o que acarreta novos problemas, pois o nosso sistema de ensino não está adaptado para o indígena. Assim, o trabalho de formação de professores indígenas, desenvolvido até então, para trabalharem nas séries iniciais do ensino fundamental, é necessário, mas não suficiente.

O CESI, tomando por base o *Projeto Pira-Yawara: Programa de Formação de Professores Indígenas*, tem como concepção fundamental o respeito aos modos próprios de vida e pensamento de cada povo, valorizando suas diferenças, considerando suas especificidades, numa interação entre estes povos e destes com a sociedade envolvente, dentro de um contexto intercultural.

Num primeiro momento, o Centro priorizará a formação de professores, a fim de que restem fortalecidos todos os níveis de ensino, capacitando cada vez mais os estudantes indígenas a ingressarem no ensino superior. Num segundo momento, as ações do Centro serão redimensionadas para atender a outras demandas profissionais, solicitadas pelas organizações indígenas.

4.2.2 O CESI e a garantia do saber tradicional indígena: bem a ser protegido pelo Estado.

A comunidade escolar indígena é melhor atendida por meio dos professores índios. O Centro, visando prioritariamente formar professores indígenas para atuar nos ensinos fundamental e médio, propõe uma formação inicial e continuada destes professores.

Importante notar que a proposta curricular do CESI está fundamentada nos processos educativos próprios das sociedades indígenas. Isso porque, ao longo da história, tais sociedades vêm elaborando complexos sistemas de pensamento e modos próprios de produzir, acumular, expressar, comunicar, avaliar e reelaborar seus conhecimentos e suas concepções sobre o mundo e o homem. Daí falar-se, hoje, em reconhecimento do valor cultural, social e estratégico do conhecimento tradicional indígena associado à biodiversidade. Conhecimento, este, que se constitui em um bem, um patrimônio cultural que requer a proteção do Governo. É com isso também que o Centro se preocupa.

Assim, prevê a Constituição Federal/88 em seu art. 216, *caput* e §1.º:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

§1.º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

(os grifos não constam do original)

Desta feita, sendo o CESI uma proposta específica para as comunidades indígenas, há a preocupação de se superar a fragmentação e a departamentalização do conhecimento que se observa na maioria dos nossos currículos escolares e de ensino superior, para se preservar e garantir o conhecimento tradicional desses povos. Para tanto, o Centro requer, em sua proposta, que sejam contempladas, necessariamente, a transdisciplinariedade e a interdisciplinariedade, como formas de romper com os modelos de educação escolar que privilegiam a mera aquisição de conteúdos.

Por fim, o Centro de Estudos Superiores Indígenas é um grande avanço e um passo fundamental para que os povos indígenas conheçam, reivindiquem e exercitem seus direitos sociais, culturais, políticos e econômicos, constituindo-se num espaço aberto para reflexões sobre ações, práticas e pensamentos.

4.3 A UEA e o sistema de cotas.

Recentemente, o que se vem observado na conjuntura nacional, como alternativa de ingresso no ensino superior, é o denominado *sistema de cotas*. Tal sistema, já aprovado por algumas leis em Universidades de todo o país, vem garantindo determinado percentual de vagas nas Universidades a estudantes afro-brasileiros e/ou indígenas.

A Universidade do Estado do Amazonas - UEA, procurando atender aos anseios da população amazonense, por meio da Lei n.º 2.894, de 31 de maio de 2004, adotou o sistema de cotas para beneficiar, outros grupos, a população indígena do nosso Estado. Prevê no seu art. 5.º:

Art. 5.º - Sem prejuízo do disposto no inciso III do art. 4.º, a Universidade do Estado do Amazonas reservará a partir do vestibular de 2005, um percentual de vagas, por curso, no mínimo igual ao percentual da população indígena na composição da população amazonense, para serem preenchidas exclusivamente por candidatos pertencentes às etnias indígenas localizadas no Estado do Amazonas.

De acordo com matéria publicada no Jornal *Folha de São Paulo*, de 1/06/2004, a população do Amazonas (2.817.252 habitantes), segundo o Censo do IBGE de 2000, é formada por 4,02% (113.391) de índios. Logo, 4% seria a cota para estudantes indígenas no vestibular da UEA do ano de 2005. Tal garantia, apesar de não corresponder ao ensino superior específico que deve ser assegurado aos povos indígenas, vem a se revelar como uma forma mais rápida de acesso a este nível de ensino.

5. CONCLUSÃO.

Diante do exposto, pôde-se observar a existência de uma preocupação positiva frente ao direito dos povos indígenas a uma educação diferenciada e específica, o que se tornou possível graças às constantes lutas desses povos pelos seus direitos. Nota-se que os avanços foram tais que o centro dos debates e reivindicações, hoje, neste campo, gira em torno do Ensino Superior Indígena, o que significa que esses povos vêm superando os ensinos fundamental e médio e exigindo um processo de formação continuada, visto que detentores do direito à educação diferenciada, assegurada pela Carta Magna e demais legislações específicas.

Quanto às experiências de ensino diferenciado, observa-se que, no

campo do ensino superior, a única experiência concretizada foi o Curso Seqüencial de Lideranças Indígenas, da UFAM. Este se apresentou como uma iniciativa importante, embora não se tratasse de um ensino superior específico para os indígenas. Ao contrário, a esses se ofereceu uma ínfima abertura de vagas em algumas disciplinas dos mais variados cursos.

Ademais, por meio de depoimentos colhidos dos estudantes que cursaram o Seqüencial, percebe-se que muitas foram as dificuldades enfrentadas pelos mesmos, tais como: a) falta de assistência da FUNAI, principalmente com alimentação e transporte; b) discriminação sofrida pelos estudantes indígenas na Universidade; e c) nosso modelo de ensino inadequado à realidade dos indígenas.

Nesse contexto, o que se observa é que o Curso Seqüencial de Lideranças Indígenas cumpriu o objetivo proposto pela Universidade, qual seja, garantir aos membros das comunidades indígenas oportunidade de estudo dentro da Universidade, não em curso de graduação, mas sim em um curso seqüencial. Por meio deste, esses estudantes puderam fortalecer-se na luta pelos seus direitos.

Já o Projeto do Centro de Estudos Superiores Indígenas veio para abrir novas perspectivas para os povos indígenas, mas, segundo depoimento de alguns estudantes, atende apenas em parte às suas expectativas. Isso porque, o Centro, voltado prioritariamente para a formação de professores indígenas, ainda deixa de contemplar a formação de profissionais de outras áreas. Os indígenas não querem formar-se apenas como professores, querem graduar-se também nas demais áreas do saber.

Por outro lado, há indígenas favoráveis ao Centro, que vêem nele um primeiro passo capaz de alçá-los a vôos mais longos. Acreditam que, com a implantação do Centro, formar-se-á um número expressivo de professores indígenas qualificados para trabalhar nas últimas séries do ensino fundamental, e também no médio, das escolas indígenas. Isso fortalecerá as comunidades e gerará, futuramente, não só uma crescente demanda para o ensino superior, mas uma demanda qualificada.

Assim, no que toca ao CESI, este veio para inaugurar uma nova fase no ensino superior indígena brasileiro, garantindo o acesso a um ensino superior voltado exclusivamente para os povos indígenas. Visa a capacitar e formar seus professores, por meio de um sistema próprio, pensado e estruturado a partir da cultura indígena, a partir do reconhecimento do valor cultural, social e estratégico do conhecimento tradicional indígena associado à biodiversidade.

Isso porque, conforme observado, toda a problemática gira em torno da especificidade dos sistemas de ensino nosso e indígena. Estes se dissociam,

partem em direções contrárias. O nosso sistema de ensino é voltado para o processo de produção capitalista, visando ao desenvolvimento das forças produtivas, e, dada sua complexidade, exige a especialização e qualificação do operário nas mais diversas áreas do conhecimento, gerando a fragmentação do mesmo. Já a educação indígena parte de uma forma de propriedade tribal, comunitária, de caráter coletivo, não individual, não fragmentalizado.

Neste embate, algumas medidas foram tomadas pela sociedade para garantir a preservação da cultura indígena, dentre as quais o reconhecimento do direito dos povos indígenas a uma educação diferenciada, intercultural e bilíngüe. Aí então é que se delineia o desafio: vincular educação, cultura e ciência, gerando etnodesenvolvimento, ou seja, garantir uma educação diferenciada que não se desvirtue da cultura indígena, promovendo o desenvolvimento e melhoria das condições de vida desses povos, a partir da valorização do seu conhecimento tradicional, superando a dissociação entre o saber indígena e o saber capitalizado. E o Centro veio exatamente para atender a esta perspectiva e superar este desafio, garantindo o ensino superior específico aos indígenas, dotando-os de instrumentos necessários para a preservação de sua cultura e de seu conhecimento tradicional. Conhecimento este tido como sensível, estratégico e de valor.

Já o sistema de cotas da UEA veio para traçar um caminho mais curto rumo ao ensino superior, garantindo certo percentual de vagas aos estudantes indígenas, que cursarão a graduação juntamente com os estudantes não-índios. Diante disto, é possível que não se cumpram todas as reivindicações das comunidades indígenas, por um ensino específico e diferenciado, tal qual se deu com a experiência da UFAM. Somente a experiência dos estudantes que ingressarão por essa via na Universidade, contudo, poderá apontar os acertos e desacertos de tal sistema.

Por fim, assim se revela, em linhas gerais, a situação dos povos indígenas em face da garantia assegurada pela Constituição a um ensino diferenciado e específico. Observam-se avanços tais que já se tem como centro de debates o Ensino Superior Indígena. E é nessa perspectiva que se encontram hoje os povos indígenas, lutando por esse nível de ensino específico a que fazem jus, como membros da sociedade que são, e detentores do direito à educação diferenciada assegurada pela Carta Maior. Desta maneira, aos poucos as comunidades indígenas vêm sendo atendidas pelo Governo do Estado, que vem instituindo políticas públicas destinadas a suprir-lhes as necessidades, tal como o Projeto do Centro de Estudos Superiores Indígenas e, mais recentemente, o sistema de cotas

¹A respeito do exato significado do termo “educação escolar indígena”, diz o Parecer CNE/CEB n.º 14/99, aprovado em 14.09.99: “... todos os povos indígenas, independentemente da instituição escolar, possuem mecanismos de transmissão de conhecimentos e de socialização de seus membros, e a instituição da escola é fruto histórico do contato destes povos com segmentos da sociedade nacional. Assim, é preciso distinguir claramente dois termos: educação indígena e educação escolar indígena.

O primeiro, educação indígena, designa o processo pelo qual cada sociedade internaliza em seus membros um modo próprio e particular de ser, garantindo sua sobrevivência e sua reprodução. Diz respeito ao aprendizado de processos e valores de cada grupo, bem como aos padrões de relacionamento social que são eintonizados na vivência cotidiana dos índios com suas comunidades. Não há, nas sociedades indígenas, uma instituição responsável por fazer com que as crianças se tornem membros sociais plenos. Vista como processo, a educação indígena designa a maneira pela qual os membros de uma dada sociedade socializam as novas gerações, objetivando a continuidade de valores e instituições consideradas fundamentais. Designa o processo pelo qual se forma o tipo de homem e de mulher que, segundo os ideais de cada sociedade, corresponde à verdadeira expressão da natureza humana, envolvendo todos os passos e conhecimentos necessários a construção de indivíduos plenos nestas sociedades.

Aos processos educativos próprios das sociedades indígenas veio somar-se a experiência escolar, com as várias formas e modalidades que assumiu ao longo da história de contato entre índios e não-índios no Brasil. Necessidade formada “pós-contato”, a escola assumiu diferentes facetas ao longo da história num movimento que vai da imposição de modelos educacionais dos povos indígenas, através da dominação, da negação de identidades, da integração e da homogeneização cultural, a modelos educacionais reivindicados pelos índios, dentro de paradigmas de pluralismo cultural e de respeito e valorização de identidades étnicas”.

²MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 5a. ed. revista e ampliada – São Paulo: Atlas, 1999.

³Pira-Yawara é um termo genérico da linguagem geral, nheengatu, utilizado pelos índios para denominar as espécies de boto. Dizem que há botos amigos, o boto branco, e botos que não perdoam moça bonita que facilite pelos barrancos, é o denominado UIARA, “Senhor das Águas”. Dizem que, antes destes botos amorosos, havia o MIRA (o “boto gente”: boto em forma de gente), que era sério e bom e invejado por seus dotes másculos. Em razão disso, uma vez desagradando Tupã, veio a ser transformado em cetáceo e condenado a viver nos rios e lagos marginais. O “deus” vingativo foi extremamente cruel, deixando no animal atributos masculinos visíveis, além do poder de se aproximar das mulheres. Ademais, Tupã permitiu que o animal, em alguns momentos, tomasse a forma humana para que gozasse das delícias de um amor pleno. No entanto, isto, ao contrário do que se possa pensar, não era uma clemência do “deus” vingativo, visto que essa transformação transitória, permitida ao odiado galã, era um castigo terrível para quem deve viver no seu habitat ictiólogo (Projeto Pira-Yawara, 1998).

⁴BRASIL. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO E QUALIDADE DO ENSINO DO AMAZONAS. Gerência de Educação Escolar Indígena. Programa de Formação de Professores Indígenas da Secretaria Estadual de Educação – Projeto Pira-Yawara. Manaus: SEDUC, 2001.

⁵UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS. Curso Sequencial de Lideranças Indígenas. Manaus, 1999.

⁶UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS; FUNDAÇÃO DE POLÍTICA INDIGENISTA. Centro de Estudos Superiores Indígenas – Projeto Pedagógico. Manaus, 2002.

Memorial



Fabíola Bernardi no dia da posse dos Juizes Federais Substitutos

TABATINGA

Fabíola Bernardi

... A você e a quem mais se interessar, aí vão, então, algumas notícias sobre Tabatinga.

A Vara é de competência geral. Temos também Juizados, cível e criminal. O movimento ainda está pequeno, mas já tenho algumas coisas interessantes, como um roubo na agência dos Correios em Atalaia do Norte, cidade com cerca de 4 mil habitantes, da jurisdição da Subseção. Um TCO a respeito de um pretendido crime ambiental, em que um 'macaco da boca branca' é o objeto.

Por coincidência, um dia antes de receber o TCO eu tinha visto o tal macaquinho brincando, feliz da vida, na casa onde foi apreendido após uma denúncia. O bichinho vive lá há vários anos, totalmente ambientado, vacinado e de banho tomado, segundo me relatou a dona sem saber quem eu era (e eu parei pra brincar com o bichinho também sem saber que ele seria fotografado para aparecer nos anais policiais). A dona ainda me relatou que estava fazendo vaquinha entre os amigos para pagar a multa de R\$ 500,00 que, depois da denúncia, o IBAMA resolveu cobrar dela porque, do contrário, seu filho, que é louco apaixonado pelo bichinho, pode até ficar doente... Ações de JEF questionando suspensão de aposentadoria rural após auditoria, alguns inquéritos de contrabando, descaminho, crime ambiental, moeda falsa... Coisas assim.

Não acho que, com o tempo, a natureza das ações mude muito.

Provavelmente haverá, como sei que já existem, ações de tráfico e lavagem de dinheiro, mas o grosso é esse mesmo.

Os alojamentos foram construídos pelo TRF, em convênio com o Governo do Estado, nos fundos da JF. São duas casas pra Juiz e doze alojamentos para servidores. A casa de Juiz tem dois quartos, sendo um suíte, banheiro, sala boa, cozinha - pequena pro meu gosto, mas dá pro gasto - e lavanderia. Cada alojamento tem um quarto, banheiro e cozinha. É suficientemente confortável para uma pessoa. Estão sendo cedidos aos servidores mobiliados com cama, armários, sofá, mesa/cadeiras de jantar, geladeira, fogão e televisão. É um atrativo, já que seria - como foi - difícil encontrar quem se interessasse em vir para cá, dada a distância (uma passagem TBT/Manaus/TBT, pela única empresa aérea que faz o trecho, sai R\$ 1.000,00... é muito caro...). Os alojamentos estão parcialmente mobiliados; as coisas faltantes estão chegando agora. Ontem foi dia de festa porque chegaram os sofás; tava todo mundo feliz.

Sim, é verdade, aqui só se anda de moto. É a coisa mais engraçada, só vendo! Andam cerca de três a quatro pessoas. Normalmente, o pai, com um filho na frente, vai dirigindo. Faz-se um sanduíche do segundo filho e a mãe vem atrás. Outras vezes é possível encontrar adolescentes de menos de 15 anos, guiando tranqüilamente sua motoca, sem exibicionismo, nem nada, apenas porque não existe transporte coletivo na cidade (já puxei a orelha do prefeito por causa disso) e eles precisam ir pra aula... É bom observar que a velocidade não passa de 30 km/h. A moto, aqui, realmente, é um meio de transporte, pra levar de um lugar ao outro. Não tem nenhuma outra finalidade, como resgate de sonho da mocidade, desejo de velocidade, vontade de ganhar umas gatinhas, nada disso. Outro dia vi um casal. Estavam de mãos dadas e andavam, cada qual em sua moto, na exata mesma velocidade de, no máximo, 20 km/h. Iam conversando. Tão romântico! Não preciso dizer que, dado esse quadro, os carros existentes na cidade atrapalham, literalmente, o trânsito. Os motoqueiros, seja os particulares, seja os moto-táxis, olham desconfiados, como se o motorista de quatro rodas estivesse fazendo alguma coisa errada. Pra abrir a porta ao descer do carro, então! Eles olham feio mesmo, porque acontece de ter que desviar de uma porta abrindo...

Como disse o Dr. Catão, querido presidente do nosso tribunal, quando aqui estive para a instalação da Vara, "Moto, aqui, é como carapanã - pernillongo amazonense -: nunca vi tanto!"

Então a gente vai pra Letícia, na Colômbia. É estranho e difícil de acreditar (antes de chegar aqui eu não vislumbrava a coisa direito), mas, simplesmente, se vc não prestar atenção, não percebe que já está na Colômbia, a não ser, é claro, pelo fato de que, ao adentrar aquele país, passa-se a ouvir música brasileira (Bruno e Marrone; pagode), enquanto que, no Brasil, ouve-se música colombiana (ou afim, tipo salsa, lambada e zuke - não sei se é assim que se escreve).

A noite tabatinguense é muito animada. As pessoas adoram estar na rua. É impressionante o movimento, em se tratando de uma cidade pequena, no meio do nada... O negócio é passear. Eles saem nem que seja só pra dar uma volta de moto e voltar pra casa. O clima ajuda. Calor o dia todo e, durante a noite, um frescorzinho leve, uma brisa mansa, convidando praquela cervejinha que, ao contrário de Belém, eles se orgulham em manter gelada (com algumas exceções, que sempre as há - desembargadores do tribunal que o digam, pq tiveram de experimentar a exceção...). Se não quiser cerveja, a bebida da terra é, pasmem: "cuba libre". Tem em TODO lugar. Pode não ter água, nem cachaça, mas, rum, isso tem. E tem também o Baré, o guaraná da terra, que vem em garrafa de 600 ml, reaproveitada da cerveja Antarctica; 'já que é a própria que também o fabrica. Uma delícia!

E também tem o piriri tabatinguense. O piriri tabatinguense é a doença que mais mata o humor do recém-chegado. Não que ela preserve os mais antigos ou os moradores do lugar, mas ela prefere os novos. Quando se chega ao hospital do Exército (ah! me aconteceu semana passada), o médico-tenente pergunta: ‘quando vc chegou aqui’ e a pessoa, desidratada, pálida, contorcendo-se em cólicas, responde um tempo qualquer, ouvindo em seguida: ‘isso é assim mesmo, comigo, que cheguei há tantos meses, durou oito dias... quantos dias tem o seu?’. Em outro lugar, que vc vai só pra não fazer feio, porque foi convidado com tanto carinho, vc rejeita a comida e te perguntam: ‘tá ruim do intestino?’, ‘HURNRUM...’, ‘pois comigo durou quase duas semanas! Quanto tempo tem o seu?’, e por aí vai. Em todo lugar, todo mundo já teve. É uma irmandade. Os remédios e envelopes de soro já circularam também entre os servidores, recém/chegados como eu.

E tem as “andorinhas”. Não pequenas e sem graça como as que vcs conhecem. As nossas são grandes, pretas e, de manhã bem cedo, quando ainda não há movimento, dividem a rua com os cachorros sem dono e os poucos caminheiros.

Não saem da sua frente quando vc se aproxima, não têm medo de gente nem de cachorro e, durante o dia, formam verdadeiras nuvens sobre a cidade: os urubus. Não são feios. Pra falar a verdade, até gosto deles. E, melhor: não tem ratos, pelo menos, eu nunca vi.

Pra não deixar de falar da pizza, praticamente todas levam frango. É calabresa de frango, portuguesa de frango, califórnia de frango, curiosíssimo. Como não como frango, tenho que pedir pra tirar. Acham estranho, perguntam de novo: ‘mas é pra tirar o frango?’, ‘sim, é pra tirar o frango’. A pizza “familiar” alimenta umas 10 cabeças...

Por fim, temos, no 8º Batalhão de Infantaria da Selva, a “anaconda” mais famosa do Brasil. Já apareceu no Gugu e, hoje, segundo o Ten-Cel Medeiros, Comandante do batalhão, levanta o pescoço e faz pose quando alguém tira foto; virou celebridade. Tem 5,80 metros e participa das formaturas oficiais, assim como o César, uma onça pintada que já está há 12 anos no batalhão, é adorado por todos e, quando se cansa, deita na frente do palanque, esteja nele a autoridade que estiver.

Espero ter saciado um pouco a curiosidade de vocês. No mais, vcs devem vir para cá, como aventou o Bruno (que conhece o lugar), comer cevite, o nosso sashimi de pirarucu e, quem sabe, bater uma bolinha, os rapazes, com o Juiz de Direito, o Promotor e os meninos do Exército, enquanto as moças vão às compras em Letícia, para adquirir perfumes 30% mais baratos que nos grandes centros.

Abraço a todos.

BREVE

Fabiola Bernardi

Sempre que te busco, ó breve tempo,
silenciam a placidez e a tranqüilidade,
dando lugar à tua rápida passagem
de areia em brasa a tornar-se incandescente.

Sempre que te busco, ó breve vida,
agitam-se teus véus e te mostras
em campanha de longa guerra
a honrar tuas medalhas.

Sempre que te busco, ó breve beijo,
agitam-se despóticos lábios
a entreabrirem-se em lento silvo,
morno ruflar de ardentes asas.

Sempre que vos busco,
ó sensações, ó sentimentos,
breves também se tornam as tormentas,
porque vos tenho meus
e vos incorporo.
E, mesmo que raros, tais instantes de delícias
avultam-se, sublimam-se, percebem-se a si próprios,
entre areias, véus e teus lábios...

COMUNICADO

A Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região cumpre o dever de comunicar a queda da aeronave modelo Bandeirantes, de prefixo PT – WRO da RICO Linhas Aéreas, ocorrida ontem (14/5/2004), na qual viajava a Juíza Federal Substituta Dra. Fabíola Bernardi com exercício em Tabatinga no Estado do Amazonas.

Foram acionados o Comando Militar da Amazônia, o Corpo de Bombeiros e a Superintendência da Polícia Federal para realizarem o resgate e confirmarem o eventual falecimento da Magistrada.

Brasília, 15 de maio de 2004.

Aloísio Palmeira Lima

Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

CARTA À FABÍOLA

Márcia Maria Nunes

Juíza Federal – SJ/RJ

Querida,

Vou te contar um segredo. Mais um. Aliás, não é bem um segredo, já que você sabe disso muito bem. Mas não custa lembrar. Você é uma das melhores coisas que já aconteceram na minha vida.

Desde aquele primeiro contato, através da Lista AJUFE, em que você, muito elegante e educadamente, indagava sobre uma decisão minha favorável a desvalidos segurados do INSS, até a diária e incessante troca de e-mails, os questionamentos sobre a vida, tudo e todos, a descoberta de afinidades, o nome da minha filha (ainda quero aquele livro “Raissa” emprestado, pois, como te disse, não encontrei em livraria alguma), o pai ex-Irmão Marista (e eu, que estudei no Colégio Marista a vida toda?), a doença da mãe, a perda do meu pai, minha filha, a sua vontade de ter filhos, os gatos e o chinchila, a chegada da pequena cadelinha Bela à minha casa, fatos de nossas vidas, nossa querida Brasília...

Naquele tempo você morava em Belém – e adorava Belém. Tentamos combinar um encontro no Piauí, mas não deu certo. Você então resolveu voltar para Brasília, terra querida. E voltou. Mote perfeito para o nosso primeiro (dentre vários) encontros. Fui antes visitar minha sobrinha-neta, e acabei me atrasando. Fiquei com medo que você não estivesse mais no lugar combinado. Mas lá estava você, simplesmente iluminada e radiante, acho que não há outras palavras mesmo, irradiando aquela alegria e energia positiva que te são absolutamente peculiares. Com você, Wagner, queridíssimo amigo também, parceiro de momentos inesquecíveis.

Daí não teve volta (aliás, não teve volta desde o primeiro e-mail trocado): passei a amar e admirar a superlativa Fabíola Bernardi. Superlativa nos melhores sentidos possíveis: amiga querida, companheira, leal, generosa, determinada, sincera, carismática, profissional competente e dedicada, intensamente envolvida com o seu trabalho e com a Justiça, especialmente com preocupações sociais. Fabíola era realmente superlativa, vivia cada dia intensamente.

Noites e dias em Brasília, milhares de e-mails e telefonemas trocados (podemos publicar um livro, que tal?). segredos, medos, angústias, alegrias e conquistas compartilhados. Família, amigos, colegas de trabalho, dinheiro, dúvidas jurídicas, conselhos, dietas, saúde, doença, amores, dissabores, rumores. Tudo. Simplesmente tudo.

Combinamos um cruzeiro. Não deu certo. Combinamos de nos encontrar no Encontro Nacional da AJUFE em Floripa. Na última hora, em razão de problemas no meu apartamento (ia fazer uma pequena reforma e tive que colocar o apartamento inteiro abaixo), vazei. Arrependo-me até o último fio de cabelo, e você sabe disso (ainda temos que ir ao Beto Carrero juntas, com Raissa).

O ano de 2004 tem sido muito difícil para mim. Raissa teve que ser operada às pressas com apendicite supurada, e logo depois passei 2 meses com a mão direita imobilizada por conta de uma tendinite, sem poder escrever ou usar o computador.

Para você, mudanças radicais, Tabatinga, felicidade, vida plena e realizada distribuindo Justiça a pessoas muito necessitadas. Sem sombra de dúvidas uma pessoa muito útil, como sempre queria e precisava se sentir.

Quando soube do evento em Belém (Seminário Internacional sobre Direito Ambiental), e vi uma mensagem em que você afirmava que havia sido sorteada, resolvi fazer uma surpresa. Pois é. Sexta-feira, confirmada a autorização da Corregedoria para a viagem, tentei te ligar para saber o hotel em que você iria ficar. Ninguém atendeu em Tabatinga. Coloquei uma mensagem na Lista em sua procura, vários colegas tentaram me ajudar, e Dimis prontificou-se a transmitir meu recado para você.

Sexta-feira à noite fui jantar com duas amigas e falei muito de você, pode perguntar para elas. E no sábado, então? Fui almoçar na casa de uma amiga para fechar os detalhes da festa de aniversário da Raissa (lembra que ano passado você só não veio porque tinha um evento da AJUFER no mesmo dia?), mas só deu você na conversa, tal a minha empolgação em te reencontrar.

Volto para casa à tardinha, vou ao salão fazer as unhas para a viagem, volto para casa de novo, ligo a TV, e começa o Jornal Nacional.

Alguém pretende me avisar que você morreu.

Não, qué-rida, você não morreu, você não morrerá jamais.

Você está viva, muito viva, e assim continuará dentro do coração desta sua amiga

Márcia e de toda a Família Justiça Federal.

O ÚLTIMO ADEUS

Vera Lúcia Feil Ponciano

Juíza Federal – SJ/PR

Naquele dia, quando ninguém esperava, o fio tênue que mantinha você ligada a este mundo foi rompido.

Naquele dia uma porta diferente se abriu.

Naquele dia, um anjo levou você para um caminho assaz desconhecido.

Naquele dia, você partiu, deixando sonhos, ideais, amizades e muita saudade.

Num futuro distante, muito do que você fez ainda será lembrado pela memória da vida. Sua imagem não estará apenas em fotografias, mas na lembrança de todos. Sua doçura, seu sorriso, suas palavras não se perderão na memória dos anos. No livro da vida ficará marcada sua passagem. No coração de cada um que conheceu você estará guardada.

Muitas vezes pessoas se lembrarão de você. Lágrimas brotarão de corações cheios de saudade. Logo, elas cessarão porque a dor amenizará com a doçura de sua lembrança e mediante a certeza de que sua vida valeu a pena para todos aqueles que cruzaram seu caminho.

O calendário anunciará mais um ano. A saudade invadirá aqueles corações novamente. Onde estará você quando o sol se puser no horizonte e a lua trazer suas canções de prata? Estará tão longe, que não poderão vê-la nem senti-la? Com certeza eles a verão com os olhos do coração e a sentirão com a alegria da esperança de um reencontro.

Eles sabem que o relógio não vai parar e a vida vai continuar. Eles sabem que todos irão partir um dia. Sabem que nada vai parar só porque você partiu, pois este é o ciclo da vida, que consiste em nascer, crescer e morrer.

Eles verão ainda o sol nascer em quase todas as manhãs. Tudo vai continuar.

Rios correrão de encontro aos mares, as ondas ainda beijarão as areias da praia, a lua iluminará os lugares cobertos pelo véu da escuridão, os pássaros voarão de asas dadas pela imensidão dos céus. As fábricas continuarão a trabalhar, a ciência descobrirá novas coisas e aperfeiçoará outras, crianças nascerão para povoar a Terra.

Só que será difícil aceitar a idéia de que você não estará mais aqui, pois sua ausência causa um vácuo no coração de todos. Embora tudo vá prosseguir, sua lembrança será viva nos corações daqueles que a conheceram.

Você estará tão distante, fisicamente inacessível...em um lugar em que não há tempo e espaço, mas as lembranças de sementes de alegrias que você plantou darão frutos de paz, amor e esperança.

Você não teve tempo de dar o último adeus. Foi um adeus que todos deram sem querer, com saudade no coração quebrado pela tristeza. De você ficaram doces lembranças, pequenos grandes momentos de uma vida, sorrisos pairando no ar, recordações de alguém que um dia, aqui viveu... atravessou uma ponte e partiu para a eternidade com Deus, onde não há dor, lágrimas, e a luz é Ele mesmo, que alumia a todo ser humano que vem para este mundo e parte para o outro mundo.

JUÍZA DE MOTOCICLETA

Flávio Dino
Juiz Federal – SJ/DF

Nos cinemas, mais uma bela obra dirigida por Walter Salles. Depois de espelhar a pobreza brasileira em “Central do Brasil”, com “Diários de Motocicleta” ele reconstrói os nossos laços com a miséria latino-americana. E fala de generosidade e de amor, sentimentos que colocaram Ernesto (o imortal Che) e Alberto em cima de uma motocicleta, numa viagem ao mundo dos esquecidos, dos “invisíveis”.

Ontem à noite, numa fria sexta-feira brasiliense, enquanto assistia ao filme, e chorava, ainda não sabia que hoje também seria dia de lágrimas. Na floresta amazônica, a juíza federal Fabíola Bernardi encerrava, num desastre aéreo, a sua viagem de motocicleta pela vida. Conheci Fabíola há alguns anos.

Ficamos mais próximos quando ela veio para o Juizado Especial Federal de Brasília, por mim coordenado. Fabíola era determinada, franca, alegre. Fazia questão de assinar todos os despachos, mesmo os que poderiam ser feitos “de ordem” pela Secretaria, pois dizia que queria conhecer todos os processos. Insistia em fazer audiências, porque achava essencial o contato com as partes, para daí extrair a melhor decisão. Não se importava se isso daria mais trabalho, pois amava o trabalho. Indignava-se em ver o Estado negando direitos aos cidadãos.

Um dia entrou na minha sala: “Flávio, vou pedir remoção para Tabatinga (fronteira com a Colômbia). Fabíola, você não está feliz aqui? Estou ótima, mas lá em Tabatinga tem mais pobres, lá me sentirei mais útil”. Abracei-a, despedimo-nos, ela pegou sua motocicleta e foi. Ainda nos falamos mais uma vez por telefone.

Um amigo me ofereceu uma audiência com o ministro da Defesa, para discutir parcerias em Tabatinga. Liguei para ela e ouvi: “Flávio, gostaria de apoio do Exército para fazer Juizados Itinerantes nas cidades da Amazônia”. E assim foi, espontânea e generosamente, ser juíza onde a pobreza brasileira faz fronteira com a latino-americana.

No filme de Walter Salles, numa das cenas mais emocionantes, Che Guevara atravessa a nado um rio profundo, um rio que ninguém havia atravessado daquele modo, o rio que mantinha segregados os portadores de hanseníase em uma cidade amazônica. Cinquenta anos depois, a seu modo e com suas motivações, Fabíola se jogou ao rio e atravessou. Está feliz, na nova etapa de sua viagem.

No Juizado de Brasília, a sala que recebe as pessoas pobres, que não podem pagar advogados, será chamada de “Juíza Fabíola Bernardi”, um exemplo para os demais juízes federais do Brasil.

AGRADECIMENTOS

Brasília, junho de 2004.

Exma. Sra. Dra. Maria Lúcia,

Desejamos manifestar em meu nome e nos das irmãs da amada e querida FABÍOLA, ALESSANDRA e PRISCILA, a eterna gratidão pela inestimável ajuda que Vossa Excelência, pessoalmente e por todos os servidores da Seção Judiciária do Estado do Amazonas (AM) nos prestou por ocasião do seu trágico passamento nessa cidade de Manaus (AM), no dia 14 de maio p.p.

Somente o espírito de solidariedade humana, o apoio emocional e material de Vossa Excelência e dos seus colaboradores, naqueles momentos difíceis é que eu, Alessandra e Priscila tivemos força para suportar a dor da perda irreparável diante da tragédia que ceifou a vida da querida FABÍOLA.

Graças a Deus, a Vossa Excelência e a todos os Magistrados dessa Seção Judiciária, ao seu i. Diretor, doutor EDSON SILVA SOUZA e auxiliares é que foi possível atravessar aqueles momentos difíceis e indesejados para todos.

Somente Deus poderá recompensar a todos.

De nossa parte, fica o agradecimento eterno.

Atenciosamente.

ISRAEL JOSÉ DA CRUZ SANTANA

Decisões

PROCESSO N.º :2003.32.00.007211-4
CLASSE 7100 : AÇÃO CIVIL PÚBLICA
REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
REQUERIDO: EMPRESA BRAS. DE INFRA-ESTRUTURA
AEROPORTUÁRIA – INFRAERO E OUTROS

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS. ATRASOS EM VÔOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INFORMAÇÕES. ALIMENTAÇÃO. FISCALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO PARCIAL.

DECISÃO

Trata-se de ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, buscando provimento jurisdicional que compila as empresas aéreas requeridas a promover o cumprimento de todas as normas pertinentes à forma e ao modo de prestação dos serviços de transporte aéreo de passageiros, informando acerca de prováveis atrasos na partida e chegada das aeronaves, bem como dando total assistência aos passageiros nos casos de atraso excessivo dos vôos. E, ainda, que o Departamento de aviação Civil – DAC mantenha em regime de plantão por 24 horas nos aeroportos do Estado do Amazonas, com controle dos horários de partida e chegada de todos os vôos das companhias aéreas, bem como que estes fiscalizem, rigorosamente, a aplicação de todas as normas que determinam tais providências.

Acompanham a inicial, os documentos de fls. 20/111.

Intimadas, as requeridas manifestaram-se sobre a antecipação de tutela, sendo que uma das Requeridas, GOL TRANSPORTES AÉREOS S/A, além de requerer sua exclusão da lide, suscitou, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido (fls. 197/200). A Requerida META TRANSPORTES AÉREOS LTDA., por seu turno, argüiu a preliminar de carência de ação pela falta de interesse de agir (fls. 230/233), e a PENTA PENA TRANSPORTES AÉREOS S/A suscita a ilegitimidade passiva, tendo em vista realizar apenas transportes de carga (fls. 382/385).

Ata de Audiência às fls. 429/430, realizada com o fito de obter-se uma possível conciliação, a qual restou frustrada, conforme Termo de Transcrição de fls. 492/500.

Sucintamente relatados, decido.

Considerando que as Requeridas manejam preliminares, passo a analisá-las.

Quanto à impossibilidade jurídica suscitada pela Requerida GOL TRANSPORTES AÉREOS S/A (fls. 197/200), verifico não lhe assistir razão.

Com efeito, o Ministério Público Federal propôs a presente ação contra órgãos públicos e companhias aéreas requerendo medidas a serem aplicadas com vistas a assegurar o fiel cumprimento das normas legais, bem assim, a estabelecer procedimentos que, no seu ponto de vista, tendem a melhorar o atendimento ao público usuário, amparando a sua pretensão no Código de Defesa do Consumidor e na legislação pertinente ao transporte aéreo.

Desta forma, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, porquanto há admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa.

Com relação à carência de ação pela falta de interesse de agir, argüida pela META TRANSPORTES AÉREOS LTDA. (fls. 230/233), verifico, igualmente, o seu descabimento, em face dos princípios da efetividade e da inafastabilidade jurisdicionais estatuídos no inciso XXXV do art. 5^a da CF.

Demais disso, nos termos do artigo 21 da Lei n.º 7.34/85, tem-se a extensão do alcance da Ação Civil Pública à defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso III, da Lei n.º 8.078/90), legitimando o Ministério Público extraordinariamente e como substituto processual, para exercita-la.

Assim, rejeito a preliminar de carência de ação pela falta de interesse processual.

Cumpra, ainda, analisar a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelas requeridas.

Tratando-se, ainda, tão somente de decisão sobre o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, não vislumbro o momento adequado para decidir sobre ilegitimidade ou exclusão de quaisquer das Rés, aquelas que o Autor entendeu de ser demandadas, da lide.

Merece atenção o fato de que a presente ação tem por finalidade a tutela dos interesses dos passageiros que se utilizam dos transportes aéreos por meio de vôos regulares nos aeroportos de Manaus e demais do Estado do Amazonas.

Outrossim, quanto à empresa LÍDER TÁXI AÉREO, a princípio afirma e comprova que não opera com vôos regulares, destinando-se ao atendimento de serviços de táxi aéreo, cujos horários de vôos são estabelecidos pelos próprios contratantes. Assim, apesar de, neste momento processual, não excluí-la da lide, o pedido de antecipação de tutela em relação à mesma fica desde logo indeferido.

Embora a requerida PENTA PENA TRANSPORTES AÉREOS S/A alegue que não realiza transporte de passageiros, mas somente de carga, no

Estado do Amazonas, nos documentos por ela anexados demonstra que já realizou vôos partindo e chegando neste Estado, de forma a não justificar sua exclusão da lide. Todavia, também não poderá ser alcançada por eventual antecipação de tutela enquanto o Autor, MPF, não provar que a empresa realiza vôos regulares.

As demais empresas-requeridas não só estão legitimadas a figurar no pólo passivo da presente demanda, como suportar eventual decisão de antecipação de tutela, vez que são prestadoras do serviço, nos termos do artigo 14 da Lei n.º 8.078/90, como é público e notório, na condição de concessionárias para realização de vôos regulares.

Quanto ao DAC – Departamento de Aviação Civil, e a INFRAERO – Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária, observo, quanto ao primeiro, a atribuição do controle e fiscalização do funcionamento das empresas concessionárias de navegação aérea, e, quanto, à segunda, o poder-dever de operacionalizar a infra-estrutura aeroportuária industrial e comercial, atribuído pelo Ministério da Aeronáutica.

Desta feita, fica por ora afastada a preliminar de ilegitimidade passiva das Requeridas.

Superadas as questões acima, passo a análise do pleito antecipatório.

O legislador fixou como pressuposto genérico para a concessão da tutela de urgência estabelecida no art. 273, caput, do Código de Processo Civil, a verossimilhança da alegação, convicção esta que deve vir lastreada em prova inequívoca.

Portanto, a antecipação dos efeitos do provimento final buscado, só se torna viável quando, ante a higidez e completude do direito invocado, o juiz, projetando-se ao final da demanda, tem condições de inferir que o mérito, em um momento de cognição sumária, contempla sem sombra de dúvida julgamento favorável, independentemente de dilação probatória.

É o caso dos presentes autos. Afigura-se me viável a concessão de antecipação dos efeitos da tutela, eis que tal pretensão corresponde a um juízo específico de exame de efetiva existência do direito material reclamado.

A legislação aeronáutica vigente disciplina as obrigações que todas as empresas aéreas devem observar, mas é sabido que tais normas vem sendo reiteradamente desrespeitadas.

A cópia da notícia trazida com a inicial pelo MPF, dando conta de atraso de vôo por mais de 15 horas sem o atendimento adequado, infelizmente, não é uma exceção. Na verdade, tem ocorrido com muita frequência, sem que haja, em todos os casos, o cumprimento das normas atinentes ao serviço, que é o atendimento de recolocação no primeiro vôo, alimentação, hospedagem, etc.

Poder-se-ia afirmar que não há prova nos autos de que todas as Rés vem descumprindo estes preceitos, bem como que essa ou aquela cumpre religiosamente com as suas obrigações legais e contratuais em caso de atraso ou cancelamento de vôos.

Todavia, há necessidade da uniformidade das medidas a serem adotadas por todas as empresas Requeridas. Ademais, as próprias alegam que cumprem rigorosamente a regulamentação a respeito, mas é sabido que há descumprimento. Desta feita, a determinação decorrente do processo judicial faz-se necessário e nada mais é do que a judicialização da determinação legal e regulamentar, tão comum e cabível, inexoravelmente, em sede de ação civil pública.

A Portaria nº 676/GC5 de 13 de novembro de 2000 disciplina as Condições Gerais de Transportes e estabelece procedimentos a serem adotados pelas companhias de aviação.

Some-se à obrigação legal imposta pela referida portaria, as normas disciplinadoras trazidas ao nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor que firmaram o respeito ao indivíduo e sua dignidade.

O transporte aéreo configura relação de consumo especialíssima, pois além de plenamente amparada pelo CDC, mereceu atenção especial do legislador e do Poder Executivo, nos termos das normas jurídicas explanadas.

Por outro lado, o custo da passagem aérea é, em nosso país, elevado, e da mesma forma deveria ser o nível do serviço prestado por todas as empresas aéreas em todos os vôos.

Não é o que vem, rotineiramente, ocorrendo. Como se lê às fls. 34, os atrasos são uma constante, mas os cuidados e atenções devidas aos passageiros, nesses casos, são uma exceção.

O que se vê, como regra geral, são passageiros mal acomodados em bancos de aeroportos e, muitas vezes, sem ter condições para arcar sequer com os custos de uma refeição, quando na verdade, deveriam ter esse direito em atrasos superiores a duas horas.

Oferecendo um serviço irregular as companhias criam uma relação desigual, desnivelada, deixando o consumidor a mercê da “boa vontade” dos prepostos da empresa presentes no aeroporto no momento de seu embarque. Tal desnivelamento é que deve ser combatido.

É necessário reconhecer que os atrasos nem sempre dependem de ato ou omissão das companhias aéreas, uma vez que ficam sujeitos à intempéries, condições de tráfego, enfim, fatores alheios à sua vontade. No entanto, uma vez que tenham conhecimento dos motivos que geram o atraso da aeronave, devem imediatamente compartilhar tais informações com os passageiros para, de melhor forma, reequilibrar a relação de consumo que começa a ser abalada.

E mais: é forçoso reconhecer que atrasos sempre haverão; o que não se admite é o descumprimento das normas legalmente previstas em casos que tais, as quais são estabelecidas exatamente em face da condição de fragilidade dos consumidores dos caríssimos serviços de transporte aéreo – cuja natureza impõe normas rigorosas.

À INFRAERO, como responsável pela administração de aeroportos, compete igualmente zelar pelo equilíbrio da relação entre os consumidores e empresas aéreas.

Mas somente daqueles aeroportos que administra. Não havendo prova em contrário com a inicial, merecem razão as alegações da contestação no sentido de que a INFRAERO somente administra os Aeroportos de Manaus, Tabatinga e Tefé.

Ao DAC impõe-se a fiscalização rotineira, adequada e efetiva, garante de uma prestação de serviço em nível preconizado pela rigorosa legislação brasileira do consumidor e especialmente da prestação do serviço de transporte aéreo.

Se concedida em parte, apenas quanto a tais aeroportos e contra as empresas que efetivamente prestam serviços nestes aeroportos, não há perigo de irreversibilidade da medida antecipadamente determinada, pois que o pedido encerra nada mais que o cumprimento de responsabilidades a que as Rés já estão obrigadas, por determinações legais e de tratados internacionais.

Antevejo, portanto, a presença em conjunto dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela – em parte – e, por tais fundamentos, rejeito as preliminares de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e ausência de interesse de agir, bem como a de ilegitimidade passiva das Requeridas, e DEFIRO PARCIALMENTE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA postulada nos seguintes termos:

Determino às Rés empresas aéreas mencionadas na inicial, à exceção de PENTA PENA TRANSPORTES AÉREOS S/A e LÍDER TÁXI AÉREO, que:

Em caso de atraso de pouso e decolagem nos Aeroportos Eduardo Gomes - Manaus, Tabatinga e Tefé, atraso este que supere em 15 (quinze) minutos o horário originariamente previsto, haja comunicação imediata sobre o atraso e seu motivo, devendo repetir-se tal procedimento a cada 30 (trinta) minutos, até a solução do problema, com informações atualizadas – encaminhando-se tais informações à INFRAERO para que disponibilize tais informações via sistema de auto-falantes do respectivo aeroporto;

No caso da previsão de atraso ocorrer em momento anterior ao horário de partida da aeronave, haja comunicação imediata sobre o ocorrido e seu motivo, informando, ainda, o novo horário de partida e devendo repetir tal procedimento a cada 30 (trinta) minutos com informações atualizadas, até a solução do problema – encaminhando tais informações à INFRAERO para que esta as disponibilize via sistema de auto-falantes do respectivo aeroporto;

Ultrapassado o prazo de 02 (duas) horas do horário originariamente previsto para a decolagem, a companhia aérea forneça aos passageiros alimentação (lanche e bebidas não- alcoólicas);

Ultrapassado o prazo de 04 (quatro) horas do horário originariamente previsto para a decolagem, a companhia aérea cumpra o disposto no art. 22 da Portaria nº 676/GC5 de 13 de novembro de 2000;

Caso se adotem os procedimentos previstos nos itens 1.3 e 1.4, um funcionário da empresa aérea responsável pelo voo originário esteja permanentemente acompanhando os passageiros até seu embarque.

Determino ao Departamento de Aviação Civil – DAC que:

2.1) Mantenha um regime de plantão por 24 (vinte e quatro) horas nos aeroportos de Manaus, Tabatinga e Tefé, se não houver, com servidores que tenham em mãos relatórios com horário de pouso e decolagem de todos os voos operados no aeroporto respectivo;

2.2) Seus servidores estejam aptos a fiscalizar, com rigor, a aplicação de todas as disposições do item anterior (item 1 e seus subitens), possibilitando a oitiva dos passageiros prejudicados, elaborando um relatório diário de todas as ocorrências nos aeroportos de Manaus, Tabatinga e Tefé e encaminhando mensalmente relatórios das ocorrências ao Ministério Público Federal em Manaus.

Determino à INFRAERO que:

3.1) Divulgue a cada trinta minutos pelo serviço de alto falante as informações repassadas pelas empresas aéreas conforme o disposto nos subitens 1.1 e 1.2, repetindo-as a cada 30(trinta) minutos;

3.2) afixe cartazes tamanho 50x70, ou maior, fora de todas as salas de embarque e, também, dentro de todas as salas de embarque, nos quais deverão constar as determinações aqui exaradas e que emanaram desta decisão da Justiça Federal, assim como o e-mail da Procuradoria da República no Estado do Amazonas (denuncia@pram.mpf.gov.br), para que o passageiro, devidamente identificado e fornecendo seu endereço, possa comunicar eventuais irregularidades no cumprimento desta decisão.

4) Em caso de descumprimento de qualquer dos itens e subitens desta decisão será imposta multa pecuniária diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para o réu que se escusar ao seu imediato cumprimento ou, no caso de funcionário público no exercício da função, R\$1.000,00 (mil reais), neste último caso a ser inscrito em dívida ativa da União.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Manaus, 06 de fevereiro de 2004.

DIMIS DA COSTA BRAGA

Juiz Federal Substituto, respondendo pela 4ª Vara/AM

PROCESSO N.º 2004.32.00.002804-2

CLASSE 1300: AÇÃO ORDINÁRIA / SERVIÇOS PÚBLICOS

EMENTA: SERVIÇO PÚBLICO. REMOÇÃO. LISTA DE ANTIGUIDADE. CRITÉRIOS DE DESEMPATE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO.

DECISÃO

Visa a autora, na condição de Procuradora da Fazenda Nacional, em síntese, no âmbito do concurso de remoção de seus membros, quando da apuração da antiguidade sejam adotados pela União os critérios de desempate previstos no Decreto nº 4.434/2002 e não o previsto no parágrafo único do art. 2º da Portaria nº 110, de 26 de maio de 2003, do Excelentíssimo Senhor Ministro da Fazenda.

Nesse passo pugna pela elaboração de nova lista de classificação, no prazo de trinta dias, na conformidade do acima explicitado, mediante o estabelecimento de *astreinte* equivalente a R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia, e desse modelo dimanem as providências atinentes à posição da autora no certame.

Mediatamente, a procedência do pedido, com a confirmação da medida antecipatória, e os consectários legais de estilo.

Instruem a inicial os documentos de fls. **13/27**.

É a síntese. Decido.

Com efeito, a antecipação dos efeitos do provimento final buscado, só se torna viável quando, ante a *higidez* e *completude*, o juiz, projetando-se ao final da demanda, tem condições de inferir que o mérito, naquele momento, vale dizer, em cognição sumária, contempla sem sombra de dúvida, julgamento favorável, independentemente da produção de outras provas.

In casu, o Decreto nº 4.434, de 21 de outubro de 2002, no art. 3º, no que foi seguido pelo Edital nº 1, de 7 de maio de 2003, art. 4º, diga-se, lei do concurso, e pela Portaria nº 775, de 14 de novembro de 2002, art. 4º, § 2º, do Advogado-Geral da União, contrastam com a regra superveniente emanada do parágrafo único do art. 2º da Portaria Ministerial nº 110, de 26 de maio de 2003.

Ociosos é dizer que a Portaria Ministerial em apreço, não pode, primeiro, retroceder para alcançar situação já consolidada; e segundo, produzir efeitos inovando, sobretudo em manifesta testilha com o Decreto nº 4.434, de 21/10/2002, emanado do Chefe do Poder Executivo de hierarquia normativa superior.

Dentro dessa linha, a providência jurisdicional buscada há de ser amparada, vez que reunidos os requisitos simultâneos elencados no art. 273 do Código de Processo Civil.

Nessas condições, concedo, em parte, a antecipação dos efeitos da tutela, pelo que determino à União, na apuração da antiguidade da autora, mediante a elaboração de nova lista, no prazo de 30 (trinta) dias, em caso de empate, observar estritamente os critérios previstos no art. 3º do Decreto nº 4.434/2002, bem como na Portaria nº 775/2002, do AGU e no art. 4º e parágrafo único, do Edital nº 1, de 07/05/2003, até ulterior deliberação deste Juízo.

Fica a ré e seus agentes advertidos quanto à cominação posta no inciso V e no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil.

Satisfeitas as custas iniciais, intimem-se e cite-se, com as cautelas legais.

Manaus, 07 de junho de 2004

BOAVENTURA JOÃO ANDRADE
Juiz Federal

Sentenças

SENTENÇA N.º ____/2004
PROCESSO N.º: 2003.32.00.003151-0
CLASSE N.º 2100: MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRANTE: BRASTEMP DA AMAZÔNIA S/A.
IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM MANAUS
JUÍZA FEDERAL: JAIZA MARIA PINTO FRAXE

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE). LEIS 10.168/00 E 10.332/01. CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

SENTENÇA

Vistos, etc.

Trata-se de Ação de Mandado de Segurança ajuizada por BRASTEMP DA AMAZÔNIA S/A contra ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM MANAUS, onde alega, em síntese, que:

1 – É pessoa jurídica de direito privado, cujo objeto social é a indústria e o comércio, importação e exportação de produtos eletrodomésticos;

2 – Firmou contrato de prestação de serviços com empresa sediada no exterior;

3 – A partir do contrato, ficou sujeita à incidência da CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - , instituída pela Lei 10.168/00, posteriormente alterada pela Lei 10.332/01;

4 – A contribuição referida é ilegal e inconstitucional, seja pela ausência de lei complementar que a instituiu, seja pela falta de correlação entre o sujeito passivo e a destinação do produto de sua arrecadação, seja porque possui natureza jurídica de imposto;

Após o arrazoado acima, postulou a declaração incidental de inconstitucionalidade da contribuição atacada, com o consequente direito de não se sujeitar ao seu recolhimento.

Anexou procuração e documentos.

Decisão às fls. 46/47, indeferindo a liminar pleiteada.

Comunicação de interposição de agravo de instrumento, às fls. 51/76.

Guia de depósito da contribuição discutida, no valor de R\$ 249.322,94 (duzentos e quarenta e nove mil, trezentos e vinte e dois reais e noventa e quatro centavos), à fl. 79.

A Autoridade apontada como coatora prestou as informações legais, às fls. 85/93.

A decisão que indeferiu a liminar foi mantida por este Juízo Federal, à fl.94.

O Ministério Público Federal ofereceu Parecer escrito, às fls. 98/100, onde alega não possuir atribuição para se manifestar quanto ao mérito da presente controvérsia, embora deixe expressamente registrada a regularidade formal da ação.

Vieram-me os autos conclusos para proferir Sentença.

Passo a decidir.

Alega a ilustre Autoridade Impetrada que o Mandado de Segurança não é a ação cabível para discutir a constitucionalidade da contribuição impugnada. Aduz que o Impetrante deve-se valer da ação de rito ordinário, adequada a este tipo de discussão.

Rejeito a questão processual levantada, uma vez que já é pacífico na doutrina e jurisprudência que a Ação de Mandado de Segurança é meio procesual cabível para discutir a constitucionalidade de lei ou ato administrativo.

Passo ao exame do mérito.

A Lei 10.168/00 criou uma contribuição de intervenção no domínio econômico para financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade – Empresa para Apoio à Inovação.

Em linhas gerais, o que diferencia as contribuições dos demais tributos é o fato de terem elas uma destinação específica, sendo que isso se depreende da leitura do artigo 149 da Constituição Federal.

Por sua vez, o Programa de Estímulo à Interação Universidade tem por objetivo estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centro de pesquisa e o setor produtivo.

No caso específico da CIDE examinada nestes autos, estou convencida de que foi instituída uma contribuição para fomentar o desenvolvimento da atividade tecnológica, modalidade interventiva que a doutrina denomina de intervenção-incentivo.

Em situações como a presente, é imprescindível que o sujeito passivo da contribuição aufera benefício com a sua instituição.

Pois é exatamente o que deve ocorrer com a Impetrante, já que se trata de empresa cujo objeto social primordial é a fabricação de produtos eletrodomésticos.

O destinatário **imediato** de todo avanço tecnológico é a indústria, já que aufera bônus muitas vezes imensuráveis com o implemento de conquistas oriundas da modificação de tecnologia.

Tanto assim é verdade, que a disputa e o segredo em torno de projetos industriais inovadores é o que mais movimentava o setor industrial na atualidade, seja no Brasil, seja em qualquer parte do mundo.

Também devo reconhecer que a coletividade igualmente tira proveito da pesquisa tecnológica, porém na qualidade de destinatário **mediato**, pois antes de desfrutar do benefício e da comodidade de qualquer tecnologia inovadora, esta já foi contabilizada pela indústria que a produziu, bem como pelo comércio que a repassou.

Por este raciocínio, não verifico ausência de correlação entre o sujeito passivo da contribuição ora analisada e o destinatário da sua arrecadação.

No que diz respeito ao argumento de inconstitucionalidade da CIDE em exame por ausência de Lei Complementar, não o acolho, já que inexistente regra no texto constitucional que, direta ou indiretamente, exija tal categoria de lei para criação de contribuições de intervenção no domínio econômico.

Também não identifico a ocorrência de natureza jurídica de imposto na novel contribuição, seja porque não verifico a identidade de fato gerador e base de cálculo com o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Royalties, seja porque não se trata de mero adicional a este.

Por fim, deixo consignado que a CIDE ora impugnada atinge direta, específica e positivamente as Empresas do mesmo segmento da Impetrante, dado que promove a interação entre os agentes do processo de inovação (indústrias), rompendo estrangulamentos tecnológicos, ampliando a densidade dos produtos e criando a competitividade industrial entre as empresas nos mercados nacional e internacional, havendo compatibilização com os Princípios da razoabilidade e Proporcionalidade.

Por tais argumentos, não identifico qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na contribuição examinada.

Ante o exposto, não havendo direito líquido e certo a ser protegido, **DENEGO** a Segurança pleiteada.

Custas na forma da lei.

Sem honorários advocatícios.

P.R.I

Manaus/AM, 7 de Junho de 2004.

JAIZA MARIA PINTO FRAXE

SENTENÇA Nº _____/2004
PROCESSO Nº 2003.32.00.700107-2
CLASSE Nº 1900: ORDINÁRIAS/OUTRAS
REQUERENTE: EDNA MAURICIO DO NASCIMENTO
REQUERIDO: UNIÃO FEDERAL E OUTRO
JUÍZA FEDERAL SUBSTITUTA: GENEVIÊVE GROSSI ORSI

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL.
EXPULSÃO DE SERINGUEIROS E AGRICUL-
TORES. RESERVA INDÍGENA. DANOS MATE-
RIAIS E MORAIS. PROCEDÊNCIA PARCIAL
DO PEDIDO.

SENTENÇA¹

I – RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária proposta por EDNA MAURICIO DO NASCIMENTO contra a FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI E A UNIÃO FEDERAL, objetivando o pagamento de indenização a título de danos morais e materiais.

É o sucinto relatório, consoante inteligência do art. 38 da Lei n. 9099/95.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Das preliminares

Preliminarmente alega a Ré a incompetência dos Juizados Especiais Federais para processar e julgar o presente feito. Sem razão.

Com efeito, a questão de fundo que será versada por ocasião da análise do mérito não diz respeito à disputa dos direitos indígenas. Não é esta a matéria que será utilizada para apreciar o mérito, uma vez que este diz respeito à indenização por danos materiais e morais em razão da expulsão de seringueiros e agricultores do Vale do Javari em virtude da criação de uma reserva indígena no local. Assim, não será discutido se os índios teriam ou não direito de serem assentados naquela área, mas sim a situação dos não indígenas que tiveram que sair de lá.

Pela mesma razão não procede a alegação de que a demanda versaria sobre bem imóvel da União, haja vista que não é esta a questão de fundo que se apresenta. Não será discutida a legitimidade da posse das terras do Vale do Javari. Ademais, o pedido concerne à indenização por danos materiais e morais, não à propriedade ou posse de terras da União.

Quanto à alegação de que a lide versaria sobre direitos individuais homogêneos, igualmente não se vislumbra respaldo legal. Realmente, o óbice às demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos alcança os casos de ações em que há o substituto processual. O direito subjetivo individual mantém a sua característica de particular ainda que se origine de um ponto comum – direito individual homogêneo. A postulação individual ou o litisconsórcio facultativo com número pequeno de demandantes não compromete a celeridade do andamento dos processos deste juízo.

Logo, não há violação ao art. 3.º, § 1.º, incisos I e II, da Lei Federal n.º 10.259/01, como prequestionou a Ré.

Afasto, portanto, a preliminar de incompetência do Juizado Especial Federal.

Quanto à preliminar de ausência do interesse de agir, dispõe a União que a FUNAI não se recusa a pagar a indenização pelas benfeitorias aos que ocupavam as terras do Vale do Javari de boa-fé.

Ocorre que o pedido inicial não concerne à indenização pela realização de benfeitorias, mas sim à totalidade dos danos materiais experimentados pelo autor em face da mudança de vida e à indenização por dano moral. Ademais, o acesso à justiça, previsto no art. 5.º, XXXV, da CF, não está vinculado à esfera administrativa. Presente, portanto, o interesse de agir.

Afastada também a preliminar de falta de interesse.

A última preliminar suscitada diz respeito ao defeito de representação da advogada Maria Iracema Pedrosa para figurar no presente feito sob o argumento de que sem instrumento de mandato o advogado não pode procurar em juízo, bem como de que a Constituição Federal não autoriza a criação de Defensorias Públicas Municipais. Sem razão a Ré.

Primeiramente, deve-se ressaltar que nos Juizados Especiais Federais é dispensável a presença de advogado. Além do mais, contrariamente ao afirmado pela Ré, a advogada apresentou sim instrumento de procuração, conforme fls. 06 dos autos, o que já é o suficiente para legitimar sua atuação no presente caso.

No que diz respeito à alegada inconstitucionalidade da existência das Defensorias Públicas Municipais, em que pese assistir razão à Ré quanto essa afirmação, verifica-se que a Lei Municipal n.º 976/99 de Benjamin Constant não procedeu à criação de uma Defensoria Pública Municipal, mas sim à

regulamentação dos serviços de assistência judiciária gratuita aos seus municípios necessitados.

Assim, embora referida lei municipal seja desnecessária, uma vez que, como a própria Ré apontou, a CF assegura a assistência judiciária gratuita aos necessitados e a Lei n.º 1.060/50 regulamenta esse direito, não há que se falar em inconstitucionalidade, visto que a lei em questão não cria nenhuma Defensoria Pública Municipal, não havendo nenhuma incompatibilidade com a Lei Maior.

A única irregularidade que se vislumbra é o fato de a ilustre advogada contratada pela Prefeitura de Benjamin Constant ter se auto-intitulado Defensora Pública Municipal. No entanto, tal irregularidade não é suficiente para infirmar a representação processual, em razão da procuração que foi devidamente providenciada. Afasto, pois, a preliminar de irregularidade da representação processual do autor.

Da prejudicial de mérito

Por ocasião da realização da Audiência de Conciliação, Instrução e Julgamento, a Ré arguiu a prescrição quinquenal com fundamento no art. 1.º, do Decreto n.º 20.910/32. Sem razão a Ré.

É que os artigos 198, I e 3.º, III, do Código Civil de 2002 estabelecem que não corre a prescrição contra os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Realmente, tendo em vista as condições adversas em que vivem os ribeirinhos, é de se ver que os mesmos, no momento em que tiveram que sair do Vale do Javari por determinação da FUNAI, não tiveram a oportunidade de expressar seu inconformismo com a nova situação, seja pela falta de informação, decorrente da insuficiência de educação formal na região, seja pela localização geográfica em que se encontravam que, todos sabem, é de difícil acesso, dificultando a presença do Poder Judiciário e dos demais órgãos que desempenham funções essenciais à Justiça.

Patente, desse modo, a impossibilidade de os ribeirinhos expressarem sua vontade, o que caracteriza uma causa legal de impedimento da fluência do prazo prescricional, a teor dos dispositivos legais acima mencionados.

Demais disso, ainda que a causa impeditiva não estivesse configurada, a criação da reserva indígena somente ocorreu com a edição da Portaria n.º 818, de 11 de dezembro de 1998, publicada em 14 de dezembro de 1998, conforme noticiou a própria Ré. Sendo assim, a data de 14.12.98 é o marco inicial para a contagem do prazo prescricional, momento em que se tornou concreto o direito que embasou a saída dos ribeirinhos que viviam no Vale do Javari.

Afastada a prejudicial, ingresso na análise do mérito propriamente dito.

Do mérito

A responsabilidade tem como pressuposto o dano ou prejuízo.

O conceito de dano é único: invariavelmente corresponde a uma lesão. Há, todavia, duas espécies de dano: material e moral. O primeiro está relacionado com o patrimônio. Por sua vez, o dano moral se materializa como qualquer sofrimento de cunho não pecuniário. É o constrangimento que alguém experimenta atingindo a sua individualidade. Alcança a idéia de proteção aos direitos de personalidade, tais como o psíquico, o emocional, a integridade física nos campos afetivos, social, intelectual.

Dano moral e material, portanto, não se confundem. Este visa ao ressarcimento de perdas e danos e lucros cessantes com retorno ao status quo ante, mediante recomposição material do lesado. Diversamente, a reparação moral detém caráter punitivo ao infrator e meramente compensatório à vítima, uma vez que não há como quantificar a dor.

Os danos morais são presumidos e decorrem do simples fato da violação do direito à personalidade. O dano moral, tido como lesão ao âmago e à honra da pessoa, relaciona-se com uma parte muito própria do indivíduo – seu interior. Contudo, há que se perscrutar acerca da razoabilidade da lesão, da relevância jurídica da ofensa, abstraindo-se meros aborrecimentos do cotidiano, sob pena de se transformar qualquer falibilidade humana em danos morais e inviabilizar, por completo, o convívio social.

Levando em conta a situação aqui apresentada, evidente o dano material e moral provocado pelo Estado.

O dano material evidencia-se pelos bens que o autor foi obrigado a deixar no Vale do Javari, tal como uma casa coberta de palha e assoalhada de pachiúba, e uma casa de farinha, bem como pela fonte de subsistência que o autor deixou de possuir em sua antiga moradia, já que retirava seu sustento da terra e da água, razão pela qual os gastos com alimentação eram praticamente inexistentes.

Transportado para a vida na cidade, a realidade que lhe foi apresentada foi bem distinta, uma vez que, sem terras para plantar, necessitou de capital para se sustentar, além de ter que arcar com despesas que antes não existiam.

Sendo assim, considerando-se as perdas materiais sofridas pelo autor, bem como as despesas decorrentes da mudança de estilo de vida, fixo a indenização a título de danos materiais no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O dano moral também resta evidente. Consta nos depoimentos acostados nos autos que o autor sempre viveu na região do Vale do Javari. Retirá-lo bruscamente do seu habitat, lugar em que fincou raízes e que lhe proporcionava tranqüilidade, sustento, certeza quanto a uma certa qualidade de vida, denota inquietação psíquica e emocional patente, suficientes para ensejar uma indenização por dano moral.

Não merece prosperar o argumento da Ré de que as terras sempre foram da União e que por isso seria incabível o dano moral. A uma porque a reserva indígena somente foi demarcada em dezembro de 1998. A duas porque, ainda que ficasse comprovado que a área habitada pelo autor era de propriedade da União, tal constatação não a autoriza a menosprezar socialmente os ribeirinhos que viviam no Vale do Javari, dignos de tanta proteção quanto os indígenas.

Com efeito, são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3.º, da CF, a construção de uma sociedade justa, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

No caso concreto, o Governo Federal não observou referidos objetivos, uma vez que deixou os ribeirinhos desamparados socialmente, agravando as suas condições de vida. Ainda que a FUNAI tenha promovido o pagamento de algumas verbas indenizatórias, com o intuito de ressarcir os ribeirinhos das benfeitorias que haviam realizado no local, situação em que não se encontra o autor, tal ação não foi suficiente para amenizar os efeitos danosos causados pela mudança de estilo de vida. Para minimizar esta situação o Governo deveria ter providenciado a transferência dos ribeirinhos para uma área semelhante a que viviam.

Como bem ressaltou o Ministério Público Federal, opinando favoravelmente à concessão das indenizações, a pacificação social na região somente será atingida quando os direitos dos dois grupos sociais, índios e ribeirinhos, forem respeitados, o que ainda não ocorreu em relação aos ribeirinhos que habitavam o Vale do Javari.

Igualmente não merecem prosperar as alegações de que os ribeirinhos estariam depredando o meio ambiente, prejudicando o habitat dos índios, e que por isso não fariam jus a uma indenização por dano moral, uma vez que o antropólogo acima referido atestou que o *modus vivendi* dos ribeirinhos não é necessariamente predatória e que isso só ocorre quando os mesmos são fomentados ou vinculados a esses interesses.

No que tange à quantificação do dano moral, deve-se ter em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Cumpre ao Magistrado sopesar três requisitos:

1) Capacidade econômica das partes – para que seja punitiva ao causador do dano, mas não a ponto de gerar enriquecimento ilícito à vítima. Ao mesmo tempo, deve ser compensatório a esta última evitando arbitramento de valores insignificantes.

2) Extensão do dano – deve-se ter em conta a relevância jurídico-social da ofensa.

3) Intensidade da culpa – deve-se verificar a intenção em causar o dano, pois um dos objetivos da reparação é desestimular a reincidência.

Insta-se rememorar também que quando o ato ilícito é praticado pelo Poder Público, a Fazenda Pública representa a coletividade e, portanto, o dano moral deve ser fixado apenas com base em seu caráter compensatório. Exclui sua faceta punitiva, sob pena de ser socializada a reparação. Assim, a modicidade é imperativa.

Levando em conta os requisitos acima, concluo que seria razoável uma indenização de R\$5.000,00 (cinco mil reais), que não só compensasse o Autor, mas também compelisse o Executivo a não proceder mais de forma omissa.

Por fim, ressalte-se que não há que se falar em afronta ao art. 20, inciso I e XI da CF, tampouco aos arts. 134 e 231 e parágrafos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 6.º, da CF, como prequestionou a Ré, posto que não se discutem nos autos a posse ou propriedade de terras da União ou direitos indígenas.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, afastadas as preliminares e a prescrição quinquenal, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido do autor para condenar a União Federal e a Fundação Nacional do Índio – FUNAI ao pagamento da importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais e materiais, valor este a ser atualizado monetariamente pela taxa SELIC, conforme dispõe o novo Código Civil.

Sem custas nem honorários.

Em conseqüência, extingo o processo com julgamento de mérito, com fulcro no art. 269, I do CPC.

Transcorrido o prazo recursal, expeça-se ofício à Requerida para cumprimento da presente decisão, nos termos do art. 17, da Lei n.º 10.259/2001.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se.

P. R. I.

Manaus, 15 de abril de 2004.

GENEVIÈVE GROSSI ORSI

Juíza Federal Substituta do

Juizado Especial Federal do Estado do Amazonas

¹ Igualmente, o juiz federal Dimis da Costa Braga, em 26 de março de 2004, proferiu sentença no mesmo sentido, cuja ementa, é a seguinte: Responsabilidade Civil e Administrativa: pedido de indenização por danos materiais, morais e à imagem, em face da retirada da parte autora e de sua família, pela FUNAI, de sua morada no Vale do Javari. Rejeição das preliminares de defeito de representação, incompetência do JEF, ausência de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido. Afastada a prejudicial de prescrição. Danos materiais quanto a benfeitorias (art. 231, § 6º, da Constituição Federal) e extrapatrimoniais quanto aos danos aos direitos morais e da personalidade. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana: Pedido Procedente. (4ª Vara. PROCESSO Nº 2003.32.00.700263-6).

SENTENÇA N.º 002/2004 – SJ/TAB
PROCESSO N.º 2004.32.01.0014-6
AUTOR: MNISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÊ: JULIA EDITH BULLA CIFUENTES

EMENTA: PENAL. DESCAMINHO. ÁREA DE
LIVRE COMÉRCIO. TABATINGA. LETÍCIA.
AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO.

Trata-se de ação penal em que se busca a condenação da autora pela prática da conduta descrita no art. 334 do Código Penal Brasileiro.

Denúncia a fls. 04/05. Recebimento a fls. 48.

Interrogatório da acusada a fls. 62/64.

Com a instalação da Subseção Judiciária de Tabatinga os autos foram redistribuídos.

Defesa prévia a fls. 74/75.

Oitiva das testemunhas de acusação a fls. 100/102.

DECIDO.

O processo teve desenvolvimento regular. Na audiência hoje realizada, porém, não atentei para o fato de que eram três as testemunhas de acusação e que uma delas, em obra tenha sido localizada, expressou dificuldade em chegar até Tabatinga, a fim de participar de audiência para sua oitiva, fosse a já designada para hoje, fosse qualquer outras, dada a distância e difícil acesso a partir do local onde está residindo.

Na audiência, o nobre Órgão do Ministério Público Federal deveria ter sido consultado acerca de seu interesse em insistir na oitiva. Por equívoco de minha parte, isso não foi feito mas, em contrapartida, superou-se a fase do art. 499, do CPP, com alegações finais remissivas, donde conluo pela desistência tácita da oitiva da testemunha.

Passo à análise do mérito.

Em se tratando de descaminho – sobretudo de mercadorias de valor relativamente baixo, que gerariam um imposto de valor também, correspondentemente, baixo -, antes de tudo, há que se identificar o dolo na conduta do agente.

Com efeito, não se pode apenas deduzir a intenção de lesar o Fisco do fato de a pessoa possuir mercadoria estrangeira desacompanhada do respectivo pagamento de imposto, visto que não se admite, na hipótese, a responsabilidade objetiva.

In casu, essa realidade torna-se tanto mais importante quando se tem em mente a existência, na região de Tabatinga, de área de livre comércio.

De fato, nada obstante conste, dos autos, o ofício de fls. 06, em que a Receita Federal em Tabatinga apresenta cálculo do imposto devido, não se tem conhecimento do teor do ofício encaminhado pelo MPF à Receita, e que teria resultado naquela informação.

Faço essa observação porque, a princípio, mercadoria estrangeira internalizada na Área de Livre Comércio de Tabatinga, para o fim de consumo, faz jus à suspensão do imposto de importação, consoante disciplina o art. 3º, I, da Lei nº 7.965/89.

Em Cartilha elaborada pela inspetoria da Receita Federal em Tabatinga para esclarecer questões exatamente relativas a essa internação de produtos estrangeiros na fronteira, é dito que a entrada de mercadoria estrangeira na ALCT pode se dar por via aérea, terrestre e fluvial.

No caso sob análise, a mercadoria foi transportada por via fluvial.

Eis que a dúvida remanesce quanto a se mercadoria trazida para o Brasil com o fito de ser, aqui, comercializada, caracterizaria consumo. É um questionamento plausível, já que a propriedade, com a tradição mediante o comércio, exaurir-se-ia, no que diz respeito à ré, e, pois, por esse prisma, a mercadoria teria sido consumida (embora não em proveito próprio com se pode, em um primeiro momento, acreditar ser a exclusiva internação da lei).

Essa conclusão, para efeito desta sentença, porém, não é importante. O que quero demonstrar com esse raciocínio e que, se a questão é intrincada até para quem está analisando o dirieto, mais ainda o é para a população que vive do comércio na zona de fronteira. Para esses pequenos comerciantes existe uma verdadeira zona nebulosa no que diz respeito às mercadorias que serem ou não, passíveis de trânsito sem necessidade de pagamento de imposto.

O caso da autora não é diferente.

Veja-se, em primeiro lugar, que lá se apresentou espontaneamente aos policiais que realizavam a diligência, reclamando a propriedade dos bens. Se ela imaginasse que sua conduta era punível, jamais o teria feito. Apresentou-se, porém, mostrando a Nota Fiscal de aquisição da mercadoria no Peru; não o fez por simplicidade, mas por acreditar que transportava mercadoria legalmente adquirida.

Essa nota (fls. 15) está em nome de pessoa diversa da ré, porque, como ela esclarece, não tinha, inicialmente, intenção de adquirir e vender as tais barras de ferro. O que tinha era um crédito a receber de terceiro, no Peru, pessoa essa que não pôde lhe pagar e entregou as barras em lugar de parte da dívida.

Vê-se, então, que a ré não planejou o comércio daqueles produtos; a necessidade de comercializá-los surgiu no momento em que se viu sua proprietária. Inicialmente, pensou em vender as barras em Letícia, onde a maior loja do ramo na cidade ofereceu-lhe um preço inferior ao que desejava, concluindo, só então, por negociá-las no Brasil.

Tanto mais caracterizada está a ausência de dolo na conduta da autora quando se vê que, se ela conhecesse as normas que orientam a internação de produtos na ALCT, poderia valer-se da interpretação que apresentei linhas antes, no sentido de que trouxe as barras de ferro para consumo, o que lhe daria direito à suspensão do tributo.

Não conhecia as normas, mas conhece o dia-a-dia. Quem reside na região sabe que é rotina buscar produtos para consumo em Letícia, na Colômbia. Sabe que, por exemplo, os supermercados de Tabatinga abastecem-se, em Letícia, de gêneros alimentícios perecíveis.

Essa facilidade na movimentação de mercadorias entre os países da fronteira Brasil-Colômbia-Peru só corrobora o entendimento de que é muito mais provável que a autora não soubesse que tinha que recolher imposto – se é que tinha, efetivamente, o que, repiso, considero questionável – do que tenha, conscientemente, agido com vontade de elidir seu pagamento.

Ora, se não se verifica o dolo em sua conduta, não há que se falar em tipicidade.

A propósito do tema, colho da jurisprudência pátria:

“RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. APREENSÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA. PEQUENO VALOR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DOLO. AUSÊNCIA.

Ausência de comprovação da vontade deliberada de iludir o Fisco. Precedentes. Recurso desprovido.” (STJ – 5ª T. – RESP 310483/CE – DJ DATA: 05/08/2002 – Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA)

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. CONFIGURAÇÃO. TIPO SUBJETIVO. ONUS PROBANDI.

I – O delito de descaminho, no tipo subjetivo, exige o dolo de iludir o pagamento do tributo devido, não podendo tal situação ser desprezada, confundindo-a com matéria de interesse extra-penal ou o que seria pior, aceitando eventual responsabilidade objetiva (Precedentes).

II – Ainda que, na maioria das vezes, conforme dicção da doutrina, o dolo venha a ser demonstrado com o auxílio do raciocínio, tal não se confunde com mera presunção que possa excepcionar o disposto no art. 156 do CPP.

Recurso desprovido.” (STJ – 5ª T. – RESP 259504/RN – DJ DATA: 18/03/2002 – Min. FELIX FISCHER)

(Destaquei.)

Do voto condutor do acórdão no último julgado que colaciono, transcrevo a pertinente explicação do Min. Felix Fischer:

“É regra basilar de interpretação que, em princípio, nenhuma palavra no texto legal é supérflua. Iludir, vale lembrar, é sim, também deixar de cumprir ou de executar, mas utilizando truques ou engambelamentos. É,

enfim, enganar. Pois, este elemento deve ser realizado de forma, é obvio, dolosa. Não há que se falar, data vênia, de dolo específico ou de elemento subjetivo adicional (especial fim de agir). É só o dolo de iludir (no todo, ou em parte ...) que, por sua vez, se apresente indispensável (art. 18, parágrafo único do CP c/c o art. 5º, inciso II, da Carta Magna).”
(Destques no original)

A mesma linha de raciocínio é adotada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“PENAL. DESCAMINHO. MERCADORIA IMPORTADA. AQUISIÇÃO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. DESCONHECIMENTO. ERRO DO TIPO.

Configura-se o crime descrito no artigo 334 do Código Penal, quando o agente tem a livre consciência de que a importação ou exportação é ilegal. Não configurado o dolo direto, existe a culpa e essa não é punível.

Na espécie, restou comprovado que as mercadorias apreendidas foram adquiridas em estabelecimento comercial, sem que o acusado tivesse conhecimento da sua ilicitude.

Recurso de apelação improvido.” (TRF 1ª - 4ª T. – ACR 93.01.10218-8/AC – DJ 01/10/1999 – JUIZ MÁRIO CÉSAR RIBEIRO)

“PENAL. DESCAMINHO. CPB, ART. 334, ‘CAPUT’. DOLO. NÃO DEMONSTRAÇÃO.

Constitui a infração descrita no art. 334, ‘caput’, do Código Penal Brasileiro a importação de mercadorias estrangeira, com ilusão do pagamento do tributo devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

Para caracterização do crime de descaminho é indispensável a presença do dolo específico, consistente no ânimo de iludir, no todo ou em parte, o pagamento do imposto devido.

Não demonstrado o dolo, mantém-se a sentença absolutória.

Apelação improvida.” (TRF 1ª - 4ª T. – ACR 2000.10.00.015087-9/MG – DJ 12/06/2003 – DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ)

Posto isso, **julgo improcedente a denúncia e ABSOLVO a ré** com arrimo no art. 386, III e V, do CPP.

Todavia, outras questões hão de ser vistas nestes autos.

A ré, desde sua prisão, relata que sofreu cobranças indevidas por parte dos policiais militares que atenderam à ocorrência a qual resultou em sua prisão.

Em seu depoimento à Polícia Federal, afirmou que “os Policiais Militares lhe propuseram que, mediante o pagamento de R\$ 800,00., a interrogada seria liberada e o ferro poderia ser levado consigo; ... a interrogada

possuía apenas 5.000,00 pesos, o que não foi aceito pelos Policiais Militares”.

No interrogatório, consta que “*os PMs que prenderam a ré lhe pediram oitocentos reais para liberar ...como não tinha esse dinheiro a mesma foi entregue a polícia federal ...se recorda que um PM de nome Alonso ... lhe dizia ‘acerta, acerta’ e como a mesma não tinha dinheiro... a levou para a federal... o Soldado PM Joelson lhe dizia ‘QUE JÁ QUE NÃO QUERIA PAGAR LHE SAIRIA MAIS CARO, QUE IRIA APODRECER NA CELA’... o PM Alonso lhe pressionava mais pedindo sempre pelo dinheiro”* (caixa alta no original).

Na audiência de oitiva das testemunhas de acusação, a ré reconheceu o Soldado Joelson como sendo uma das pessoas que tentou extorquir-lhe dinheiro.

Além disso, no curso do processo surgiu, para os fatos, a versão de que os policiais teriam sido chamados no local para tentar cobrar uma dívida de uma outra mulher, também estrangeira (que chegou a comparecer à Polícia Federal no dia do flagrante). Essa mulher, segunda consta, fora até o porto cobrar a dívida da ré e, não conseguindo seu intento, denunciou-a. Essa versão surgiu, inclusive, no dia da oitiva das testemunhas de acusação, em que o condutor da viatura, Soldado Juraci, afirma que teve conhecimento da diligência que ia ser feita, identificando-a com uma questão de cobrança, embora tenha expressado de maneira confusa seu entendimento a respeito.

Há que se louvar a coragem da ré em efetivar a denúncia, o que não pode passar despercebido ao Judiciário, motivo pelo qual determino a extração de cópia integral dos presentes autos e sua remessa ao nobre representante do Ministério Público Estadual nesta cidade.

Expeça-se, incontinenti, alvará de soltura.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Tabatinga, 13 de maio de 2004.

FABÍOLA BERNARDI
Juíza Federal Substituta

Turma recursal

RECURSO Nº 2004.32.00.702080-2
(AUTOS DE ORIGEM: 2003.32.00.701102-5)
RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
RECORRIDO: FRANCISCO CLOVES GOMES

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SERINGUEIRO. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA (ART.54 DO ADCT. LEI 7.986/89). INÍCIO DE PROVA MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE. *PERICULUM IN MORA REVERSO*. AFASTADO..

1. Comprovado, por qualquer meio admissível, aí incluída a prova testemunhal, o trabalho na produção de borracha, nos seringais da Amazônia durante a Segunda Guerra Mundial, faz jus o seringueiro reconhecidamente carente à pensão mensal vitalícia.

2. A enorme dificuldade de produção de prova material, ante as circunstâncias geográficas, sociais e culturais inerentes ao trabalho desenvolvido dentro da Floresta Amazônica, permite entender configurada a hipótese de caso fortuito, ou força maior.

3. A exigência infraconstitucional, inserta no art. 3ª da Lei nº 7.986/89, modificada pela Lei nº 9.711/98, deve ser interpretada de maneira a não inviabilizar a vontade do constituinte expressa no artigo 54 do ADCT/88.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Juízes da Egrégia Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Amazonas e Roraima, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL –INSS, PARA MANTER A SENTENÇA EM TODOS OS SEUS TERMOS. Além da signatária, participaram do Julgamento a MM. Juíza Federal, 2ª Relatora, Jaiza Maria Pinto Fraxe, e o MM. Juiz Federal, Relator Suplente, Dr. Boaventura João de Andrade.

Manaus, 7 de junho de 2004.

MARIA LÚCIA GOMES DE SOUZA
Juíza Federal, 3ª Relatora

PROCESSO N.º 2004.32.00.700587-5
CLASSE: 70111 – RECURSO CONTRA SENTENÇA
Nº DE ORIGEM: 2002.32.00.700297-5 JEF/AM
RECORRENTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
RECORRIDA: JURANILDA DA COSTA MARTINS

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. QUE DE SALDO DO FGTS. CARÊNCIA DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA. ART. 5º, XXXV DA CF/88. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PLANOS VERÃO E COLLOR II. LEI COMPLEMENTAR Nº 110, DE 29 DE JUNHO DE 2001. PARCELA ÚNICA. APOSENTADO POR INVALIDEZ. PORTADOR DE CARDIOPATIA GRAVE. POSSIBILIDADE.

Não deve prosperar a alegação de carência de ação em decorrência de existir via administrativa para buscar o objeto do pleito, diante da regra do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe sobre a inafastabilidade do controle do Judiciário.

Conquanto não tenha realmente demonstrado a autora a efetiva ocorrência de vício de consentimento quando da celebração do acordo com a CEF, não se pode desconsiderar que é ela portadora de cardiopatia, estando, portanto, autorizada a levantar os respectivos valores em parcela única, nos termos do artigo 6º, § 6º, da Lei Complementar n. 110/2002, aplicável por analogia à hipótese.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, ACORDAM as Excelentíssimas Senhoras Juízas da Egrégia Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Amazonas e Roraima, À UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. Além da Signatária participaram do Julgamento, a MMª. Juíza Federal, 2ª Relatora, Dra. Jaiza Maria Pinto Fraxe e a MMª. Juíza Federal, 3ª Relatora, Dra. Maria Lúcia Gomes de Souza.

Manaus, 29 de março de 2004.

RAQUEL SOARES CHIARELLI

Juíza Federal Substituta, 1ª Relatora

Molduras

LAFAYETTE VIEIRA UM MAGISTRADO NO PARNASO

Carlos Gomes¹

Analista Judiciário – SJ/AM

Não escasseiam no circunspecto mundo dos autos homens e mulheres que, com maior ou menor freqüência, deixam o convívio de Têmis para fugas ao Parnaso, a fim de desfrutar a doce companhia das Musas, que afaga a todos que as procuram, mesmo para cantar em versos seus líricos desencantos e amarguras.

Mithrídates Corrêa (pai), Américo Antony, Sebastião Norões e Mavignier de Castro, que pertenceram ao Ministério Público Estadual, estão entre os que, no passado, se refaziam no Parnaso das canseiras e aborrecimentos da dura faina judiciária.

Mais recentemente passou a pertencer a essa plêiade Lafayette Carneiro Vieira, que, tendo ingressado na magistratura de carreira em 1968, foi promovido a desembargador por merecimento em 1980, após reta e fecunda atuação no Interior e na Capital.

Como desembargador, cargo em que se aposentou, presidiu o Tribunal de Justiça do Amazonas e o Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas.

Lafayette Carneiro Vieira nasceu no longínquo município amazonense de Santa Maria da Boca do Acre, simplesmente conhecido como Boca do Acre, em 4 de março de 1929.

Dedicado à literatura desde os verdes anos, publicou *Pelas Sendas de Deus, da Pátria, da Justiça* (1984), *Reminiscências (do Purus ao Rio Negro) e Outras Manifestações Literárias* (1984) e *Papéis Avulsos - traços, troças e tropeços* (1995), *Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas* (1996), *Hinterlândia – Folclore da Amazônia. Poesia* (1998) e *Meus Versos* (2000), obras nas quais reuniu relatos sobre a saga de sua família, retalhos, entre os quais alguns jocosos, de sua vida judiciária, peças de sua lavra no exercício da judicatura, contos, crônicas, discursos e reflexões existenciais, além dos sonetos e outros poemas produzidos ao longo da vida.

Bem representativos de seu estro são as trovas e o soneto que adiante se publicam para o deleite dos leitores de Circulus.

¹ Professor de Literatura Portuguesa. Autor do livro "Mundo, mundo, vasto mundo". Ex-secretário Municipal de Educação do Município de Manaus. Ex-professor da UFAM



Desembargador Lafayette Vieira

LÁGRIMAS DE MÃE

Lágrimas de mãe são gotas de ternura,
de esperança, de amor e suavidade,
caindo de duas fontes de bondade
sobre a face da vida intensa e dura.

Vêm do mar d'alma em ondas de amargura,
vezes de angústia e vezes de saudade;
ora refletem dor e ansiedade,
ora refletem risos de ventura.

Lágrimas de mãe, lágrimas sagradas.
têm a pureza ideal das alvoradas
e a maciez de pétalas formosas.

Ontem choraste, mãe, junto ao teu filho.
e, quando o pranto caiu sobre o ladrilho,
tuas lágrimas, ó mãe, viraram rosas.

QUADRO INFANTIL

Eu chorei por não ter sapatos pra calçar
nem brinquedos pra brincar
nem livros pra estudar.
Depois eu percebi que meu vizinho –
uma criança raquítica e triste –
não tinha pés para os sapatos,
não tinha mãos para os brinquedos,
não tinha olhos para os livros,
não tinha um pão para comer,
não tinha u'a mãe para afagá-lo.
Então eu recolhi meu choro,
olhei papai, beijei mamãe
e nunca mais eu quis chorar.

EXCERTOS

...Os rios muito se parecem com a vida;
a morte lembra o próprio mar, imponderável,
inexorável, mais forte que a vida.
os rios sempre correm para o mar.
como também a vida...**(Poema dos rios)**

... Manaus da presença britânica: luz elétrica, bondes e cais do porto.
Manaus das mangueiras gigantes,
das mariranas e das pitangas do cemitério.
Manaus dos mil-réis, do Guaraná Baré e da Cerveja XPTO.
Manaus do Guaraná Andrade, do Felipe Geleiro, do tec-tec,
Do homem da prestação.
*Manaus da bossa do marreteiro: pomada que cura tudo – calo, dor de
cabeça, pereba braba e até dor-de-cotovelo. (Poema da consolação)*

... Jamais poderá ser um bom juiz
se não fizeres do trabalho
a máxima de tua vida,
a fonte de tua inspiração.
Mais do que um múnus carismático,
a magistratura é sacerdócio,
religião,
sublimação,
dogma,
flagelação,
ética,
renúncia, ideal, vocação,
extremo... **(Elogio do juiz)**

...Quando eu não for mais o balançar de uma rede,
nem adeus, nem mágoa nem dissabor...
nem mesmo um retrato posto na parede.
Lê minha poesia – ela foi meu universo.
lendo-a, encontrarás gravada em teu louvor
a minha confissão de amor em cada verso **(Para Maria)**

...AJURICABA, índio amazonense, guerreiro bravo,
preferiu morrer afogado
a viver como escravo.
Uma imensurável prova de amor e dignidade,
a dizer ao mundo
que a própria vida
jamais será maior que a liberdade **(Ajuricaba)**

Mosaicos

O CRIME DAS MELANCIAS

Félix Valois'

Advogado

Na cidade de Palmas, capital do Estado do Tocantins, dois homens, identificados pelas iniciais S.R.R. e H.R.R., foram presos em flagrante delito. O crime que estariam cometendo: a subtração de duas melancias do balcão de uma feira, sem a devida contrapartida do pagamento.

S. é lavrador e H. é auxiliar de serviços gerais. O braço armado da lei foi implacável, como sói acontecer em ocasiões que tais. Algemas, condução para a delegacia, lavratura do auto de prisão em flagrante, com o enquadramento das duas criaturas no art. 155 do Código Penal, onde está escrito: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Pena - Reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

Mas já que era para ser tão positiva e definitivamente legalista, tiveram que cumprir, também, o artigo LXII, do artigo 5º, da Constituição da República, segundo o qual “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

E aí ocorreu um episódio capaz de fazer renascer na gente a crença na Justiça e acender a esperança de que um dia, nesta terra tupiniquim, o direito penal será compreendido nas suas verdadeiras dimensões e aplicado de acordo com suas reais finalidades.

O juiz Rafael Gonçalves de Paula, da 3ª Vara Criminal da comarca de Palmas, recebeu o flagrante e mandou dar vista ao Ministério Público. Novamente de posse dos autos, deu-se que o magistrado exarou um despacho que é exemplo de coragem, que enobrece a magistratura brasileira e enleva a quantos, como eu, navegam incansáveis nos tortuosos mares do direito criminal.

Frisa o magistrado que, “instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão”. Que tristeza! Mas, a partir daí, o despacho exala aquela ira fecunda e legítima, aquela que se ergue contra a opressão, a desigualdade e a injustiça, em todas as suas formas.

“Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito Alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à

liberdade dos engravatados que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime”, desancou o juiz, para prosseguir com uma série de outras causas legais ou extralegais, todas demonstrando a brutalidade da tal prisão e chegando a este final apoteótico:

“Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem, quiser que escolha o motivo. Expeçam-se os alvarás”.

Que beleza! Absolutamente sublime. Convenhamos em que qualquer ser humano normal fica com inveja por não ter sido o autor dessa grandeza.

Resta temperar a inveja com a mais profunda admiração.

1 Ex-professor da Universidade Federal do Amazonas, ex-secretário de Justiça e Cidadania do Amazonas e ex-Vice-Prefeito de Manaus.

AMICUS CURIAE

um marco democrático na pluralização da relação processual

Joana Cristina Brasil Barbosa Ferreira¹
Acadêmica de Direito/UFAM

A comunidade jurídica conscientiza-se de que, ao juiz, não basta pacificar os conflitos, mas sobretudo pacificar com justiça! O conceito de processo justo passa pela noção de justiça dentro do processo – em obediência a princípios constitucionais e processuais específicos – bem como a uma noção de justiça que se encontra fora do processo.

O processo justo apresenta-se, assim, como aquele capaz de propiciar a efetivação das decisões. Para tanto, o magistrado deve proferir mandamentos normativos concretos legitimados no contexto fático em que o exercício da jurisdição está inserido e ao qual se destina.

Por vezes em razão da relevância social ou política de determinado caso, o juiz não dispõe de todas as informações necessárias ou de conhecimentos técnicos específicos para aferir as possíveis implicações fáticas ou jurídicas da decisão.

Surge, então, para auxiliar o juiz na difícil tarefa hermenêutica o *amicus curiae*, sujeito processual de origem norte-americana e que, na falta de um termo correspondente em nosso vernáculo, significaria *amigo da Corte*.

Trata-se de figura processual ainda não suficientemente regulamentada, mas cuja aplicação vem sendo implementada e que começa a despertar o interesse da comunidade jurídica mais sensível às mudanças sociais.

A doutrina e a jurisprudência divergem acerca da natureza jurídica do instituto, havendo conceituações que o enquadram como terceiro de natureza especial², outros como uma forma de intervenção *ad adjuvandum*³ ou colaborador informal da Corte⁴.

No presente artigo, prefere-se a classificação adotada pelo autor baiano Fredie Didier Júnior para quem o *amicus* seria um auxiliar do juízo⁵. Interessa aditar a esta classificação, com o intuito de melhor diferenciar a figura que ora se estuda dos demais sujeitos processuais, o fato de que seria um auxiliar *eventual* do juízo.

Ao ser enquadrado nesta categoria, podem surgir dificuldades para distingui-lo do perito que também auxilia eventualmente o juízo. Pela análise da tarefa desempenhada por esse ajudante, compreende-se que, ao passo que ele trará informações técnicas para a fase de elucidação das provas, o *amicus* auxilia na interpretação do direito, e não na averiguação do fato probando⁶.

Com efeito, deve-se, ao se considerar o caráter recente do instituto no ordenamento jurídico pátrio, traçar as principais características do *amicus* aproximando-o ou afastando-o de outros sujeitos processuais já conhecidos.

Enfatize-se que incorre em grande equívoco aquele que tenta equiparar este instituto estrangeiro aos sujeitos existentes no processo civil pátrio. Considerações superficiais sobre o tema têm ainda levado a errôneas aproximações, principalmente, com a intervenção de terceiros ou com Ministério Público, fazendo-se imprescindível a diferenciação.

A finalidade da intervenção de terceiros impede qualquer aproximação com o *amicus curiae*. Ao terceiro que possui um interesse jurídico na *res in judicium deducta*, é permitido participar da relação dialética que conduzirá à prolação de decisão apta a atingir, direta ou reflexamente, sua esfera jurídica. Pela intervenção, o terceiro transforma-se em parte, em razão do interesse jurídico de que é possuidor.

O *amicus*, a despeito de atuar no processo, não se torna parte, exatamente pela razão inversa – por não possuir interesse jurídico a ser defendido – sendo-lhe vedada a prática de atos processuais das partes, tais como atos de disposição de direito ou interposição de recurso.

Diga-se ainda que mais longínqua seria a aproximação com o Ministério Público quando este atua como *custos legis*. Sempre que o interesse for predominantemente público, o *Parquet* intervirá obrigatoriamente, consoante previsão do art. 82 do CPC.

Interessante sobrelevar que, na busca da defesa da legalidade, pode o Ministério Público produzir provas e requisitar diligências, não se limitando a oferecer pareceres como mero órgão consultivo⁷. O *amicus curiae*, embora também possa atuar em causas de grande relevância social, deverá apenas acrescentar informações que possam auxiliar o juiz, por meio de memoriais ou de forma oral⁸, não possuindo a mesma participação militante do MP.

Ademais, o recente instituto não fiscaliza a legalidade do feito, razão pela qual também não é intimado da prática dos atos processuais.

Na concepção da autora, maiores similitudes guardaria com a figura do *assessor*⁹, que existiu no direito português. Todavia, despiciendo seria o cotejo com o aludido instituto, por também não atender às expectativas de se encontrar figura semelhante no direito pátrio, uma vez que, a despeito de as Ordenações do Reino terem vigorado no Brasil, não se trata de produção do legislador brasileiro.

A origem norte-americana, sem equivalente no ordenamento jurídico pátrio, entretanto, não pode ser suficiente para afastar a utilização do instituto no Brasil. Tem-se evidenciado uma tendência nos sistemas da *civil law* em importar contribuições do sistema da *common law*.

Em verdade, o *amicus* apresenta-se como importante legado a ser retirado do sistema americano capaz de possibilitar maior democratização e segurança na prestação da tutela jurisdicional, cuja contribuição vem sendo experimentada, a partir da aplicação de regras previstas na Lei n.º 9.868/99 (maior disciplinamento no Brasil acerca do tema), complementada por construções pretorianas.

Quanto à previsão na Lei da ADIN/ADC, mencione-se que a referência ao *amicus* (art. 7.º, §2.º) decorreu de significativa influência da moderna hermenêutica constitucional, marcada pelas idéias de Peter Häberle, hermenêuta alemão que idealizou uma sociedade *aberta* de intérpretes constitucionais, desmistificando o dogma de que a interpretação da norma constitucional seria incumbência apenas dos *órgãos oficiais* (juízes). Defende o aludido exegeta que, como a norma se destina à sociedade, não pode ser dela dissociada, precisando ser integrada à nova realidade social para ser legítima¹⁰.

Nos Estados Unidos, onde o instituto tem suas raízes, houve plena regulamentação¹¹, optando o Brasil por adotá-lo com certas variações, embora a linha evolutiva se assemelhe nos dois sistemas.

Traçando-se um paralelo entre a evolução nos dois países, tem-se que no sistema alienígena a primeira fase de participação *técnica* correspondeu, no Brasil, a colaboração da CVM (para matérias afetas ao mercado financeiro) e do CADE (questões relativas à concorrência). A fase seguinte, em que se preocupou, sobretudo, com a interpretação das leis e informações jurídicas para melhor solução dos casos, encontrou previsões similares na lei da ADIN e ADC, bem como, na Lei dos Juizados Especiais (no tocante à participação de *eventuais* interessados no Pedido de Uniformização).

Os estudiosos do sistema norte-americano criticam de maneira veemente a última fase alcançada pelo *amicus* ao evoluir da neutralidade à parcialidade¹². Teme-se que a Lei n.º 9.469/97, ao prever forma teratológica de intervenção, a dispensar demonstração de interesse jurídico (mas em cristalino resguardo a possível prejuízo econômico), possa transformar-se em nosso correspondente pátrio à malfazeja terceira fase.

Necessário esclarecer que é impossível, por mais paradoxal que possa parecer, visualizar um *amicus curiae* desprovido de qualquer espécie de interesse no caso, seja ele, *v.g.*, religioso, político ou econômico na vitória de uma das partes (sendo-lhe defeso apenas o interesse jurídico). Esclareça-se, todavia, que esse interesse não se concretiza simplesmente na vitória de qualquer das partes, a despeito de por ela se instrumentalizar, mas na consecução de interesse público subjacente e, portanto, mais relevante do que a relação de direito material discutida entre as partes.

Acredita-se que o *amicus* adapte-se plenamente às exigências de um Estado Democrático de Direito, por ampliar o rol das medidas concretizadoras

da democracia participativa, ao permitir que a relação processual até então *fechada*, no sentido de restrita às partes, pluralize-se quando do debate de questões que tenham relevante repercussão social.

Com efeito, a norma, ao ser criada, reflete o contexto fático anterior e concomitante. É preciso, então, que o texto legal evolua por meio da interpretação. A primeira fase deste processo – a elaboração das normas – já se encontra pluralizada, acreditando-se que o *amicus* possa significar uma ampliação desse fenômeno democrático, ao alcançar também a tarefa hermenêutica, sem a qual a norma não poderia ser aplicada.

A utilização do instituto vem ocorrendo sem que exista suficiente regulamentação encarregando-se a jurisprudência de fixar os balizamentos necessários. A exemplo do que o *amicus curiae* propõe-se a fazer no campo da hermenêutica, pregando que as leis devem ser interpretadas à luz das modificações da realidade social, política, econômica ou religiosa (que o magistrado não é obrigado a conhecer em minúcias), espera-se que a comunidade jurídica conscientize-se de que a *aceitação* deste *amigo* – a indicar modificação real na sistemática de sujeitos processuais até então conhecidos –, forceja o surgimento de leis que regulamentem sua aplicação, sob pena de desvirtuar-se a finalidade a que se destina.

¹ Ex-estagiária da Justiça Federal do Amazonas e ex-funcionária da Procuradoria do Estado do Amazonas.

² PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. Revista Jurídica Consulex. São Paulo, ano VI, n. 142, 2002, p. 33.

³ NERY JR., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 1385.

⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgADIN 748-4-RS, Voto Min. Celso de Mello, Pleno, em 01.08.1994, DJU 18.11.1994, p. 31392.

⁵ DIDIER JR., Fredie. Direito processual civil. 3.ed. rev.ampl. Salvador: JusPodivm, 2003. v. 2. p. 284.

⁶ DIDIER JR., Fredie. Direito processual civil. 3.ed. rev.ampl. Salvador: JusPodivm, 2003. v. 2. p. 286.

⁷ MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Millennium Editora, 2000. v. 2. p. 202-203.

⁸ Esclareça-se que até meados de 2003, discutia-se acerca da possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae* no STF (Cf. ADIN 2.130-SC). O posicionamento da Corte foi alterado, passando a aceitar a sustentação oral, com previsão, inclusive, no Regimento Interno do STF, conforme alteração promovida pela Emenda Regimental n.º 15, de 30.03.04.

⁹ O autor reinicla Barão de Ramalho, em sua clássica obra *Praxe Brasileira*, conceituou-o como “jurisconsulto que assiste ao juiz leigo para a conselhar de direito e o instruir sobre o modo de decidir a causa” (*Praxe brasileira*. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869. p. 58).

¹⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. passim.

¹¹ Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Rules of the Supreme Court of the United States. Rule 37. Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov/ctrules/rulesofthecourt.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2004.

¹² Cf. artigos: CRISCUOLI, Giovanni. *Amicus Curiae*. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile. Milão: Casa Editrice Dott. Antonio Giuffrè, p. 187-216. 1973; BIANCHI, Paolo. Un’amicizia interessata. ‘l’amicus curiae’ davanti alla corte suprema degli stati uniti *Giurisprudenza costituzionale*187

AS PROCURADORIAS FISCAIS EM JUÍZO

Mário Antonio Sussmann
Advogado

A atuação da Fazenda Pública em juízo equivale à análise da conduta processual das procuradorias, que não se pode dissociar do artigo 37 da Constituição Federal, a sua vinculação original, onde comandos éticos são determinados.

Inaceitável a equiparação mecânica do interesse público à arrecadação, justificada como meio para o Estado alcançar seus fins, o que seria amesquinhar os fins do Estado apenas àqueles eminentemente materiais. Não raro o interesse público será o cumprimento do devido processo legal que pode contrariar o interesse arrecadatório.

Conjugando as duas variáveis, impõe-se a conclusão de que a ação das procuradorias fiscais é munus público, obrigando à clivagem dos direitos que deverá alegar ao Estado-juiz e, muito especialmente, ao manuseio processual sob estrito auto-controle da boa fé e da moralidade administrativa. Dito de outro modo, é-lhes vedado com mais ênfase a litigância de má fé do que ao particular, até porque este infringe lei ordinária e as procuradorias estariam afrontando a própria Constituição. E ainda que a pretensão de arrecadar sabidamente infundada é, no mínimo, tentativa de enriquecimento ilícito ou sem causa.

Enquanto na administração predomina a vinculação do funcionário, no processo, ao contrário do que muitas vezes ocorre com os advogados particulares que, por exemplo, não agravam despacho evidentemente justificado, a prática tem demonstrado que as procuradorias recorrem a todos os “remédios” processuais formalmente cabíveis, mesmo quando flagrantemente improcedentes, o que também afronta a garantia constitucional da propriedade por torná-la inacessível a quem de direito durante o tempo indeterminável do processo.

O Estado, sob este enfoque, bi-partido em tributante e juiz, só escapará à oligofrenia institucional se unificadas suas ações sob os valores do art. 37 da CF.

Óbvio que não se pretende que o Estado-tributante anteceda em conclusão o Estado-juiz, que tornaria este obsoleto, mas que não automatize recursos e previna as “lides temerárias”.

Subjacente a esta conduta, não apenas a voracidade fiscal, mas a quase explícita desconfiança aos procuradores, a quem não se transfere a discricionariedade profissional no processo, eles que, pela rigidez dos concursos, são, em geral, de alta qualificação.

A leitura da prática costumeira seria recorra-se em qualquer caso para afastar a suspeição de favorecimento ao contribuinte ou conluio. Conseqüências óbvias, a sobrecarga dos procuradores e o inevitável emperramento do Judiciário.

O Estado pode e deve litigar, mas precedido do juízo ético que se deve estender por toda a participação processual.

A moralidade é fundante do estado democrático de direito e, sob essa acepção, o interesse público e o interesse particular se entrelaçam indissociáveis.

Levado ao extremo o interesse arracadatório, todas as garantias do contribuinte estariam comprometidas em nome de suposto interesse público. A conduta processual reprovável é preâmbulo de conduta administrativa da mesma natureza.

Não se pode ser coerente com o art. 37 da CF respeitando o direito adquirido administrativamente, o que é do mais elevado interesse público, para procrastiná-lo através de manobras processuais.

A conduta ética é indivisível: quebrá-la equivale à sua negação que se vislumbra quando não há transparente confiança nos procuradores fiscais cuja autonomia se restringe.

Representando o Estado, ao final é do próprio Estado que se mina a confiança.

ATRIZ, EMBAIXATRIZ E IMPERATRIZ

Reydílson de Araújo Mattos
Advogado e Assessor Jurídico da
Presidência do Tribunal de Justiça do
Estado do Amazonas

De acordo com o mecanismo de flexão de gênero do português, faz-se o feminino dos substantivos terminados em *-or* com o simples acréscimo da desinência *-a*: *aviador(a)*, *desembargador(a)*, *cantor(a)*, *doutor(a)*, *senhor(a)*, etc. Assim também, naturalmente, *embaixador(a)*. A única exceção é *ator*, que tem por feminino *atriz* (do latim *atrix*, *icis*).

Há quem diferencie de *embaixadora* (a diplomata) *embaixatriz* (a mulher do diplomata). Não sei de onde surgiu tal esquisitice. Se *embaixatriz* é a mulher do *embaixador*, então como é que se vai chamar ao marido da *embaixadora*? Acaso existe algum vínculo político-jurídico entre o Estado e o cônjuge do(a) diplomata?

Ambos os vocábulo – *embaixadora* e *embaixatriz* – têm registro como substantivos femininos no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa – VOLP. Assim, também, *imperadora*. Diferentemente, *imperatriz* está registrado como feminino de *imperador*. Por quê? Por que a distinção aqui e não ali?

Busque-se alguma resposta nos dicionários e nenhuma, convincente, se obtém. Todos registram *embaixatriz* como a mulher do *embaixador*. AURÉLIO, que começa de introduzir inadvertidamente femininos esquisitos como *senatriz*, *governatriz*, (daqui a pouco vai aparecer *vereatriz*!), sequer registra *imperadora*, e considera *imperatriz*, seja a soberana, seja a mulher do soberano, o único feminino de *imperador*. HOUAISS, divergindo, anota que *imperadora*, embora pouco usado, é melhor que *imperatriz* na acepção de mulher do *imperador*. No MICHAELIS, *imperadora* também não tem registro.

Longe dos dicionários, SAID ALI esclarece que se desconhecia na fase primitiva da língua o feminino em *-triz* e que vocábulo com esta terminação se devem “à influência erudita ou à importação direta do estrangeiro”. Traz de VIEIRA abonos de *emperatriz* e *emperadora*, observando que “o povo português dizia *emperadora*” e que “a intenção aqui é dar relevo não tanto ao título, como à efetividade do ato de imperar”(Gramática Histórica da Língua Portuguesa, 8ª ed., Melhoramentos, São Paulo, 2001, p. 53).

De *imperatriz* há na historiografia oficial pelo menos dois registros: Imperatriz Maria Leopoldina e Imperatriz Tereza Cristina. Nesta situação, com um nome próprio funcionando como aposto especificativo, só cabe o feminino *imperatriz*. Ninguém vai dizer “*Imperadora Leopoldina*”, é claro.

Imperatriz, assim como *atriz*, é vocábulo erudito. Proveio do latim *imperatrix, icis*. Ao contrário, nenhuma filiação latina tem *embaixatriz*, que se tomou do francês *ambassatrice*. É empréstimo indevido e desnecessário, pois o feminino não se importa, é produto do vernáculo. O masculino *embaixador* já é importação do francês *ambassadeur*. Aportuguesado o masculino, dele se faz naturalmente o feminino *embaixadora*.

Muito bem. Dizendo de outra maneira: o substantivo *imperador* tem dois significados: um, genérico: aquele que impera, que tem por feminino *imperadora*; outro, específico: o soberano do Império, que tem por feminino *imperatriz*. O substantivo *embaixador* também tem dois significados: um, genérico: aquele que age como diplomata; outro, específico: o diplomata que exerce tal cargo. Em ambos os significados tem por feminino *embaixadora*.

Embaixatriz não tem amparo histórico, é coisa de coluna social.