

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 481

(ano VII)

(13/11/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá):* **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - *Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário*

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.*

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF/Argentina):** *Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.*

País: *Brasil.* Cidade: *Brasília – DF.*
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



13/11/2015 João Baptista Herkenhoff
» [Fora Dilma?](#)

ARTIGOS

13/11/2015 Luiz Flávio Gomes

» [Racismo "científico" \(origens das teses racistas na modernidade\)](#)

13/11/2015 Alice Saldanha Villar

» [Nova Súmula 522 do STJ: falsa identidade perante autoridade policial é crime](#)

13/11/2015 Júnior da Silva Garcez

» [Regime disciplinar diferenciado: aberrazioni del secolo XXI?](#)

13/11/2015 Makely Garcia Santos

» [Responsabilidade civil, administrativa e criminal de pessoas jurídicas no Direito Ambiental](#)

13/11/2015 Ricardo Souza Calcini

» [Pleno do TST altera critério de cálculo da contribuição ao INSS](#)

13/11/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O direito humano à alimentação adequada em uma ótica regionalizada: uma reflexão sobre a universalização da alimentação a partir de uma perspectiva da bioética](#)

FORA DILMA?

JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF: Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-Docente da Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-doutoramentos na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos da América, e na Universidade de Rouen, França. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito aposentado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados do Espírito Santo. Membro da Associação de Juristas pela Integração da América Latina. Membro da Associação "Juízes para a Democracia". Membro da Associação Internacional de Direito Penal (França). Autor de 39 livros e trabalhos publicados ou apresentados no Exterior, comunicações em congressos, palestras, intervenções em debates, trabalhos inseridos em obras coletivas, na França, nos Estados Unidos, no Canadá, no México, na Nicarágua, na Argentina.

O impeachment (impedimento, em português) é a destituição do governante decidida pelo Parlamento, em razão da prática de crime de responsabilidade.

No sistema presidencialista não é suficiente a impopularidade do mandatário para que se justifique a derrubada. É indispensável que se configure a conduta criminosa.

No parlamentarismo pode ocorrer a queda, independente da prática de qualquer crime. Basta que um voto de desconfiança seja acolhido pela maioria parlamentar para que o governante seja expulso do poder.

No Brasil o sistema parlamentarista foi recusado no plebiscito de 1993.

Se o decorrer da História demonstrar que o eleitorado se equivocou quando disse *não* ao parlamentarismo, o erro poderá ser

corrigido no futuro. Contudo não se pode mudar a camisa por conveniência de um determinado momento.

Hoje só a configuração de crime de responsabilidade, praticado pela cidadã que ocupa neste momento a Presidência da República, poderá dar embasamento ao impeachment.

A Constituição enumera vários crimes de responsabilidade, dentre os quais menciona atos que atentem contra a probidade na administração.

É claríssima a Carta Magna do país quando expressa que se trata de atos do Presidente da República.

Confira-se a íntegra do artigo 85 e seus incisos:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

A Constituição não se refere a atos de Ministros do Estado ou de outras autoridades federais, como justificadores do impeachment.

Se um Presidente da República escolhe mal seus ministros e auxiliares e, dentre eles, alguns praticam atos de improbidade, cabe ação criminal contra os desonestos. Cabe também, se for o caso, derrotar nas urnas o Presidente incompetente na seleção de seus colaboradores, seja ele candidato à reeleição ou apoiador de outra candidatura.

Não procede, entretanto, o caminho do impeachment como forma de protesto.

O respeito à Constituição deve ser defendido pelos cidadãos que apoiam o Governo e por aqueles que se colocam contra o Governo. A Constituição não pertence a um partido, a um líder político, a um setor da sociedade, nem é jornal que se deixa de lado depois de lido. É um pacto nacional, sustentáculo da Democracia.

RACISMO "CIENTÍFICO" (ORIGENS DAS TESES RACISTAS NA MODERNIDADE)

LUIZ FLÁVIO GOMES: Jurista e professor. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil e coeditor do atualidadesdodireito.com.br. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

O tamanho do cérebro define as raças “inferiores”. É nessa estupidez “médica” (como veremos detalhadamente mais abaixo) que residem as origens do “racismo científico” (do princípio do século XIX). Se até hoje vemos manifestações racistas em todas as classes sociais no Brasil é porque existem *idiótes* herdeiros dessa tese absurda que nunca ficou (nem nunca seria) comprovada: que os europeus e os norte-americanos brancos (“os superiores”) teriam o cérebro maior que o das outras raças, “as inferiores”.

E se as redes sociais estão servindo de instrumento para os impulsos racistas (como os que ocorreram contra Taís Araújo) é porque, como disse o filósofo Umberto Eco, “elas deram voz [inclusive] aos imbecis”, que antes já eram preconceituosos, mas não tinham um alto-falante digital para gritar para o mundo suas crenças descabeladas e infundadas.

A razão central do racismo descansa numa utilidade econômica. No século XIX a Europa (Inglaterra, acima de tudo) se converteu no centro do capitalismo industrial nascente. No campo das ciências (e da tecnologia) os progressos eram tangíveis. James Hargreaves, Richard Arkwright e James Watt já tinham inventado suas máquinas de tear quando a Inglaterra deliberou (em virtude das suas vantagens econômicas e competitivas) ser a “dona do mundo”. Nesse mesmo período inúmeras ideias racistas já perturbavam as almas dos europeus. Incontáveis filósofos, cientistas e escritores desenvolveram ou apoiaram iniciativas ou pensamentos que procuravam legitimar a exploração em massa dos trabalhadores em geral e dos negros em particular, cujo *status* os tornavam vulneráveis à tortura, mutilação, encarceramento injusto e até mesmo ao extermínio (nos encontramos aqui com a doutrina do *homo sacer*, de Agamben^[1], ou seja, pessoas que podem ser aniquiladas impunemente).

Todas essas teorias racistas tiveram desdobramentos ao longo do século XIX (quando milhões foram assassinados nos neocolonialismos promovidos por países europeus, especialmente na África e na Índia) assim como no século XX (culminando com o racismo nazista de Hitler e o holocausto de milhões de discriminados). As práticas racistas em pleno século XXI são herdeiras desses pensamentos torpes e infames, do princípio do século XIX. Vejamos.

Em 1820 destacou-se o médico **Robert Knox**, de Edimburgo (1791-1862), que foi um dos mais importantes cientistas raciais na Inglaterra[2]. Seus estudos preconceituosos de esqueletos, cadáveres e, sobretudo, de crânios, constituem as bases de um novo tipo de racismo (todos que não são europeus “superiores” possuem os crâneos menores, logo, menos cérebro, em consequência, menos inteligência – daí alguns acreditarem que poderiam ser “tutelados”, ou seja, escravizados, torturados, mutilados e exterminados).

Robert Knox comprava cadáveres, particularmente de alguns assassinos profissionais. Ele acabou se envolvendo num monstruoso escândalo de compra de esqueletos de uma dupla de assassinos, que se tornou “serial killer”. Essa dupla abastecia sua demanda. Em meados dos anos 1820 esses assassinos foram descobertos e presos; um aceitou fazer negociação com a Justiça (delação premiada), contando tudo que sabia. O que nada disse foi condenado e enforcado. Suas últimas palavras foram: “E o doutor? Nada vai acontecer com ele?”. O que fez acordo acabou morrendo na miséria. Robert Knox caiu em desgraça, nunca mais exerceu a medicina, trabalhou como jornalista e ficou na obscuridade por muito tempo.[3]

No seu livro *The races of man* (*As raças humanas*, de 1840) podem ser constatadas as seguintes afirmações[4]:

“...Que a raça decida de tudo nos negócios humanos é simplesmente um fato, o fato mais notável, mais geral que a filosofia jamais anunciou. A raça é tudo: a Literatura, a Ciência, a Arte [...] a civilização dela depende...”

“... As raças negras podem ser civilizadas? Eu devo dizer que não...”

“...Agora, esteja a Terra superpopulosa ou não, uma coisa é certa, os fortes sempre irão se apoderar das terras e das propriedades dos fracos. Estou convicto de que esta conduta não é, em absoluto, incompatível com a mais elevada moral e mesmo com o sentimento cristão...”

*“...A raça saxônica jamais as tolerará, jamais se miscigenarão e jamais viverão em paz. É uma guerra de extermínio...” (As citações são de Robert Knox, *The Races of Men Philadelphia, PA: Lea & Blanchard, 1850*).*

Falar em “raça saxônica” (sobretudo na sua suposta pureza), como a raça escolhida para o desfrute do Jardim Edênico da prosperidade, é, no mínimo, muito complicado, porque “ninguém sabe quem foram os saxões: no início do século V, três tribos germânicas invadiram e colonizaram o sul e o leste da Grã-Bretanha; há séculos os ingleses tentam encontrar provas de uma origem ‘nobre’, ‘heroica’ ‘uma raça superior’ ou um ‘berço nobre’ para os seus antepassados. O fato é que a ilha hoje chamada de Inglaterra foi invadida por todos os lados e por vários povos ao longo dos séculos. O principal povo invasor foram os romanos, que não só invadiram, mas colonizaram e se fixaram lá por mais de 400 anos. No século XXI, é no mínimo ridículo querer falar sobre raça pura na Inglaterra ou em todo o Reino Unido e no século XIX era igualmente ridículo”[\[5\]](#).

O racismo “científico” logo migrou para os Estados Unidos, onde o médico **Samuel George Morton (1799-1851)**, com base nos seus estudos de anatomia e, particularmente, craniologia, afirmava “que os crânios das raças tinham vários tamanhos e que quanto maior o tamanho, maior o cérebro, quanto maior o cérebro maior a inteligência e a capacidade de evolução, sobrevivência, liderança etc. Só que eles achavam os crânios europeus e americanos sempre maiores que os crânios africanos, tasmanianos, malaios, mongóis e índios americanos”[\[6\]](#). Se os negros pertencem às “raças inferiores” eles, então, poderiam ser escravizados, torturados, mutilados, encarcerados arbitrariamente e exterminados.

A Guerra Civil dos Estados Unidos (Guerra de Secessão – 1861 a 1865), que deixou mais de 700 mil mortos (620 mil soldados e 75 mil civis)^[7], desencadeada a partir da negativa do sul escravagista (13 Estados Confederados) de acabar com a escravidão (que constituía a base da economia dos senhores latifundiários, particularmente a algodoeira), tem como pano de fundo o racismo “científico” (“as raças negras são inferiores”, porque “teriam crânios menores”). Após a vitória do Partido Republicano antiescravagista (Abraham Lincoln) os estados do sul se insurgiram fortemente.

A Guerra Civil americana pode ser definida como uma guerra entre duas visões opostas: uma nacionalista e conservadora (formada pelos protestantes brancos anglo-saxões) e outra fundada na igualdade entre todos os humanos (visão mais progressista e humanista), que acabou sendo retratada nas Emendas 14 e 15, que concediam plena cidadania e igual proteção diante da lei para os antigos escravos. Outra mudança fundamental foi que os Estados (que antes tinham total autonomia) passaram a se sujeitar à Carta de Direitos federal (o que significou profundas restrições na independência das elites locais).^[8]Poucas décadas após o florescimento do “racismo científico” outras teses e teorias racistas surgiram (como veremos na próxima postagem).

^[1] AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*. Tradução de Antonio Gimeno Cuspinera. Torino: Giulio Einaudi editore, 2013, p. 11 (“O humano moderno é um animal em cuja política está suspensa sua vida de ser vivente” Foucault).

^[2] Cf. <http://orescator.blogspot.com.br/2012/12/eugenia-o-racismo-cientifico.html>

^[3] Cf. <http://orescator.blogspot.com.br/2012/12/eugenia-o-racismo-cientifico.html>

^[4] Todas as transcrições que seguem foram extraídas de <http://orescator.blogspot.com.br/2012/12/eugenia-o-racismo-cientifico.html>

^[5] Cf. <http://orescator.blogspot.com.br/2012/12/eugenia-o-racismo-cientifico.html>

^[6] Cf. <http://orescator.blogspot.com.br/2012/12/eugenia-o-racismo-cientifico.html>

[7] WHITE, Matthew. *El libro negro de la humanidad* . Tradução Rosa María Salleras Puig e Silvia Furió. Buenos Aires: Crítica, 2012, p. 420 e ss.

[8] WHITE, Matthew. *El libro negro de la humanidad* . Tradução Rosa María Salleras Puig e Silvia Furió. Buenos Aires: Crítica, 2012, p. 422.

NOVA SÚMULA 522 DO STJ: FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL É CRIME

ALICE SALDANHA VILLAR: Advogada, autora de diversos artigos publicados em revistas jurídicas e das obras "Direito Sumular - STF" e "Direito Sumular - STJ", São Paulo: JHMizuno, 2015.

Resumo: Segundo a nova Súmula 522 do STJ é típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa. O presente artigo tem por objetivo esclarecer os fundamentos desse novo enunciado sumular.

Sumário: 1. Introdução. 2. A revisão da jurisprudência do STJ e criação da Súmula 522. 3. Conclusão.

1. Introdução

A controvérsia que deu origem à Súmula 522 do STJ girava em torno na seguinte questão: na garantia constitucional de permanecer calado (art. 5º, LXIII da CF/88) estaria englobada a utilização de identidade falsa perante autoridade policial em situação de autodefesa?

Em outras palavras: o princípio constitucional da autodefesa comportaria interpretação extensiva para alcançar a conduta daquele que se apresenta com nome falso com o fim de livrar-se de uma prisão ou ocultar o seu passado criminoso?

Em observância à orientação fixada pelo STF no RE 640139 DF (DJe 14/10/2011), o STJ revê sua jurisprudência e passa a afirmar que o princípio constitucional da autodefesa não alcança aquele que atribui-se falsa identidade, perante autoridade policial, ainda que em situação de autodefesa.

Este novo entendimento do STJ culminou na publicação da Súmula 522, em abril de 2015. Nosso artigo apresenta uma breve exposição da evolução da jurisprudência dos tribunais superiores sobre a matéria, a fim de esclarecer os fundamentos do comando desse novo verbete sumular.

2. A revisão da jurisprudência do STJ e criação da Súmula 522

Durante anos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi firme no sentido de que não comete crime de falsa identidade (art. 307 do CP) aquele que, diante da autoridade policial, identifica-se com nome falso, em atitude de autodefesa.

Sendo assim, não praticaria o crime previsto no art. 307 do CP aquele que se apresenta com nome falso com o fim de livrar-se de uma prisão ou ocultar o seu passado criminoso. Tal conduta, na visão do STJ, caracterizaria o exercício de autodefesa, amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, prevista no art. 5º, LXIII da CF/88. [\[1\]](#)

Verbis:

CF/88. Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Ocorre que, em outubro de 2011, ao julgar com repercussão geral o mérito do RE 640139 DF (DJe 14/10/2011), o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que o princípio constitucional da autodefesa não alcança aquele que atribui falsa identidade, perante autoridade policial, com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente.

Confira a ementa do referido julgado:

“CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO [307](#) DO [CÓDIGO PENAL](#). ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO [5º](#), INCISO [LXIII](#), DA [CONSTITUIÇÃO](#). MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. [307](#) do [CP](#)). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes. (...)” STF - RE 640139 DF, Rel. Min. Dias Toffoli , DJe 13/10/2011.

Posteriormente, o STJ reviu sua jurisprudência para adotar a interpretação da Carta Magna firmada pelo STF. O Superior Tribunal de Justiça passou a aplicar o entendimento de que tanto o uso de documento falso (art. 304 do CP), quanto a atribuição de falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que utilizados para fins de autodefesa, visando a ocultação de antecedentes, configuram crime. Este entendimento culminou na edição da Súmula 522 do STJ, *verbis*:

Súmula 522: A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.

De fato, como bem destacou o ilustre Ministro Marco Aurélio Bellizze: [\[2\]](#)

“a compreensão firmada pelos membros da Suprema Corte não merece reparos, visto que não se

pode negar que a atribuição a si próprio de falsa identidade com o intuito de ocultar antecedentes criminais não encontra amparo na garantia constitucional de permanecer calado, tendo em vista que esta abrange tão somente o direito de mentir ou omitir sobre os fatos que lhe são imputados e não quanto à sua identificação.”

Nessa linha, confira:

“(…) 1. O uso de documento falso com a finalidade de evitar que o réu seja novamente recolhido à prisão não pode ser considerado como exercício de autodefesa. 2. A utilização de documento público em benefício do agente e em detrimento do Estado, configura ofensa à fé pública e não se confunde com a figura típica prevista no art. [307](#) do [Código Penal](#). (…)” STJ - HC 197447 SP, Rel. Min. OG Fernandes , DJe de 9/11/2011.

“(…) 1. Portar documento falso para ocultar o fato de ser foragido da Justiça não configura a hipótese de autodefesa, consagrada no art. [5.º](#), inciso [LXIII](#), da [Constituição Federal](#), mas sim da prática delitiva tipificada no artigo [304](#) do [Código Penal](#). Precedentes. 2. Recurso ministerial provido para, cassando o acórdão recorrido, determinar que o Tribunal a quo, considerando a tipicidade da conduta, prossiga no julgamento da apelação criminal. (…)” STJ - REsp 1134497 SP, Rel. Min. Laurita Vaz , DJe 3/11/2011.

“(…) 3. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que tanto a conduta de utilizar documento falso

como a de atribuir-se falsa identidade, para ocultar a condição de foragido ou eximir-se de responsabilidade, caracterizam, respectivamente, o crime do art. [304](#) e do art. [307](#) do [Código Penal](#), sendo inaplicável a tese de autodefesa. (...)” STJ - HC 156087 SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 05/09/2012

3. CONCLUSÃO

Em outubro de 2011, ao julgar com repercussão geral o mérito do RE 640139 DF, o STF definiu a interpretação correta a ser dada ao princípio constitucional da autodefesa, previsto no art. 5º, LXIII da CF/88.

Nesta ocasião, o STF afirmou que esta a garantia constitucional de permanecer calado não engloba a utilização de identidade falsa perante autoridade policial, ainda que em situação de autodefesa. Segundo o STF, a garantia constitucional do art. 5º, LXIII da CF abrange somente o direito de mentir ou omitir sobre os fatos que são imputados à pessoa e não quanto à sua identificação.

Com base nessa linha de raciocínio, o STJ reviu sua jurisprudência e passou a entender que tanto o uso de documento falso (art. 304 do CP), quanto a atribuição de falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que utilizados para fins de autodefesa, configuram crime. Este entendimento deu origem à Súmula 522 do STJ.

Vale dizer: o acusado tem o direito de permanecer calado, protegido pelo artigo art. 5º, LXIII, da CF/88, mas não possui, entretanto, o direito de mentir a respeito de sua identidade perante a autoridade policial, sob pena de incorrer no crime de uso de documento falso (art. 304, CP) ou de falsa identidade (art. 307, CP).

Notas:

[1] Cf., nessa linha, dentre outros: STJ - HC 88998 RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJ 25/02/2008; STJ - HC 56.991/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 16/10/2006.

[2] Cf. STJ – Voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no HC 168671 SP, 5ª Turma, DJe 30/10/2012;

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: ABERRAZIONI DEL SECOLO XXI?

JÚNIOR DA SILVA GARCEZ: Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho/RO - ILES/ULBRA.

Resumo: O artigo ora deflagrado dispõe breve análise acerca das funcionalidades do regime disciplinar diferenciado em face da Lei de Execução Penal, sob um viés investigatório, com a finalidade de desvelar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no que concerne à aplicação do sistema em questão. Na atualidade, é de notório conhecimento que a finalidade essencial da pena é a ressocialização do condenado, para que almeje a reintegração social, preceitos mensurados pela Lei de Execução Penal. Aliás, nessa perspectiva, há que se desdobrar que um dos principais aspectos do melindre em pauta, no sistema prisional brasileiro, é a correlação com a dignidade da pessoa humana, haja vista que o cumprimento do princípio máximo no âmbito do sistema de execução penal nacional tem sido uma tarefa hercúlea, isto é, no regime disciplinar diferenciado observa-se uma dita obliteração da dignidade da pessoa humana, justamente pela suposta severidade do aludido regime. Desta feita, o mister é o de proporcionar uma visão abrangente do regime disciplinar diferenciado, concebendo os posicionamentos positivos e negativos em consonância com a vigente Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal, haja vista ser ou não ser o RDD uma “aberração do século XXI”.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado. Lei de Execução Penal. Dignidade Humana. Aberração do Século XXI.

Abstract: The article now has triggered brief analysis about the features of the differentiated disciplinary regime in the face of Criminal law enforcement, under a investigative bias, with the purpose of unveiling the doctrinal and jurisprudential placements

regarding the application of the system in question. At present, it is notorious that knowledge the main purpose of penalty is the resocialization convicted for that aim for social reintegration, precepts measured by Criminal law enforcement. In fact, in this perspective, it is necessary to unfold one of the main aspects of the explosive issue on the agenda, in the Brazilian prison system, is the correlation with the dignity of the human person, since the line of maximum principle under the national criminal enforcement system has been a Herculean task, i.e. the differentiated disciplinary regime a said obliteration of human dignity , the alleged severity of the mentioned regime. This time, the coach is to provide a comprehensive overview of the differentiated disciplinary regime, conceiving the positive and negative positions in line with the prevailing law nº 7210 of July 11, 1984, the law of Criminal Execution, to be or not to be the RDD a "21ST century aberration".

Key words: Differentiated Disciplinary Regime. Criminal law enforcement. Human Dignity. 21ST Century Aberration.

Sumário: Introdução. 1. Sistema de Execução Penal e a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. 1.1. *Breve Análise da Lei de Execução Penal*. 2. Direito de Execução Penal e as Finalidades da Pena. 2.1. *Teoria Absoluta, Retributiva ou Repressiva*. 2.2. *Teoria Relativa, Finalista, Utilitária ou Preventiva*. 2.3. *Teoria Mista, Eclética, Intermediária ou Conciliatória*. 3. Regime Disciplinar Diferenciado: Aspectos Gerais e Determinantes. 3.1. *A Instituição da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003*. 3.2. *Análises Positivas e Negativas do Regime Disciplinar Diferenciado*. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

Ponderar sobre o regime disciplinar diferenciado no sistema de execução penal brasileiro não é tarefa das mais simplistas. Enrico Ferri, no Congresso Penitenciário de Roma, em 1885, definira o regime celular, um viés primitivo do regime disciplinar diferenciado, como uma *aberrazioni del secolo XIX* –

aberração do século XIX. Em face dessa assertiva, será o regime disciplinar diferenciado uma aberração do século XXI? A despeito disso, o fito é desdobrar os principais aspectos, especialmente críticos, no tocante ao regime disciplinar diferenciado, instituto posto no âmbito jurídico-penal brasileiro por intermédio da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, alterando sobremaneira o texto dos arts. 52, 54, 57, 58 e 60, da Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal.

Muito embora seja apenas uma entre tantas leis alteradoras provindas da modernamente denominada “inflação legislativa” (Francesco Carnelutti), fortemente presente num ordenamento jurídico instável e suscetível de legislar sobre quase todos os fatos e fatores da sociedade brasileira, tem-se que a Lei n. 10.792 de 2003 veio a lume para sufragar as demandas criminosas provenientes do crime organizado dentro dos presídios nacionais, como forma de conter ou cortar o contato temporário de possíveis líderes da criminalidade organizada com o mundo exterior, de modo que não descuide o Estado de propiciar um rigoroso processo para que o preso possa ou não ser “beneficiado” com o regime disciplinar diferenciado, com o resguardo de um devido processo legal sob as vistas do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Entretanto, é cabal indagar se tal medida urge de concreta efetividade, ou seja: tem o regime disciplinar diferenciado concebido respostas satisfatórias em face de um sistema prisional degradante? Independentemente de ser a resposta positiva ou negativa, o critério por ora reside em analisar o referido instituto, trazendo à baila os prós e os contras ao RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). Neste prisma, há que se ter em conta que o RDD é de utilidade exclusivamente interna do sistema penitenciário brasileiro, isto é, trouxe a Lei n. 10.792 de 2003 a possibilidade de consignação de suposta ordem e disciplina no âmbito interno de um determinado presídio, nos casos de previsível desatino por parte daquele que corresponda aos ditames do referido comando legal: reclusos de elevado nível de periculosidade, condenados ou

provisórios que comentam fato previsto como crime doloso e ocasionem subversão da ordem e disciplina do sistema penitenciário.

Desta sorte, traz-se no bojo do ofertado artigo, um estudo sintético do sistema de execução penal no Brasil, buscando desvendar suas funções e finalidades. Por outro lado, urge relatar o contexto das finalidades da pena, de modo a propiciar uma necessária compreensão e correlação da aplicabilidade do regime no sistema repressivo, ressaltando-se que repressão não é sinônimo de ressocialização e, verificar-se-á se no cumprimento do regime em pauta, se é o preso, de alguma forma, ressocializado, sendo este um entre tantos detalhes críticos que conferem um ar de incerteza ao RDD.

Destarte, ter-se-á o fulcro da pesquisa, que é desdobrar as funções do regime disciplinar diferenciado. Nessa medida, um dos grandes debates doutrinários desde que a Lei n. 10.792 de 2003 fora promulgada, é justamente se o regime disciplinar diferenciado está ou não a par dos princípios constitucionais. Visualiza-se a ressocialização como eixo da problemática, pois discorrer sobre regime disciplinar diferenciado ou qualquer regime de cumprimento de pena sem abranger a ressocialização, um dos eixos norteadores da Lei n. 7.210 de 1984, Lei de Execução Penal, é aspecto deveras faltoso, já que nas finalidades da pena, em quaisquer de seus regimes aplicados, há tanto o caráter repressor quanto ressocializador da reprimenda.

Em face disso, num Estado Democrático de Direito, no cerne do qual cada indivíduo, incluindo tanto os dotados quanto os privados de liberdade, tecer uma análise minuciosa do regime disciplinar diferenciado significa descurar se princípios indispensáveis são plenamente garantidos no RDD, tais como o devido processo legal, a presunção da inocência ou da não culpabilidade ou o princípio da dignidade da pessoa humana. Coerente que se prevaleça, no mais, em todas as searas do ordenamento, o fiel e espontâneo cumprimento do que afere o Texto

Magno, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais, perspectivas sobre as quais será analisado o regime disciplinar diferenciado.

1. Sistema de Execução Penal e a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984

1.1. Breve Análise da Lei de Execução Penal

Em linhas gerais, o sistema de execução penal brasileiro adveio de um lento e paulatino desenvolvimento dos mecanismos de execução da pena. O direito de execução penal brasileiro, nas primeiras décadas do século passado, distinguia-se por direito penitenciário, objeto de determinante influência francesa dos estudos em torno da ciência penitenciária e dos direitos da pessoa humana do preso (ALBERGARIA, 1992, p. 95). Frise-se que em sua integralidade, o sistema de execução penal está em permanente mudança, seja nas medidas administrativas seja nas medidas legais, sendo o regime disciplinar diferenciado um capítulo desenvolvido após intensos reveses na própria criminalidade, pois em décadas passadas, não havia o crime organizado em larga escala na sociedade brasileira e no sistema penitenciário, de modo a constituir-se em lei um regime especial de cumprimento de pena.

Conceituando o que a vem a ser direito penitenciário, assevera Jason Albergaria, um dos participantes da comissão idealizadora do projeto que deu origem à Lei de Execução Penal de 1984, que “consiste no conjunto de normas jurídicas que regulam toda a execução penal e seu objetivo, bem como no conjunto de normas jurídicas que regulam o tratamento penitenciário e a organização penitenciária” (1992, p. 102). Óbvio relevar que o direito de execução penal, tanto num passado recente quanto no presente concreto, procura atender a objetivos específicos, delineados desde o Anteprojeto do Código Penitenciário de 1933 à vigente Lei n. 7.210 de 1984. Neste plano, o entendimento de Alexis Couto de Brito:

A execução penal pressupõe, obviamente, uma pena concreta. E a pena, para ser aplicada,

necessita de um processo. Neste, assim que apurada a existência do fato e sua autoria, aplicar-se-á a pena abstratamente cominada para o tipo de crime praticado. Como consequência, todos os envolvidos no episódio receberão sua parte. A sociedade: o exemplo; o condenado: o tratamento; e a vítima: o ressarcimento (2013, p. 24).

Em direito de execução penal, há diversas diretrizes ofertadas pela legislação com o fim de garantir a satisfativa medida executória da pena, muito embora com todos os problemas perceptíveis em um sistema penitenciário caótico e desestruturado, como é forçoso aduzir. Hoje, tem-se a referida Lei n. 7.210 de 1984 como uma das mais bem elaboradas normas de execução penal do mundo, apesar das consideráveis críticas da doutrina e da jurisprudência brasileira e do atual projeto de reforma da dita norma, em trâmite no Senado Federal, mais por conta da estrutura administrativa propiciada – ou não propiciada – pelo Estado do que normativa, em verdade.

De acordo com análise de Alexis Couto de Brito (2013, p. 34), no art. 1º da Lei de Execução Penal consta, como seu objetivo, “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Conforme esclarecimento de Boschi e Silva, citado por Couto de Brito, pode-se mensurar a efetividade no sentido de tornar concreta a submissão do condenado à sanção imposta. E integração social harmônica porquanto, ao restringir sua liberdade, não poderá execrá-lo do convívio social ao qual deverá retornar.

O dispositivo transmite a intenção de submeter o preso a um tratamento penitenciário, oferecendo-se ao condenado os meios necessários a uma participação construtiva na comunidade. No que concerne ao regime disciplinar diferenciado, não é cabível ao Estado descurar de tais objetivos na aplicação da sanção

disciplinar, haja vista que os objetivos da Lei de Execução Penal são de aplicação e exercício integrais aos seus ditames. Pensar de outra forma seria solapar os direitos e garantias fundamentais do atual Estado Democrático de Direito, contumaz solapamento que não se pode conceber na aplicação do regime *sub oculum*.

2. Direito de Execução Penal e as Finalidades da Pena

Alexis Couto de Brito assevera que “o Direito Penal moderno enfrenta o indivíduo de três maneiras: ameaçando, impondo e executando penas” (2013, p. 33). Assim, objetivamente, no atinente às finalidades da pena, os estudiosos das ciências penais, do passado ao presente, são unânimes em tratar de três principais teorias, quais sejam: teoria absoluta, retributiva ou repressiva; teoria relativa, finalista, utilitária ou preventiva e; teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória. São teorias cujo fim, no mais ou no menos, objetivam um critério plausível para a formatação e aplicação da pena, em função de uma finalidade social e humana condizente com a vigente Lei n. 7.210 de 1984, a Lei de Execução Penal, e principalmente com o tema-objeto do presente artigo, qual seja, o regime disciplinar diferenciado.

2.1. Teoria Absoluta, Retributiva ou Repressiva

No campo da teoria absoluta, retributiva ou repressiva, pode-se aferir como sendo uma teoria pura em suas determinações. Cometido o crime e determinado o seu feitor, incorria este nas devidas e necessárias punições. Desta sorte, Magalhães Noronha aduz que as teorias absolutas

fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu crime (*punitur quia peccatum est*). Negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. É ela simples consequência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime (2009, p. 223).

Pela teoria absoluta, a pena é a consecução do castigo ao injusto praticado pelo criminoso. Daí infere-se a denominação

absoluta, pois a punição desta forma deveria prevalecer, pouco relevando as consequências da pena imposta. A finalidade da pena é eminentemente retributiva, sendo um mecanismo necessário para reparar a ordem jurídica violada pelo delinquente. Este, quando pratica um mal, um injusto, é reparado com a inflição de um assim considerado justo. A vantagem das teorias absolutas consiste em agregar à pena a ideia de retribuição e, com isso, estabelecer que a sanção deve ser proporcional à gravidade do fato (ESTEFAM, 2012, p. 321).

2.2. Teoria Relativa, Finalista, Utilitária ou Preventiva

Por conseguinte, com a teoria relativa, finalista, utilitária ou preventiva, instaurou-se uma antevisão à pena, sendo esta um pressuposto básico e urgente para sua determinação. No plano anterior à pena, já teria que se estabelecer uma forma de buscar a prevenção do delito, ou seja, pela pena em si, configura-se, como pronuncia a teoria em comento, uma possibilidade de prevenir o crime, de caráter utilitário. Com propriedade, André Estefam elucida:

Para as teorias finalistas, sua base encontra-se no futuro, pois a pena somente se justifica enquanto fator de prevenção. As teorias da prevenção encaram a pena como fator necessário à segurança social. Não se admite possa a pena servir como simples mecanismo de retribuição. Não se justifica a imposição de um mal tão grave e acentuado sem que haja, por detrás, a busca de um fim ulterior, de uma meta superior. Seus adeptos, então, aduzem que a finalidade superior consistiria justamente em evitar a ocorrência de novos crimes: pune-se para não delinqüir (*punitur nepeccetur*) (2012, p. 322).

A cominação da pena, no cerne da teoria relativa, aduzia um princípio de segurança social, pois a pena é o pressuposto de

urgência na prevenção do crime. Noronha oferta visão mais simplista, porém de relevante definição, com o seguinte raciocínio:

As teorias *relativas* procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é causa da pena, mas *ocasião* para que seja aplicada. Não repousa na idéia de justiça, mas de *necessidade social* (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinqüiu, mas advertir aos delinqüentes em potência que não cometam crime. Conseqüentemente, possui um fim que é a prevenção *geral e particular* (2009, p. 223, grifos do autor).

A teoria relativa, de sorte, é um anteposto à teoria absoluta. Se por esta implica na imposição do castigo, naquela, urge o efeito preventivo do delito. Da teoria relativa propugnou-se dois sistemas de determinante relevância: o da prevenção geral e o da especial. O primeiro destinado a controlar a violência, no terreno anterior à prática do crime, utilizando-se para tanto, à vista de exemplo, dos instrumentos normativos. A segunda no que se refere ao direcionamento à figura do delinquente já condenado, sendo a ressocialização o eixo norteador da prevenção especial, o que, não por menos, é prerrogativa crítica no sistema de execução penal brasileiro.

2.3. Teoria Mista, Eclética, Intermediária ou Conciliatória

Por derradeiro, no que concerne à teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória, ou simplesmente teoria mista, como a própria denominação aduz, é uma consonância da teoria absoluta com a relativa, ou seja, com a aplicação da pena figura a retribuição em simetria com a prevenção, tanto geral quanto especial. É a teoria mais plausível entre todas, cujo mister foi abarcado pelo art. 59, *caput*, do Código Penal brasileiro, no seio do qual consta a correspondência entre reprovação e prevenção do crime.

E. Magalhães Noronha ensina que “as teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém

objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária” (2009, p. 223). Bem ponderou o vigente Código Penal ao estabelecer em lei o pressuposto da teoria mista, embora, como é factível, mais contundente é a repressão do que a prevenção no cerne da sociedade brasileira. Em conclusão, o supracitado e renomado penalista expõe o seguinte escrutínio:

Realmente, uma coisa é afirmar o *conceito* da pena e outra, seu *fim*. A pena é retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado. É expiação. Antes de escrito nos Códigos, está profundamente radicado na consciência de cada um que aquele que praticou um crime deve também um mal sofrer. Não se trata da *lex talionis*, e para isso a humanidade já viveu e sofreu muito; porém é imanente em todos nós o sentimento de ser retribuição do mal feito pelo delinqüente. Não como afirmação de vindita, mas como demonstração de que o direito postergado protesta e reage, não apenas em função do indivíduo, mas também da sociedade (2009, p. 223, grifos do autor).

É essencial que se tenha em mente a importância da aplicação do art. 59 do Código Repressivo na consecução dos fins e objetivos da pena, tanto como a finalidade da pena em voga que é reprimir e restaurar o recluso. Princípios como o da individualização e da proporcionalidade das penas são basilares para a manutenção da dignidade humana nos sistemas prisionais, bem como para aferir a efetividade do regime disciplinar diferenciado em face dos princípios constitucionais penais.

3. Regime Disciplinar Diferenciado: Aspectos Gerais e Determinantes

Desta feita, urge dissecar os matizes do regime disciplinar diferenciado. A exposição das finalidades da pena tem por mister esclarecer o efetivo posicionamento do regime disciplinar diferenciado no direito de execução penal. De princípio, pode-se aferir que o regime disciplinar diferenciado – descrito pela sigla RDD – é medida disciplinar de cunho alternativo no âmbito do direito de execução penal. É instituto, conforma versado anteriormente, calcado em posicionamentos contrários e favoráveis, por ora sem possibilidade de consenso na doutrina, porém com pacificidade na jurisprudência, como será delineado. Segundo Prado, Hammerschmidt, Maranhão e Coimbra:

Matéria controvertida que enseja inúmeros debates na doutrina nacional é o tema referente à criação do regime disciplinar diferenciado. Desde sua origem, tem essa forma diferenciada de implantação de um preso, dentro de uma unidade penal, críticos e adeptos. Ocorre que esse instituto surgido em meio ao emaranhado penitenciário de medidas e soluções caóticas, ante a realidade do sistema carcerário, hodiernamente vem sendo aplicado nos presídios brasileiros, enquanto a reflexão acerca de sua eficácia no plano fático, que deveria coadunar com o ordenamento jurídico-penal, proveniente de um Estado democrático de Direito, ainda se mostra diminuta (2013, p. 105).

Nos ensinamentos do insigne Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 149), o regime disciplinar diferenciado foi concebido para atender às necessidades de maior segurança nos estabelecimentos penais e de defesa da ordem pública contra criminosos que, por serem líderes ou integrantes de facções criminosas, são responsáveis por constantes rebeliões e fugas ou permanecem, mesmo encarcerados, comandando ou participando de quadrilhas ou organizações criminosas atuantes no interior do sistema prisional e

no meio social. Tem-se, de sorte, o motivo da implantação de tão controverso instituto: o crime organizado.

É notório que, em sede nacional, com o passar dos anos, mais tem se organizado o crime do que o próprio Estado no combate ao crime, numa breve vista de olhos. Daí nada mais natural efetivar mecanismos para coibir as organizações criminosas na seara dos presídios brasileiros, pois se o Estado não pode ou não possui meios para controlar o crime organizado fora das penitenciárias, de alguma forma deveria e deve controlá-lo no interior dos estabelecimentos penais, e o regime disciplinar diferenciado veio à luz para conceber tal mister. No desiderato de Alexis Couto de Brito:

O regime disciplinar diferenciado, conhecido pela sigla RDD, teve sua gênese no Estado de São Paulo, com a edição da Res. 26/2001 da Secretaria de Administração Penitenciária, que alegando necessidade de “combater” o desenfreado crescimento da criminalidade organizada, previa a possibilidade de isolamento do preso por até 360 dias, desde que aplicado a líderes de facções criminosas ou portadores de comportamentos inadequados. Começou a ser aplicado na penitenciária de Presidente Bernardes, considerada de segurança máxima (2013, p. 174).

Por meio do enunciado supramencionado, pode-se auferir que o regime disciplinar diferenciado teve como móvel-propulsor o crime organizado que obteve *status* desmesurado no Estado de São Paulo, com facções diversas entre as quais destaca-se o Primeiro Comando da Capital, o PCC. Mas, em vista disso, é cabível o RDD há presos outros que, de alguma forma, demonstrarem elevado nível de periculosidade criminal, cujo comportamento resulta em desordens ou crimes dolosos dentro das penitenciárias, de acordo com os critérios legais que serão descortinados no passo posterior.

3.1. A Instituição da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003

A Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, trouxe consideráveis alterações à Lei n. 7.210 de 1984, a Lei de Execução Penal. Doutrinariamente, os estudiosos da execução penal tratam de expor os requisitos e modalidades atinentes ao regime disciplinar diferenciado, nos moldes do que consta nos artigos reformados da Lei n. 7.210 de 1984, em decorrência da Lei n. 10.792 de 2003. Outros mais, além de ofertarem uma exegese da exposição normativa, enumeram os pontos negativos do regime que, segundo parcela doutrinária, atinge as raias da inconstitucionalidade, já que diversos direitos da pessoa humana do preso são supostamente fustigados pelo regime. Por ora, urge alinhar os posicionamentos com base normativa, próprios para elucidar os principais e importantes matizes do regime disciplinar diferenciado.

Assim sendo, segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 1.038):

Introduzido pela Lei 10.792/2003, o regime disciplinar diferenciado é, em síntese, caracterizado pelo seguinte: a) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias (art. 52, incisos I a IV, Lei 7.210/84).

Paulo Queiroz, por sua vez, traz a seguinte compreensão:

O RDD tem as seguintes características: a) duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; d) o preso terá direito à saída da cela por

duas horas diárias para banho de sol. Para decretá-lo, o juiz competente, que deverá previamente ouvir o Ministério Público e a defesa, considerará a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão (2012, p. 482).

Num mais abrangente posicionamento, aduz André Estefam:

O regime disciplinar diferenciado foi instituído em âmbito nacional pela Lei nº 10.792, de 1º-12-2003. Dispõe o art. 52 da LEP: “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II – recolhimento em cela individual; III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV – o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol. § 1º. O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º. Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas

suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (2012, p. 344-345).

Por todas as características descritas, percebe-se que a inclusão no regime disciplinar diferenciado por alguma ação realizada pelo preso, somente ocorre no caso descrito no caput do art. 52 da LEP, pois as expressões “alto risco” e “fundadas suspeitas”, presentes nos §§ 1º e 2º desse artigo, envolvem juízo subjetivo, que não se coaduna com o princípio da taxatividade, regente da aplicação das sanções disciplinares (PRADO; HAMMERSCHMIDT; COMIBRA, 2013, p. 106). Há diversos e indispensáveis aspectos para que seja efetivamente aplicado o regime em comento, sob risco de findar em descrédito ou nulidade da decisão. Nesta toada, Mirabete dispõe o seguinte posicionamento:

Estão sujeitos à inclusão cautelar no regime disciplinar diferenciado o condenado que cumpre pena privativa de liberdade e o preso provisório, decorre de flagrante, pronúncia, decretação da prisão preventiva ou sentença condenatória recorrível. Na hipótese do § 2º do art. 52, porque exige a *leifundadas suspeitas* de envolvimento do preso em organização criminosa de qualquer espécie, não é pressuposto para a inclusão anterior condenação pelo crime de quadrilha ou bando. A simples condenação pelo crime previsto no art. 288 do CP não é suficiente, porém, para a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, impondo-se que em razão de suas associações criminosas sua manutenção no regime comum acarrete risco à segurança do estabelecimento ou à sociedade (2004, p. 151, grifos do autor).

Para consignar os requisitos necessários aptos a dar consumação e aplicabilidade ao regime disciplinar diferenciado, Guilherme de Souza Nucci (2013, 1.038) preleciona que o RDD somente poderá ser decretado pelo juiz da execução penal, desde que proposto, em requerimento pormenorizado, pelo diretor do estabelecimento penal ou por outra autoridade administrativa como, por exemplo, o Secretário da Segurança Pública ou da Administração Penitenciária, ouvido previamente o membro do Ministério Público e a defesa, nos moldes do art. 54 e parágrafos da LEP. Embora o juiz tenha o prazo máximo de 15 dias para decidir a respeito, a autoridade administrativa, em caso de urgência, pode isolar o preso preventivamente, por até dez dias, aguardando a decisão judicial, no dizer do art. 60, da LEP.

Aduz Nucci, que os prazos, no entanto, deveriam coincidir, ou seja, se o juiz tem até 15 dias para deliberar sobre o regime disciplinar diferenciado, o ideal seria que a autoridade administrativa tivesse igualmente 15 dias para isolar o preso, quando fosse necessário. Nada impede, aliás recomenda, no entanto, que o juiz, alertado de que o preso já foi isolado, decida em dez dias, evitando-se alegação de constrangimento ilegal. O tempo de isolamento provisório será computado no período total do regime disciplinar diferenciado, como uma autêntica detração. Em síntese, tais são as características em voga no regime disciplinar diferenciado, partindo-se, de agora, às análises positivas e negativas do instituto.

3.2. Análises Positivas e Negativas do Regime Disciplinar Diferenciado

Faz-se necessário discorrer sobre os recepcionamentos positivos e negativos do regime disciplinar diferenciado em sede de doutrina jurídico-penal. De outrora, já aferia H. Donnedieu de Vabres (1938, p. 204), sobre o regime celular, que “é certo que falharam as singulares esperanças que nele se fundaram, contando com o isolamento prolongado, contrário aos instintos de sociabilidade do homem, para produzir a correção!”. E prossegue o antigo Professor da Faculdade de Direito de Paris que acusam o

regime celular de produzir o embrutecimento e, dentro em breve, a alienação mental. “O regime celular é, todavia, aflitivo: aflitivo para os prisioneiros cuja vida intelectual é mais pobre; aflitivo para aqueles a quem nenhum contato repugna; aflitivo para os mais perversos. Os seus partidários preconizam-no, hoje, mais pelo seu valor intimidativo do que pelo seu valor reformador”.

Paulo Queiroz desponta na corrente denegridora do regime disciplinar diferenciado, com baldadas razões, explicitando que “além dos regimes fechado, semiaberto e aberto, há agora o regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 52), fechadíssimo, espécie de prisão no interior da prisão, aplicável àquele que se achar preso provisória ou definitivamente (2012, p. 482).” Embora a majoritária jurisprudência dos tribunais confirme legitimidade ao regime disciplinar diferenciado, é oportuna a crítica de Paulo Queiroz, pois num dito Estado Democrático de Direito, com leis promulgadas quase que rotineiramente, há que se ter efetivo cuidado na interpretação e principalmente na aplicação de seus preceitos. E complementa o assinalado Procurador da República:

Conforme assinalamos, trata-se de pena cruel e degradante, que atenta contra a dignidade da pessoa humana, logo, inconstitucional, além de não ter finalidade educativa alguma, que assim frustra os fins que se propõe a Lei de Execução Penal (art. 1º), por vedar em caráter quase absoluto todo e qualquer contato com o mundo exterior e interior, bem como impedir o exercício de direitos básicos previstos na LEP, como o direito ao lazer, praticar atividades desportivas etc. Não bastante isso, a circunstância de o preso apresentar “alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” constitui a razão mesma da privação da liberdade em presídio de segurança ou média

(normalmente); então submetê-lo a novas restrições no seu interior constitui manifesto *bis in idem*, próprio de um direito penal do inimigo, castigando-o duplamente pelo crime já objeto da prisão cautelar ou definitiva. Ademais, se determinado preso for realmente capaz de representar alto risco para a segurança do estabelecimento prisional, não será com um tal castigo que se resolverá o problema, que a rigor a ele não pode ser imputado, mas à própria administração, que deverá encontrar meios de resolver eventuais conflitos legalmente e sem abusos. E mais: como falar de “alto risco para a sociedade” se o réu já se encontra encarcerado? O mesmo deve ser dito da “fundada suspeita de envolvimento ou participação em organizações criminosas ou quadrilha ou bando”. No mais, a lei ofende os princípios da legalidade e da presunção de inocência, entre outros (2012, p. 482).

Muito se discute quanto à concreta constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado. E as opiniões se dividem a favor e contra sua aplicação. E, embora o STF e o STJ já tenham se pronunciado pela constitucionalidade do instituto, aparentemente a razão está com quem refuta sua aplicação. Nesse prisma, fortes são as palavras da Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura: a inovação do RDD “mutilou os princípios e objetivos norteadores da execução penal” (BRITO, 2013, p. 176-177). Alexis Couto de Brito argumenta, com clareza e eficiência, que Roberto Lyra, mesmo sem o desprazer de presenciar o surgimento do RDD, posicionava-se radicalmente contra qualquer isolamento celular.

Para o mestre, segundo Alexis Couto, “a célula não corresponde a qualquer dos requisitos e dos fins da pena considerada do ponto de vista do interesse social. O isolamento

deprime ou excita o espírito anormalmente, preparando o terreno para as chamadas psicoses carcerárias”. E arremata: “em vez de esperado arrependimento, sobrevém, em regra, o desespero ou a insensibilidade. O argumento de que o isolamento contínuo serve melhor à individualização, aliás falso, pela simples razão de que se procura adaptar o sentenciado por meios sociais, não à prisão e à solidão, mas à liberdade e à convivência, não pode ser acolhido” (2013, p. 177).

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 1.039) atesta que é perceptível a severidade incontestada do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate aos líderes do crime organizado que, de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos. Por tal razão, pondera Nucci que é preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade de inclusão do preso, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente, no RDD.

O regime disciplinar diferenciado, após incorrer-se em preponderante análise de seus requisitos, faz-se imergir em ponderações acerca de sua efetiva constitucionalidade, pois conforme denotava Enrico Ferri, ilustre criminalista italiano, há cem anos, “esta inútil, estúpida, desumana, custosíssima ‘tumba de seres vivos’ não é admissível, sendo desumana por atrofiar o instinto social e tornar inevitável a loucura entre os presos” (BRITO, 2013, p. 177). Ferri, conforme já delineado, considerava o isolamento celular uma *aberrazioni del secolo XIX*.

Mercê dessa diretriz, em detida e preciosa análise, com vistas a conceber um efetivo raciocínio em torno do regime disciplinar diferenciado, há a preleção de Guilherme de Souza Nucci, profusa, mas necessária à plena compreensão da problemática em apenso:

Em face do princípio constitucional da humanidade, sustentando ser inviável, no Brasil, a existência de penas cruéis, debate-se a admissibilidade do regime disciplinar diferenciado. Diante das características do mencionado regime, em especial, do isolamento imposto ao preso durante 22 horas por dia, situação que pode perdurar por até 360 dias, há argumentos no sentido de ser essa prática uma pena cruel. Pensamos, entretanto, que não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria, hoje, organizado, de modo que não haveria necessidade de regimes como o estabelecido pelo art. 52 da Lei de Execução Penal. A realidade distanciou-se da lei, dando margem à estruturação do crime, em todos os níveis. Mas, pior, organizou-se a marginalidade *dentro* cárcere, o que é situação inconcebível, mormente se pensarmos que o preso deve estar, no regime fechado, à noite, isolado em sua cela, bem como, durante o dia, trabalhando ou desenvolvendo atividades de lazer ou aprendizado. Diante da realidade, oposta ao ideal, criou-se o RDD. Tanto quanto a pena privativa de liberdade, é o denominado *mal necessário*, mas não se trata de uma pena cruel. Proclamar a inconstitucionalidade desse regime,

fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. Constitui situação muito pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos. Há presídios brasileiros, onde não existe o RDD, mas os presos matam outros, rebeliões são uma atividade constante, fugas ocorrem a todo momento, a violência sexual não é contida e condenados contraem doenças gravíssimas. Pensamos ser essa situação mais séria e penosa que o regime disciplinar diferenciado. Obviamente, poder-se-ia argumentar, que um *erro não justifica outro*, mas é fundamental lembrar que o *erro essencial* provém, primordialmente, do descaso de décadas com o sistema penitenciário, gerando e possibilitando o crescimento do crime organizado dentro dos presídios. Ora, essa situação necessita de controle imediato, sem falsa utopia. Ademais, não há direito absoluto, como vimos defendendo em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental. Se o preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado à lei, o que não é regra, mas exceção, a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD

tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira. Em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, pensamos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal, buscando implementar, na prática, os regimes fechado, semiaberto e aberto, que, em muitos lugares, constituem simples quimeras. A jurisprudência encontra-se dividida, porém, a maioria dos julgados tem admitido a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado (2013, p. 1.040, grifos do autor).

No enunciado exposto por Nucci, é apreciável que o problema não incorre somente em aspectos normativos decorrentes da Lei n. 10.792 de 2003. Há uma miríade de fatores especialmente de cunho executivo que fazem do regime disciplinar diferenciado um mal necessário ou, aliás, a pena de prisão é um mal necessário, na vívida definição de Michel Foucault. Não obstante as determinações que foram levantadas para a edição da Lei n. 10.792 de 2003, pelo fato da insurgência do crime organizado, deve-se lapidar a aplicação do instituto, sob risco de padecer de violação de princípios essenciais, como o da proporcionalidade, tipicidade, humanidade das penas e da dignidade humana.

Em vista das posições negativas supramencionadas, consigna-se por oportuno os posicionamentos favoráveis ao regime disciplinar diferenciado. Neste diapasão, eis a percepção de André Estefam:

Muito embora existam severas críticas ao regime disciplinar diferenciado, entendemos que ele não viola a Constituição Federal, uma vez que o Texto Maior autoriza a privação da

liberdade (art. 5º, XLVI), sem distinguir se o preso deva permanecer em estabelecimento individual ou coletivo. Além disso, a colocação do preso em regime de isolamento celular, desde que por uma fração de sua pena e em situações excepcionais e justificadas, configura medida necessária à eficácia do cumprimento da pena e à defesa da sociedade (2012, p. 345).

Estefam colaciona que já se posicionou o STF em julgamento de *habeas corpus* que nossos tribunais superiores já julgaram, em caráter incidental, em diversas oportunidades, *habeas corpus* impetrados por pessoas inseridas no regime disciplinar diferenciado, tendo sempre proclamado a validade da medida (STF, HC 93.391, rel. Min. Cezar Peluso, j. 15-5-2008; STJ, HC 92.714, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 6-12-2007). No mesmo sentido, ou seja, da corrente favorável ao regime disciplinar diferenciado, Luiz Regis Prado oferta esclarecedor julgado, desta vez do STJ:

“Execução Penal – Regime Disciplinar Diferenciado – Admissibilidade – Legitimidade da atuação estatal que visa dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais – Magistrado que apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas, a inclusão do acusado no Regime Disciplinar Diferenciado – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Inteligência dos arts. 52 e 54 da Lei 7.210/84. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado,

atendeu ao princípio da proporcionalidade. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da Lei de Execuções Penais, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do *habeas corpus*. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execuções Penais. (STJ – HC 40.300-RJ-5ª T. – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 07.06.2005 – v.u. – DJU 22.08.2005).

Por outro lado, para tornar a análise mais próxima do contexto fático-jurídico possível, plausível é a recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo que, após ter

negado, inicialmente, a transferência de Marcos Camacho, o “Marcola”, um dos chefes do Primeiro Comando da Capital (PCC), para um regime de prisão mais duro, a Justiça de São Paulo revisou sua decisão e determinou que o “bandido” seja colocado em isolamento. Marcola passou a cumprir pena de acordo com as regras do regime disciplinar diferenciado no Presídio de Segurança Máxima de Presidente Bernardes, no Estado de São Paulo. Outros três líderes da facção também foram transferidos para o RDD.

Segundo o Tribunal de Justiça, o regime de isolamento previsto é de 22 horas por dia por um período de sessenta dias. Nesse regime, o detento permanece em cela individual com somente duas horas de banho de sol, sem direito a visitas íntimas e acesso ao noticiário. A transferência, confirmada pelo Tribunal de Justiça, é baseada em pedido da Segurança Pública de São Paulo e da Secretaria de Administração Penitenciária, depois da descoberta de um plano de fuga desses presos da Penitenciária de Presidente Venceslau (ALVES, 2014).

Ante o exposto, na prática, o regime não encontra desfavores, mas tem-se os requisitos essenciais dispostos na Lei n. 7.210 de 1984 como mecanismos aptos a amparar a aplicação do regime. Se o indivíduo recluso, em decorrência da ameaça de fuga ou quaisquer perigosidade com que possa vir a acarretar ao estabelecimento ou à sociedade, como é o caso do citado “Marcola”, nada mais cabível a temporária privação de contato com o exterior, evidentemente com respaldo nos direitos e garantias fundamentais, inerentes mesmo aos mais perigosos criminosos. Conforme julgado do STF: "O regime disciplinar diferenciado é sanção disciplinar, e sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado" (HC 96.328, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 2-3-2010, Segunda Turma, *DJE* de 9-4-2010).

O fiel cumprimento dos requisitos delineados na Lei de Execução Penal, no concernente ao regime disciplinar diferenciado, são determinantes para que não hajam contradições em sua imposição, como a desatenção aos princípios penais e constitucionais, hipótese cuja reprovabilidade não pode ser de qualquer forma permitida num Estado Democrático de Direito. Se, por um acaso ocasional das coisas, ocorrer o solapamento dos direitos fundamentais do preso no cumprimento do RDD, nada mais concreto que responsabilizar o Estado pelo desatino, pois ao mesmo tempo em que garante direitos e garantias fundamentais, deve por primazia fazer cumpri-los.

Considerações Finais

Em arremate final, o presente artigo, objeto de pesquisa eminentemente doutrinária e jurisprudencial, constata que o regime disciplinar diferenciado urge de aplicabilidade, embora com ressalvas em suas determinações. Tem-se que a função do Estado em ofertar segurança aos cidadãos é limitada, fator conhecido do povo e pelas mais variadas motivações, desde a mais sublime a mais fútil. Propiciar medidas legais de cerceamento da liberdade é uma coisa; tornar uma medida de cerceamento da liberdade um móvel para garantir estabilidade e segurança nos sistemas penais é outra plenamente diferente, pois em tratando-se de sistema prisional brasileiro, todos os riscos necessitam de instigante fiscalização por órgãos como Ministério Público e Defensoria Pública, abarcados que foram pela Lei n. 10.792 de 2003.

Assim, em análise, Roberto Lyra, penalista de nomeada, célebre pela perspicácia de seus argumentos, já delineava que “o número crescente de presos foi pretexto para murá-los e ainda emparedá-los, engradá-los, aferrolhá-los, sem prejuízo dos guardas e soldados armados como para a guerra. Cavernas, naturais ou não, subterrâneos, túmulos, fossas, torres, tudo servia para prender. Depois, vieram as prisões para ‘salvar’, ‘regenerar’,

‘recuperar’, ‘corrigir’, ‘emendar’, ‘reformatar’ e outras mentiras”. No regime disciplinar diferenciado, observa-se um contraponto no vigente sistema de direito penal mínimo recorrente em sede Brasil, com o direito penal máximo, vivido em países como Estados Unidos. A questão central é possibilidade de o regime disciplinar diferenciado ferir de morte princípios essencialíssimos como dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência, reserva de jurisdição, individualização da pena e tipicidade penal.

Se o RDD não é inteiramente recepcionado pela doutrina, sendo poucos os que conclamam pela invalidade do instituto, há um problema, cuja solução somente findará no ato do STF instaurar ação declaratória de inconstitucionalidade, possibilidade pouco concreta de se realizar, em vista do posicionamento favorável da Suprema Corte pela mantença do regime no ordenamento jurídico. Pode-se dizer que o regime disciplinar diferenciado não é de todo incoerente, pois medidas hão que ser tomadas para conter possíveis riscos aos estabelecimentos prisionais, já combalidos pelo desgaste e descaso do Poder Executivo. Se o crime organizado dia após dia arremata mais asseclas para conferir maior abrangência na sociedade brasileira, tanto mais deve o Estado organizar-se, seja com medidas administrativas, seja com medidas legais, mas condizentes com a segurança social e o interesse público, não sendo o RDD, destarte, uma *aberrazioni del secolo XXI*.

Referências Bibliográficas

ALBERGARIA, Jason. *Das Penas e da Execução Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ALVES, Joedson. *Justiça Transfere Marcola para Isolamento em Prisão*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/justica-transfere-marcola->

para-isolamento-em-prisao=redesabril_veja&> Acesso em: 30/09/2015.

BITTENCOURT, Cesar Roberto (Org.). *Crime e Sociedade*. Curitiba: Juruá, 1999.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Traduzido por Raquel Ramallete. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: introdução e parte geral*. Atualizado por Adalberto José Q. T. Camargo Aranha. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2009. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política Criminal e Penas Alternativas à Prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Direito de Execução Penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1.

RESPONSABILIDADE CIVIL, ADMINISTRATIVA E CRIMINAL DE PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO AMBIENTAL

MAKELY GARCIA SANTOS: estudante de direito do último semestre, inglês avançado, espanhol fluente e português nativo. Experiência como assistente jurídica na área de contratos diversos e processos judiciais. Vivência no exterior, fazendo o curso de direito internacional e alguns trabalhos voluntários na área social e jurídica.

RESUMO: o presente artigo aborda uma reflexão sobre a responsabilidade civil, administrativa e penal das pessoas jurídicas no direito ambiental, visando somente à responsabilidade do sócio e administrador de empresas. na instância civil é tratada como a obrigação de reparação dos danos causados, destaca-se a sua natureza objetiva, com a adoção da teoria do risco. na esfera criminal, apresentam-se as principais inovações inseridas pelo texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Responsabilidade Administrativa; Responsabilidade Penal; Pessoa Jurídica; Direito Ambiental; Sócio; Administrador;

ABSTRACT: this article deals with a reflection about the civil, administrative and criminal responsibility of legal persons in the environmental law, in order only the responsibility of the member and business administrator. instance in civil is treated as the obligation to repair the damage, stands out your objective nature, with the adoption of risk theory. in criminal sphere, present those key innovations entered the constitutional text.

KEYWORDS: Civil responsibility; Administrative responsibility; Criminal responsibility; Legal person; Environmental Law; partner; administrator.

1 INTRODUÇÃO

Nos termos da Constituição Federal art. 170, caput e VI, a ordem econômica brasileira. “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” adota entre seus princípios, a “defesa do meio ambiente”.

Para corrigir e/ou coibir eventuais ameaças ou lesões ao meio ambiente, o art. 225, § 3º da Constituição prevê que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados”.

Como se vê, atos atentatórios ao ambiente tem (ou podem ter) repercussão jurídica tripla, já que ofendem o ordenamento de três maneiras: Administrativa, em decorrência da denominada responsabilidade administrativa, Civil, em razão da responsabilidade civil e Penal, por conta da responsabilidade penal.

Num primeiro ponto de análise, temos que os ilícitos administrativo, civil e penal, são pautados num mesmo conceito: a antijuridicidade. Todos os tipos estão relacionados como uma reação do ordenamento jurídico contra a antijuridicidade praticada. Todavia há diferenças entre essas três penalidades. Dentre os critérios identificadores da natureza dos ilícitos, podemos indicar: a) o reconhecimento do objeto tutelado por cada um; e b) reconhecimento do órgão que imporá a respectiva sanção.

O elemento identificador da sanção (se é de natureza administrativa, civil ou penal) é o objeto precípua da tutela. No caso da administrativa, o objeto da tutela são os interesses da sociedade e, portanto, terá lugar a uma sanção devido ao descumprimento das regras e princípios do sistema violado. Já para os demais tipos (civil e penal), o elemento de discernimento da sanção concentra-se no regime jurídico a que está sujeita, sendo que a civil visa, via de regra, uma limitação patrimonial, enquanto a penal uma limitação a liberdade, direitos e multa.

2 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL:

A responsabilidade administrativa é uma manifestação do poder de polícia do Estado, denominada por Édis Milaré de "o poder de polícia administrativa ambiental, definido como incumbência pelo art. 225 da Constituição federal, a ser exercido em função dos requisitos da ação tutelar".

A responsabilidade administrativa fundamenta-se na capacidade que têm as pessoas jurídicas de direito público de impor condutas aos administrados. Esse poder administrativo é inerente à Administração de todas as entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios - nos limites das respectivas competências institucionais.

Todas as entidades estatais dispõem de poder de polícia referentemente à matéria que lhes cabe regular. Como cabe às três unidades proteger o meio ambiente, também lhes incumbe fazer valer as providências de sua alçada, condicionando e restringindo o uso e gozo de bens, atividades e direitos em benefício da qualidade de vida da coletividade, aplicando as sanções pertinentes nos casos de infringência às ordens legais da autoridade competente.

Infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade competente no exercício da função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera.

Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, como cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações administrativas e sanções penais.

Sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração. Isto não significa, entretanto, que a aplicação de sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se

efetuar por obra da própria Administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada.

Em relação ao sujeito, poder-se-á tratar de pessoas físicas ou jurídicas, de Direito Privado ou de Direito Público.

A despeito da culpabilidade das pessoas jurídicas, a partir do momento que a lei determina a responsabilização tanto das pessoas físicas quanto das pessoas jurídicas, não nos restam dúvidas de que a teoria da responsabilização do agente deve ser aplicada às duas categorias.

Para que alguém possa ser administrativamente sancionado ou punido, seja quando se trate de sanções aplicadas por autoridades judiciárias, seja quando se cogite de sanções impostas por autoridades administrativas, necessário que o agente se revele 'culpável'".

Evidentemente que se exige uma ação ou omissão do agente para efeitos de responsabilidade. A omissão há de significar uma violação de um dever de agir, estabelecendo-se uma relação de causalidade puramente normativa entre a conduta e o resultado. O agente se omite de uma conduta que lhe era juridicamente exigível. Essa omissão, em regra, pode ser culposa, mas depende do tipo sancionador.

Na doutrina, também é pacífica a ideia de que a culpabilidade exige dolo ou 'negligência', inclusive nos ilícitos "omissivos".

O que se conclui, portanto, de todas as considerações acima expostas é que, para fins de responsabilização administrativa, é necessária a existência de, no mínimo, "voluntariedade", ou seja, é imprescindível a comprovação da culpa ou dolo para a caracterização da responsabilidade administrativa por danos causados ao meio ambiente, ou seja, é

necessário que a ação ou omissão do agente tenha sido praticada no sentido de produzir o resultado.

Outrossim, a impossibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa por parte do agente, o que configura, inclusive, uma excludente da culpabilidade.

A responsabilidade administrativa não se fundamenta na teoria objetiva, mas sim, na teoria subjetiva, com a necessidade de comprovação de dolo ou culpa, somente podendo-se falar em responsabilidade objetiva quando no âmbito da responsabilidade civil e para fins de reparação ou indenização.

Feitas estas considerações, vale dizer, na sequência, que a responsabilidade administrativa por dano ambiental deverá ser apurada, necessariamente, por meio de um processo administrativo (artigo 71 da Lei 9.605/98), respeitando-se o contraditório e a ampla defesa em estrita observância do princípio insculpido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal e ao § 4º do artigo 70 da Lei 9.605/98. Respeitando-se, sobretudo, o princípio da legalidade, não podendo haver sanção sem que esta esteja prevista em lei.

O artigo 72 da Lei 9.605/98 estabelece os tipos de sanções que podem ser aplicadas em matéria ambiental, quais sejam: advertência (inc. I), multa simples (inc. II), multa diária (inc. III), apreensão de animais, produtos ou subprodutos de fauna e flora (inc. IV), destruição ou inutilização de produtos (inc. V), suspensão de venda e de fabricação do produto (inc. VI), embargo de obra ou atividade (inc. VII), demolição de obra (inc. VIII), suspensão parcial ou total de atividades (inc. IX), sanção restritiva de direitos (inc. X).

Na prática, a caracterização da intencionalidade do agente não é fácil e há quem afirme que, em razão desta dificuldade de se demonstrar a culpabilidade, haveria uma presunção de culpabilidade em desfavor do agente.

Em resumo, podemos dizer que a responsabilidade administrativa ambiental se diferencia da responsabilidade civil ambiental porque: i) A responsabilidade administrativa se caracteriza pela imposição de uma sanção administrativa ao agente causador do dano ambiental, sanção esta que é expressão do *ius puniendi* do Estado, exercício do Poder de Polícia desencadeado pela infração às normas ambientais praticadas pelo agente; enquanto a responsabilidade civil ambiental se caracteriza pelo caráter reparatório, objetivando a recomposição do status quo do meio ambiente danificado - quando for possível - ou a indenização pelo dano provocado, o que deverá ser apurado através de um processo judicial de natureza civil, de competência do Poder Judiciário; ii) A responsabilidade administrativa ambiental, dentro da classificação dos tipos de responsabilidade, é extracontratual subjetiva, sendo esta a regra adotada pelo ordenamento pátrio; a responsabilidade civil ambiental, por sua vez, é objetiva, por força do artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81, tendo o ordenamento consagrado, excepcionalmente neste ponto, a teoria da responsabilidade civil objetiva, independente da comprovação de culpa ou dolo.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SÓCIOS NO DIREITO AMBIENTAL

A relevância do meio ambiente ecologicamente equilibrado acompanha o fato do mesmo ser um conceito jurídico indeterminado, a medida que sua lista de objetivos e princípios norteadores varia.

Este conceito deve ser considerado como o maior bem da vida, objeto de proteção constitucional e, conseqüentemente, de proteção jurisdicional. Assim, ao ser tutelado pelo Direito Público, o meio ambiente torna-se um bem indisponível, inalienável e indivisível, consagrando-se como bem de uso comum do povo e de existência fundamental para a possibilidade da vida e de sua qualidade.

O Direito Ambiental tem três esferas de atuação: a preventiva, a reparatória e a repressiva. Cuidaremos neste tópico da reparação do dano ambiental, no âmbito da esfera civil de responsabilização jurídica.

O instituto jurídico da responsabilidade civil pressupõe prejuízo a terceiro e pedido de reparação de danos, consistente na recomposição do status quo ante ou no pagamento de uma indenização em dinheiro.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL BASEADA NA REGRA DA CULPA

O Código Civil de 2002 introduziu importantes modificações nas normas que disciplinam a responsabilidade civil, atento à crescente complexidade das relações presentes na moderna sociedade brasileira.

O novo regramento migrou com as novas modificações para um sistema dualista, que reproduziu no artigo 186^[1] a responsabilidade sem culpa, com esteio no risco da atividade (artigo 927, § único^[2]).

Desta forma, passou a coexistir o sistema tradicional da culpa com o risco proveniente de atividades perigosas.

O princípio que caracteriza a responsabilidade extracontratual é o da responsabilidade subjetiva ou aquiliana, fundada na culpa ou dolo do agente causador do dano. Continua em vigência a regra de que o dever ressarcitório pela prática de atos lícitos decorre da culpa lato sensu, que pressupõe a aferição da vontade do autor, enquadrando-a nos parâmetros do dolo que se resume na consciência e vontade de praticar o ato ou da culpa stricto sensu, ou seja, a violação do dever de cuidado, atenção e diligência com que todos devem se pautar na vida em sociedade.

Assim, o comportamento do infrator será reprovado ou censurado quando, ante certas circunstâncias, era de se entender que o sujeito poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito, para fins de responsabilidade civil, qualifica-se pela culpa. Em não havendo culpa via de regra, não haverá responsabilidade reparatória.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL BASEADA NA REGRA DA OBJETIVIDADE

A Expansão das atividades econômicas na denominada sociedade de risco, marcada pelo consumo de massa e pela desenfreada utilização

de recursos naturais, exigiu o tratamento da matéria sob o viés da objetividade, não apenas sob o elemento subjetivo da culpa, quando a atividade desenvolvida pelo sujeito, implicar por sua natureza em risco para os direitos de outrem, reconhecendo a teoria objetiva de responsabilidade civil e da reparação de danos provenientes de atividades perigosas, normalmente desenvolvidas pelo causador do dano.

É o reconhecimento da responsabilidade sem culpa, segundo a teoria do risco criado, que se funda no princípio de que se alguém introduz na sociedade uma situação de risco ou de perigo para terceiros, deve responder pelos danos causados em resultado dessa situação.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO AMBIENTE

A preocupação com o meio ambiente requereu dos doutrinadores, da jurisprudência e do legislador a percepção de que as regras clássicas de responsabilidade civil, não ofereciam proteção suficiente e adequada as vítimas do dano ambiental, relegando-as ao completo desamparo. Primeiro, porque a natureza difusa do dano atingia uma pluralidade de vítimas, desamparadas pelo direito que somente ensejava a composição do dano individualmente sofrido. Segundo, porque a dificuldade de prova da culpa do agente poluidor era encoberto pela legalidade materializada através de atos do Poder Público, como Licenças e Autorizações. Terceiro, porque no regime jurídico vigente eram admitidas as excludentes de responsabilização, como o fato de terceiro, o caso fortuito e o motivo de força maior.

Foi nesse contexto onde a atividade ruínosa do poluidor correspondia à indevida apropriação do bem de todos, que surgiu a busca por instrumentos legais mais eficazes, visando à proteção do meio ambiente e uma apropriada abordagem jurídica do dano ambiental, decorrendo na promulgação da Lei nº 6.938/1981, a qual instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, com a festejada substituição da responsabilidade subjetiva pela objetiva no seu artigo 14, § 1º^[3], fundada no risco da atividade empresarial desenvolvida.

Como bem pondera Paulo Salvador Frontini, na obra Meio ambiente, sua natureza perante a lei e sua tutela – Anotações jurídicas em temas de agressão ambiental. Legitimidade do Ministério Público, órgão do Estado, para agir em juízo. Em ação civil pública: Lei 7.347/1985 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação (coord. Edis Milaré). São Paulo: RT, 1995, p. 399: “se é, em princípio, lícito o uso do meio ambiente, o abuso nessa utilização ultrapassa os limites da licitude, entrando na área do antijurídico. Assim, o abuso na utilização de qualquer de seus componentes passa a qualificar-se como agressão ao meio ambiente. Fácil é perceber como essa questão é complexa, porque, não raro, a agressão resulta a ação de múltiplos agentes, cada qual, a seu turno, agindo na faixa de utilização. Quer dizer: embora cada agente esteja agindo licitamente (simples utilização), o resultado global resulta ilícito (agressão ao meio ambiente, poluição e dano ambiental). Essa peculiaridade do problema induz a adoção do princípio da responsabilidade objetiva do poluidor (lei 6.938, art. 14, § 1º), em razão de ser, muitas vezes, difícil – senão impossível – enquadrar o ato de poluir no âmbito da culpa civil”.

A lei nº 6.938/1981 conceituou no artigo 3º que:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, 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;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - Poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989).

Em continuidade no tempo, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 [4] advieram as bases da proteção ao meio ambiente no país, consagrando, inclusive, a responsabilidade objetiva do Estado em matéria ambiental, bem como do poluidor nas atividades nucleares e minerárias, fortalecendo o denominado princípio do poluidor-pagador, o qual faz recair sobre o autor do dano, o ônus decorrente dos custos sociais de sua atividade. Agora, segundo essa ótica objetivista, para tornar efetiva a responsabilização, basta a prova da ocorrência do dano e do vínculo causal deste dano, com o desenvolvimento de determinada atividade humana.

Aliás, antes mesmo da Lei da Política Nacional de Meio Ambiente de 1981, na obra Responsabilidade civil por dano ecológico. Revista de Direito Público, v. 49-50, p. 38, 1979, Sérgio Ferraz sustentava que: “em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha que não seja a malha bem apertada, que possa, na primeira jogada de rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental”.

7 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A reparação e a repressão ambientais representam atividades menos valiosas do que a prevenção. Sim, porque aos objetivos do Direito Ambiental são fundamentalmente preventivos.

Assim, a repressão e a reparação cuidam do dano já causado, a prevenção e a precaução, ao revés, atêm-se ao momento anterior: o do mero risco. Na prevenção e na precaução há uma ação inibitória, enquanto a reparação do dano é mero remédio ressarcitório.

Essa é a ótica que orienta todo o Direito Ambiental. Não podem a humanidade e o próprio Direito concentrar-se em reparar e reprimir o dano ambiental, que como regra é irreparável. É por isso que os princípios da prevenção e precaução são basilares para o Direito Ambiental, não podem ser deixados de lado, mesmo na aplicação dos institutos da responsabilidade civil e administrativa do dano ambiental.

Inclusive, com base nesses princípios, os legitimados para o ajuizamento de ação civil pública não serão obrigados a aguardar a consumação do dano ambiental iminente para agirem, ao contrário, o remédio processual pode e deve ser usado para coibir práticas que apresentem mera potencialidade de dano, obrigando os responsáveis por essas atividades a ajustarem-se as normas técnicas aplicáveis ao caso, de modo a mitigar o risco a elas inerentes.

Quando houver descumprimento das regras jurídicas tutelares do patrimônio ambiental, o SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente (instituído pela Lei 6.938/1981, regulamentada pelo Decreto 99.274/1990) que é constituído pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e pelas Fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental.

O SISNAMA tem a seguinte estrutura organizacional: Órgão Superior: O Conselho de Governo Órgão Consultivo e Deliberativo: O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA; Órgão Central: O Ministério do Meio Ambiente – MMA; Órgão Executor: O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental; Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições; a fim de aplicarem as sanções administrativas, independentemente da ocorrência da lesão.

8 O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

O princípio do poluidor-pagador constitui o fundamento primário da responsabilidade civil em matéria ambiental. O princípio da responsabilidade objetiva é o da equidade, para que se imponha o dever de reparação do dano e não somente porque existe responsabilidade.

Desta forma, o agente poluidor assume todos os riscos de sua atividade, pondo-se fim, em tese, à prática inadmissível da socialização do prejuízo e da privatização do lucro.

O princípio poluidor-pagador impõe a internalização dos custos decorrentes das externalidades negativas ambientais, isto é, dos efeitos nocivos resultantes do desenvolvimento de atividades humanas que, embora não sejam necessariamente voluntários, merecem igual

reparação, uma vez que incidem sobre a qualidade do meio ambiente, em prejuízo a toda a sociedade.

Como explica Cristiane Derani, na obra *Direito ambiental econômico*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 143, 147 e 149: “pelo princípio do poluidor-pagador, arca o causador da poluição com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização deste dano. (...) O custo a ser imputado ao poluidor não está exclusivamente vinculado à imediata reparação do dano. O verdadeiro custo está numa atuação preventiva, consistente no preenchimento da norma de proteção ambiental. O causador pode ser obrigado pelo Estado a mudar o seu comportamento ou a adotar medidas de diminuição da atividade danosa. Dentro do objetivo estatal de melhora do ambiente deve, então, participar ativamente o particular (...). Esse princípio é um meio de que se vale tanto o aplicador da legislação, especialmente na formação de políticas públicas, como o legislador, na elaboração de textos destinados a uma proteção mais eficiente dos recursos naturais”.

Outra vez é notória a conotação preventiva do Direito Ambiental, uma vez que o princípio poluidor-pagador, a par de existir a recomposição do dano, possui, em última análise, efeito preventivo consistente em coibir futura prática de condutas lesivas ao meio ambiente.

9 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

O dano ambiental mede-se por sua extensão, impondo a reparação integral, a teor do que estabelecem os artigos 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 e 225, § 3º da carta Magna, os quais não fazem qualquer referência a uma indenização tarifária ou progressiva.

Isto porque o Brasil adotou a teoria da reparação integral do dano ambiental, o que significa que a lesão causada ao meio ambiente há de ser recuperada em sua integralidade e qualquer norma jurídica que disponha em sentido contrário ou que pretenda limitar o montante indenizatório a um teto máximo será inconstitucional, quando não for possível a

reparação do dano, ainda será devida indenização pecuniária correspondente, a ser necessariamente revertida para os Fundos de Defesa dos Direitos Difusos, previsto no artigo 13 da lei nº 7.347/1985[5].

O esforço reparatório pode ser superior a capacidade financeira do degradador. Tal dificuldade faz despertar a necessidade de se aprofundar em estudos de conveniência da instituição de seguros de responsabilidade civil ou fundos de compensação para assegurar o pagamento do quantum necessário para a reparação, segundo a tendência apontada hodiernamente pelo Direito Ambiental Internacional.

10 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

No regime da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco da atividade, para que se possa pleitear a reparação do dano, basta a demonstração do evento danoso e do nexo de causalidade com a fonte poluidora. A ação, da qual a teoria da culpa faz depender a responsabilidade pelo resultado, é substituída pela assunção do risco em provocá-lo.

11 O EVENTO DANOSO

O evento danoso vem a ser resultante de atividade que, de maneira direta ou indireta, cause a degradação do meio ambiente, da qualidade ambiental ou de um ou mais de seus componentes.

De acordo com o artigo 1º da Lei nº 7.347/1985[6], com redação dada pelo artigo 88 da Lei nº 8.884/1994, tanto as lesões materiais como as imateriais são suscetíveis de composição, ressaltando a integrante questão estabelecida entre o uso e o abuso, isto é, o limite ou a intensidade do dano capaz de detonar a obrigação reparatória. Para o Direito só interessam aquelas significativas ocorrências de diminuição ou perturbação da qualidade do ambiente, que impliquem em reflexos negativos que transcendem os padrões de suportabilidade.

A solução não é tão simples, primeiro porque a lei não estabelece parâmetros que permitam uma verificação objetiva das modificações infligidas ao meio ambiente, segundo porque a danosidade ambiental é regida pela responsabilidade objetiva fundada no risco, não perquirindo a licitude da atividade, mas somente a lesividade é suficiente para provocar a tutela jurisdicional e terceiro porque a poluição não se caracteriza pela inobservância das normas e dos padrões, mas pela degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente.

Assim, à míngua de critérios objetivos e seguros, pode-se concluir que a aferição da anormalidade ou perda do equilíbrio se situa fundamentalmente no plano fático e não no plano normativo. Consequência disso é que a caracterização do evento danoso acaba entregue ao subjetivismo e descortino dos agentes públicos e dos juízes no exame da situação fática e das peculiaridades de cada caso.

O regime da responsabilidade objetiva adotado pelo nosso sistema normativo afasta a investigação da culpa, porém não prescinde do nexos causal, ou seja, da relação e causa e efeito entre a atividade poluidora e o dano dela advindo.

A atividade poluidora é analisada indagando-se se o dano causado em razão dela, para se concluir que o risco que lhe é inerente, é suficiente para estabelecer o dever de reparar o prejuízo. Assim, basta que se demonstre a existência do dano, para cujo desenlace danoso o risco da atividade influenciou decisivamente.

A determinação do nexos causal em matéria ambiental é muito difícil, tendo em vista a complexidade dos fatores poluentes, os quais permanecem camuflados pelo anonimato, pela multiplicidade de causas, de fontes, de comportamentos, seja por sua tardia consumação, seja pelas

dificuldades técnicas e financeiras de sua aferição, seja, enfim, pela longa distância entre a fonte emissora e o resultado lesivo.

No entender de Ada Pellegrini Grinover, Sérgio Ferraz, Francisco José Marques Sampaio: "Daí que, sem abdicar do liame da causalidade, não surpreenderá que o caminho a prosseguir conduza e justifique a instituição legal de um sistema assentado na inversão do ônus da prova, à semelhança do que já ocorre entre nós, em tema de relação de consumo

Segundo José Rubens Morato Leite a inversão do ônus *probandi* em casos de danos ambientais é bastante apropriado, pois se transfere ao demandado a necessidade de provar que sua atividade não tem nenhuma ligação com o evento poluidor, favorecendo a coletividade, considerando que o bem ambiental pertence a todos. Defende ainda a adoção de presunção de dano, mediante prévia autorização legal ou por decisão judicial fundada na livre convicção do juiz, com base indícios suficientes como autorizado pelo artigo 335 do Código de Processo Civil, sempre que a prova de determinado fato seja particularmente difícil realização ou inviável.

12 CONSEQUÊNCIAS DA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL FUNDADA NA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

A adoção da teoria do risco integral, da qual decorre a responsabilidade objetiva, traz como consequências principais para que haja o dever de indenizar: a) a prescindibilidade de investigação da culpa; b) a irrelevância da licitude da atividade; c) a inaplicação das causas de exclusão da responsabilidade civil.

A obrigação de investigação e de indenizar emerge da simples ocorrência de um resultado prejudicial ao homem e ao meio ambiente, sem qualquer aplicação subjetiva da contribuição da conduta do poluidor para a produção do dano.

Uma segunda consequência da adoção da responsabilidade civil objetiva sob a modalidade de risco integral consiste na irrelevância da licitude da atividade. A intenção do legislador atendeu às aspirações da coletividade, porquanto não raras vezes em que o poluidor se defendia, alegando ser lícita a sua conduta, uma vez que estava dentro dos padrões traçados pela autoridade administrativa e, ainda, que possuía uma autorização ou uma licença para exercer aquela atividade.

Muito embora isso não fosse causa excludente de sua responsabilidade, os permissivos administrativos já colocavam dúvidas na consciência do julgador, o que acabava redundando em ausência de indenização por parte do poluidor. Ocorre que não tem o Poder Público o direito de consentir na agressão à saúde da população, através do poder de controle exercido pelos seus órgãos.

A outorga de autorização de licença ou permissão pelo Poder Público, ainda que acorde com a legislação vigente, apenas trará para este, solidariamente, a obrigação de indenizar. A licitude da atividade não é excludente, em hipótese alguma, da responsabilidade civil.

A terceira consequência diz respeito à inaplicabilidade do caso fortuito, da força maior e do fato de terceiro como exonerativas, e com a impossibilidade de invocação de cláusula de não-indenizar.

O dever de indenizar independe da análise da subjetividade do agente, fundamentada somente pelo fato de existir a atividade da qual adveio o prejuízo. O motivo de força maior é aquele que decorre da natureza e seus elementos, superiores às forças humanas (por exemplo: tempestades, tornados, rompimento de barragem...), enquanto o caso fortuito diz respeito a uma obra do acaso (por exemplo: quebra de uma peça da turbina, explosão de um reator nuclear...).

Merece referência também que a questão do dano preexistente não constitui motivo de exoneração da responsabilidade civil. Deve-se ter em mente que, nessas hipóteses, o fator cumulativo dos agentes

poluidores , projeta efeitos adversos só muito tempo depois de sua emissão e que podem ser agravados pela contribuição de novas atividades.

Desta forma, verificado o acidente ecológico, quer por falha humana, quer por falha técnica, quer por obra do acaso, quer por força da natureza, o fato é que o empreendedor deve responder objetivamente pelos danos ambientais decorrentes de sua atividade, podendo quando possível agir em regresso contra o verdadeiro causador do evento danoso.

A cláusula de não-indenizar é meio através do qual pretende o devedor se liberar da reparação do dano, ou seja, da indenização propriamente dita, direcionamento somente admitido quando relacionado com obrigações passíveis de modificação convencional. Não é o que ocorre com as regras informadoras do Direito Ambiental, de natureza pública, mas apenas com aquelas destinadas à tutela do mero interesse individual, estritamente privado.

Dita cláusula é muito comum em contratos de compra e venda de empresas com passivos ambientais, embora inaplicável em matéria de responsabilidade ambiental, vale entre as partes, facilitando o direito de regresso daquele que isoladamente tiver sido responsabilizado.

Com a teoria do risco integral só haverá exoneração da responsabilidade civil do poluidor quando o dano não existir ou quando o dano não guardar relação de causalidade com a atividade da qual emergiu o risco.

13 O SUJEITO RESPONSÁVEL

O poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente pela atividade causadora da degradação ambiental.

14 O EMPREENDEDOR COM RESPONSÁVEL PRINCIPAL

Os custos sociais decorrentes do dano ambiental devem ser suportados por aquele que diretamente lucra com a atividade e que está melhor posicionado para controlá-la: o próprio empreendedor. Ele é o titular do dever principal de zelar pelo meio ambiente e é a ele que aproveita, direta e economicamente, a atividade lesiva.

Como decorrência do sistema da responsabilidade objetiva, havendo mais de um empreendedor, prevalece entre eles o vínculo e as regras da solidariedade. Aplicam-se ao Direito Ambiental os preceitos do artigo 942 do Código Civil:

Art. 942 Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.(g.n.)

Para o Direito Ambiental aplicam-se as normas e princípios da solidariedade passiva entre a empresa poluidora e seus sócios, portanto, o codevedor poderá ser incluído no pólo passivo da ação, visando à plena satisfação da obrigação de indenizar. Não se trata de uma ordem de execução de bens, diga-se, primeiro da execução dos bens da empresa e, depois de esgotadas as possibilidades, dos bens particulares de seus sócios, mas, com base na responsabilidade solidária, o credor poderá executar a seu critério tanto os bens da sociedade como de seus sócios.

A regra prevista no artigo 4º da lei nº 9.605/1998 se refere a desconsideração da pessoa jurídica (e não do clássico instituto da desconsideração da personalidade jurídica), sempre que a sua personalidade for óbice à reparação dos danos causados ao consumidor e ao meio ambiente.

Considerando que o dano ambiental é também uma violação da função social da pessoa jurídica, premissa estabelecida no artigo 170 da Constituição Federal, tendo enunciado em seus incisos o dever de zelar pela defesa da livre concorrência, do consumidor e do meio ambiente, bem como pela busca do pleno emprego e da valorização do trabalho humano.

Nesse contexto, surge a relativização da pessoa jurídica, à luz dos princípios constitucionais da atividade econômica e da função social da pessoa jurídica, devendo os danos causados ao meio ambiente serem reparados independentemente da pessoa jurídica, ou seja, ainda que esta não possua patrimônio suficiente ou adequado à indenização, hipóteses em que os bens dos sócios, que aceitaram os riscos de explorar aquela determinada atividade econômica lesiva, devem responder solidariamente pelos prejuízos causados.

Uma das maiores dificuldades que se pode ter nas ações relativas ao meio ambiente, é a determinação de quem partiu efetivamente a conduta que provocou o dano ambiental, especialmente, quando isso acontece em grandes complexos industriais.

Assim, a individualização do dano deve aparecer como uma consequência a fixação do montante do prejuízo atribuível a cada um, operando a fusão de dois danos num só e único prejuízo.

A jurisprudência tem entendido que a ação civil pública pode ser proposta contra o responsável direto, contra o responsável indireto ou contra ambos, pelos danos causados ao meio ambiente. Trata-se de responsabilidade solidária, ensejadora de litisconsórcio facultativo e não de litisconsórcio necessário.

Àquele que couber o pagamento da integralidade da indenização, caberá ação de regresso contra eventuais corresponsáveis, desta vez pela via da responsabilização subjetiva, procedimento que permitirá a

discussão da participação de cada parte no evento danoso ao meio ambiente.

15 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

As pessoas jurídicas de direito público podem ser responsabilizadas pelas lesões que causarem ao meio ambiente, não só como agente poluidor, quando o ente público se expõe ao Poder Judiciário (por exemplo: em razão da construção de novos aterros sanitários), mas também quando se omite no dever constitucional de proteger o meio ambiente (por exemplo: falta de fiscalização, inobservância de regras).

O Estado também pode ser responsabilizado por danos ambientais provocados por terceiros, já que seu dever de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Este entendimento se reforça com a máxima constitucional que impõe ao poder Público o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, afastando-se da imposição legal de agir ou agindo deficientemente, deve o Estado responder por sua incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado que, por direito, deveria sê-lo. Reparada a lesão, a pessoa jurídica de direito público igualmente à privada, também poderá demandar regressivamente contra o causador do dano.

Na prática, deve-se relativizar a regra da solidariedade quanto ao Poder Público, acionando o Estado somente quando ele for o verdadeiro causador do dano ambiental, tendo em vista tratar-se da opção mais conveniente aos interesses da comunidade, visando não penalizar a própria sociedade pelo dano ambiental, posto que é ela quem paga as contas públicas.

16 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL

O regime jurídico da responsabilidade civil do profissional que trabalha com meio ambiente, cuida dos procedimentos e dos critérios adotados no licenciamento ambiental, consignando no parágrafo único, do artigo 11, da Resolução nº 237/1997, do CONAMA[7], que os estudos necessários para tais procedimentos, deverão ser realizados por profissionais legalmente habilitados, os quais serão responsáveis pelas informações apresentadas, sujeitando-se ainda as sanções administrativas, civis e penais.

Aquele que desempenha uma profissão, o faz porque se dá por habilitado, entendendo-se capaz de exercer as tarefas técnicas próprias da atividade. Desta forma, presume-se em tais profissionais a habilitação, a perícia, a atenção, a objetividade e a prudência exigidas pela lei.

A responsabilidade profissional tem sido considerada pela jurisprudência como delitual, com fundamento na prática de ato ilícito e não com base em cláusulas contratuais.

Logo, de preferência há de ser ele o indicado a suportar os riscos inerentes desta atividade e o dever ressarcitório, pela simples verificação do nexo causal entre o evento danoso e a atividade. Na verdade, o empreendedor é quem colhe os benefícios da atividade lesiva ao meio ambiente.

Assim, não há de se cogitar na reponsabilidade objetiva dos profissionais que, por falha humana ou técnica, tenham colaborado decisivamente para a ocorrência do dano ambiental, porque isso implicaria na investigação de conduta culposa, circunstância que não coaduna com o sistema objetivo de responsabilidade civil em matéria ambiental. Obviamente, o empreendedor também poderá agir em regresso contra o profissional causador do dano ambiental.

17 O SEGURO AMBIENTAL

O seguro ambiental, assim como os fundos de indenização, é um importante instrumento de implementação do princípio da reparação integral do dano ambiental. Isso porque o seguro ambiental garante a disponibilidade dos recursos financeiros necessários a reprimenda total do dano causado ao ambiente, mesmo em caso de insolvência do poluidor.

E mesmo em caso de solvência do poluidor, na eventualidade de um acidente de grandes proporções, o impacto econômico provocado por pesados investimentos deverão ser empreendidos a fim de remediar o dano e também para a aquisição de equipamentos mais eficientes, abalando a estabilidade financeira do negócio, a garantia de reparação integral do dano, a manutenção dos postos de trabalho e a continuidade das atividades.

No dizer de Roberto Durço, na obra Seguro ambiental – Direito ambiental em evolução (Org. Vladimir Passos de Freitas), Curitiba, Juruá, 1998, p. 313 e 314: “guarda em si, de forma equilibrada, o atendimento das obrigações reparatórias e indenizatórias de parte do agente poluidor, e, ao mesmo tempo, possibilita, com as devidas correções, a continuidade da atividade empresarial”.

Muitos países vêm buscando viabilizar a utilização prática dessa modalidade de garantia financeira de atividades utilizadoras de recursos ambientais, como os estados Unidos, a França, o Reino Unido e a Holanda, observando-se variações quanto à abrangência das coberturas oferecidas.

Há de se fazer constar também que a Lei nº 11.284/2006, ao cuidar da gestão de florestas, referiu-se ao seguro ambiental entre os instrumentos econômicos que passaram a compor o rol daqueles já previstos na Lei nº 6.938/1981.

Por outro lado, em 1995 foi lançado o Compromisso Ambiental para a indústria de Seguros pelas principais companhias do mundo, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA.

Ainda não foi possível achar uma fórmula que concilie os interesses econômicos das seguradoras, a segurança dos segurados e a cobertura de eventuais danos ambientais. Do ponto de vista das seguradoras, a solução aponta para a formação de pools de companhias, como única forma de diminuir o impacto do pagamento de elevadas indenizações. Ocorre que os problemas de determinar a causa exata da poluição e de mensurar o valor do dano e sua fixação num espaço temporal, tem se mostrado muito difíceis, já que na maioria das vezes, o dano ambiental propriamente dito só aparece muito tempo depois do evento danoso em si.

No Brasil a prática ainda é muito tímida, aparecendo apenas como um apêndice do Seguro de Responsabilidade Civil Geral, para a cobertura de danos ambientais decorrentes da poluição súbita ou inesperada, de menor custo e exigências mais modestas, enquanto o seguro da poluição continuada de maior valor e continua carente de diagnóstico que o possa avaliar.

18 RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL

O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na sua concepção é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o que, por si só, justifica a imposição de sanções penais as agressões contra ele perpetradas.

Preservar e restabelecer o equilíbrio ecológico em nossos dias é questão de vida ou morte. Os riscos globais, a extinção de espécies animais e vegetais, assim como a satisfação de novas necessidades em termos de qualidade de vida, deixam claro que fenômeno biológico e suas manifestações sobre o Planeta estão sendo perigosamente alterados.

As consequências desse processo são imprevisíveis e isto compromete inclusive a viabilidade de sobrevivência de grandes contingentes populacionais da espécie humana. Por esta razão o direito Penal também vem acudindo o clamor social pela criminalização das condutas antiecológicas.

Desta forma, ocorrendo um evento danoso provocado por empresa, será esta, enquanto pessoa jurídica, responsável diretamente pelos danos causados ao meio ambiente, porém, cabe aqui o questionamento, já que pessoas jurídicas são abstrações legais representadas por pessoas físicas que de fato manifestam vontade, quando é que os administradores/sócios/acionistas serão responsabilizados?

19 RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL

Até pouco tempo atrás, sustentava-se que só o ser humano, pessoa física, podia ser sujeito ativo de crime, por estar à responsabilidade penal, no sistema brasileiro, assentada na imputabilidade definida como “conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.

A imputabilidade exigia do autor, no momento da prática delitiva, plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento e por este motivo o legislador brasileiro resistiu em aceitar a responsabilidade da pessoa jurídica.

Contudo, conclui-se que o infrator da norma penal ambiental não se encaixa no perfil do criminoso comum, o criminoso ambiental, via de regra, não age individualmente, mas atua em nome de uma pessoa jurídica e a atividade do infrator ambiental não se volta para o crime como um fim em si mesmo; a conduta delitiva intenciona um resultado benéfico para a sociedade na produção de bens.

20 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Superar o caráter meramente individual da responsabilidade penal, cumprindo a o art. 225,§ 3º da CF, levou a pessoa jurídica a condição de sujeito ativo da relação processual penal, dispondo, no art. 3º da Lei 9.605/98, que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto na Lei, nos casos

em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

O Intuito do legislador foi punir o criminoso certo, isto porque, via de regra, o verdadeiro delinquente ecológico é uma pessoa jurídica que quase sempre busca lucro como principal finalidade, e para a qual pouco interessam os prejuízos a curto e longo prazos causados à coletividade, assim como a quem pouco importa se a saúde da população venha a sofrer com a poluição. É o que ocorre geralmente com os grandes grupos econômicos, os imponentes conglomerados industriais, e por vezes até mesmo o próprio Estado, tido como um dos maiores poluidores por decorrência de serviços e obras públicas sem controle.

A responsabilidade da pessoa jurídica, como está escrito no parágrafo único do art. 3º, é óbvio que não exclui a das pessoas físicas, autoras e coautoras ou partícipes do mesmo fato, na medida em que a empresa, por si só não comete crimes.

Sendo assim, é impossível conceber a responsabilização da pessoa jurídica desvinculada da atuação de uma pessoa física, que atua como elemento subjetivo próprio, seja a título de dolo ou de culpa.

Deste modo, sempre que se constatar responsabilidade criminal da empresa, ali também estará presente culpa do administrador que exerceu o comando para a conduta reputada antijurídica. Da mesma forma responderão também o preposto que obedece a ordem ilegal e todo o empregado que de alguma forma colaborar para o resultado.

Vale ressaltar a importância da omissão elencadas no art. 13, § 2º, do Código Penal, acrescentou a lei mais uma situação ao estabelecer no art. 2º a responsabilidade do diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Entretanto, a extensão de responsabilidade penal aos mandatários da sociedade tem seus limites, pois deve haver, entre a ação ou omissão do dirigente e o fato danoso, um nexo de causalidade, sendo que, ausente este liame, não há como imputar ao dirigente o cometimento de crime ambiental, pelo fato de integrar ele o corpo diretivo da pessoa jurídica, sob pena de se estar contemplando a responsabilidade penal objetiva a pessoas físicas.

Nem todo ato lesivo ao meio ambiente imputável a uma empresa implica um ato criminoso de seu dirigente, isto porque, o nosso Código Penal, no que tange à relação de causalidade, adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, que considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Vale dizer que quando a ação ou omissão do dirigente exerce a mínima influencia no resultado, a responsabilidade penal da pessoa jurídica torna-se uma realidade e vem sendo pouco a pouco reconhecida pelos nossos tribunais.

Deste modo, no tocante a responsabilização diante de uma conduta realizada por uma pessoa jurídica, devemos inicialmente avaliar se essa conduta foi efetuada em benefício ou visando satisfazer os interesses sociais da pessoa jurídica e, num segundo momento, o elemento subjetivo, dolo ou culpa, quando da execução ou da determinação do ato gerador do delito. Isto porque se o ato praticado através da pessoa jurídica visou apenas satisfazer os interesses do dirigente, sem qualquer vantagem ou benefício para a pessoa jurídica, essa deixa de ser o agente do tipo penal e passa a ser o meio utilizado para a conduta criminosa.

21 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A lei 9.605/1998, em seu artigo 4º, na trilha sinalizada por inovadora doutrinas e jurisprudência, assim como nas Leis 8.078/1990 – (art. 28 - CDC), 8.884/1994 – (art. 18) e no Código civil Brasileiro – (art. 50), acolheu a chamada *disregard legal entity*, possibilitando a

desconsideração da pessoa jurídica “sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a qualidade do meio ambiente”.

Na lição de Rubens Requião, “diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando no seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos”.

Neste sentido, cabe reconhecer que a desconsideração confere um ingrediente de segurança jurídica às relações negociais, uma vez que, na medida em que repele as condutas contaminadas pelo dolo e pela fraude, privilegia as relações pautadas pela boa fé.

22 RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES

Neste sentido a lei ambiental é expressa quando trata do tema de responsabilidade no âmbito penal, o texto legal é claro ao dizer que, quem, de qualquer forma, cocorrer para a prática dos crimes previstos nessa lei, incidirá nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade, assim como aquele que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Dessa forma, temos que ocorrendo quaisquer dos fatos indicados como crimes na referida lei, serão apurados a participação e culpabilidade dos agentes na concretização do resultado danoso ao meio ambiente.

Nota-se, portanto, que no âmbito penal a responsabilização direta do administrador/sócio dependerá de sua participação no evento danoso ao meio ambiente e se, da apuração dos fatos e provas, ficar evidente que estes não agiram somente em nome da empresa.

23 SANÇÕES PENAIS

Nos moldes do Direito Penal, a repressão às infrações penais ambientais são: i) pena privativa de liberdade, ii) pena restritiva de direitos e iii) multa.

As sanções previstas para infrações cometidas por pessoas físicas compreendem: pena privativa de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, suspensão parcial ou total das atividades, prestação pecuniária e recolhimento domiciliar) e multa.

Para as pessoas jurídicas as penas aplicáveis são: multa, restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade.

Dentre estas penas, a restritiva de direito merece especial atenção, vejamos: i) suspensão parcial ou total das atividades, aplicável quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente (art. 22, I e §1º.); ii) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, aplicável quando estes estiverem funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar (art. 22, II e §2º); iii) proibição de contratar com o poder público, bem como obter dele subsídios, subvenções ou doações, pelo prazo de dez anos, em caso de descumprimento de normas, critério e padrões ambientais (art. 22, III e §3º); e iv) prestação de serviços à comunidade, consistente em: custeio de programas e de projetos ambientais; execução de obras de recuperação de áreas degradadas; manutenção de espaços públicos; contribuições a entidades ambientalistas ou culturais públicas (art. 23).

E a liquidação forçada, que poderá ser decretada quando se conclui que a pessoa jurídica foi constituída ou utilizada preponderantemente com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a pratica de crime ambiental. A liquidação forçada significa a verdadeira pena de morte da empresa, com a perda de seus bens e valores.

24 CONCLUSÃO

Pelo exposto, acreditamos que a pessoa jurídica tem existência distinta das pessoas de seus sócios, não se podendo presumir que entre elas exista solidariedade em relação a crime ambiental e também, vale ressaltar que o Princípio da Pessoaalidade estabelece que a pena não pode passar da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, da CF)e, portanto, não se pode presumir a responsabilidade criminal daquele que se encontra no contrato social como sócio somente por revestir-se dessa condição.

REFERÊNCIAS

- [1] MILARÉ, Edis.** Direito do Ambiente. Doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 260.
- [2] SILVA, José Afonso da.** Direito Ambiental Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 301.
- [3] REQUIÃO, Rubens.** Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. RT, São Paulo, V.410 p. 14,1969.

NOTAS:

[1] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[2] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[3] Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

[4] Art. 225. 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.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

[5] Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados

[6] Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)

V - por infração da ordem econômica; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

VI - à ordem urbanística; (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)

[7] Art. 11 - Os estudos necessários ao processo de licenciamento deverão ser realizados por profissionais legalmente habilitados, às expensas do empreendedor.

Parágrafo único - O empreendedor e os profissionais que subscrevem os estudos previstos no caput deste artigo serão responsáveis pelas informações apresentadas, sujeitando-se às sanções administrativas, civis e penais.

PLENO DO TST ALTERA CRITÉRIO DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO INSS

RICARDO SOUZA CALCINI: Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde obteve o título de Especialista em Direito Social. É também Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo. Assessor de Desembargador no Tribunal Regional de São Paulo da 2ª Região, tem atuação direta na área do Direito do Trabalho, com ênfase em Direito Material, Processual, Ambiental e Desportivo do Trabalho. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Aplicado (IDA) e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD).

Em decisão paradigmática, o Pleno do Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST) decidiu que a correção monetária e os juros de mora, referentes às contribuições previdenciárias resultantes de acordos homologados judicialmente ou sentenças condenatórias, são devidos a partir da prestação de serviços. A decisão repercutirá significativamente nos processos em trâmite perante a Justiça do Trabalho.

Com a posição da Corte trabalhista, os valores devidos a título de contribuição social passam a ser considerados exigíveis desde o momento em que há efetiva prestação de serviços pelo trabalhador à empresa, e não mais após o dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença judicial trabalhista, conforme dispõe o artigo 276, “caput”, do Decreto 3.048/1999, que regulamenta a Lei 8.212/1991.

Assim, dando aplicabilidade à atual redação do artigo 43 da citada lei previdenciária, conferida pela Medida Provisória (MP) 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, o C. TST, por maioria, chancelou o entendimento do relator, ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, proclamado nos autos de número E-RR-1125-36.2010.5.06.0171.

Para melhor compreensão do assunto, cite-se o referido dispositivo legal:

“Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

(...)

§ 3º As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.”

Impende destacar, porém, que a referida decisão judicial se aplica apenas aos casos cujos serviços foram prestados a partir do dia 5/3/2009, marco inicial da exigibilidade da Lei 11.941/2009, uma vez que a MP 449/2008 foi publicada em 4/12/2008 e suas alterações somente podem ser exigidas com o transcurso do prazo de noventa dias, consoante preconiza o princípio da anterioridade privilegiada, também chamada de qualificada ou nonagesimal, insculpido no artigo 150, III, “c”, da Constituição Federal (CF).

Além disso, a decisão da Corte Superior Trabalhista fixou a diretriz no sentido de que o recolhimento da contribuição

previdenciária observará o mesmo prazo em que serão pagos os créditos trabalhistas apurados em liquidação de sentença ou em acordo homologado em juízo. Todavia, a atualização monetária e os juros de mora incidem desde a data da prestação de serviços, retroagindo, assim, à época em que as contribuições sociais deveriam ter sido recolhidas na forma da lei.

Outro importante norte fixado é que, diferentemente da atualização monetária e dos juros de mora, a multa pelo não recolhimento da contribuição previdenciária à época própria não incidirá de forma retroativa à prestação dos serviços. Por ser uma penalidade, a multa somente passará a ser exigida, no juízo trabalhista, após a citação da empresa para pagamento dos créditos previdenciários.

Destarte, conquanto a votação pelo Pleno do C. TST tenha sido acirrada, com doze votos favoráveis ao entendimento do ministro relator, e outros doze votos acompanhando a divergência encabeçada pela ministra Maria Cristina Irogoyen Teduzzi, prevaleceu a tese do relator, ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte – com o voto de minerva do ministro Ives Gandra Martins Filho, que presidiu a sessão do dia 20/10/2015 –, de que o fato gerador para a contribuição social não seria aquele disposto no artigo 195, I, da CF, representado pelo pagamento do crédito ao trabalhador.

Citando precedentes do Supremo Tribunal Federal, o relator afirmou que o momento da ocorrência do fato gerador, envolvendo as contribuições previdenciárias, não é matéria tributária de ordem constitucional, e sim infralegal, podendo ser alterado por lei ordinária – como ocorreu, de fato, por meio da Lei 11.941/2009 –, sem necessidade de edição de lei complementar.

Logo, a norma aplicável para fins de cálculo da contribuição previdenciária é aquela em vigor no momento em que foi prestado o serviço, uma vez que o fato gerador já estava consumado quando o crédito trabalhista passou a ser devido. Deste modo, a

obrigação tributária nasce no referido momento, sendo certo que a sentença trabalhista não cria propriamente o direito ao crédito, mas apenas reconhece a violação à legislação tributária pelo contribuinte que deixou de pagar a contribuição previdenciária no prazo legal.

Ressalta-se, no entanto, que, para os contratos de trabalho anteriores à vigência da MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, o fato gerador das contribuições previdenciárias ocorre com o pagamento do crédito trabalhista. Em tais hipóteses, aplica-se a regra do artigo 276, “caput”, do Decreto 3.048/1999, de modo que a atualização monetária e os juros de mora sejam calculados a partir do segundo dia do mês subsequente ao da liquidação da sentença trabalhista.

Mencione-se, inclusive, a este respeito, o julgamento proferido pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1), do Tribunal Superior do Trabalho, em destaque no “Informativo TST Execução – nº 12” (período de 3 a 23 de março de 2015), de relatoria do ministro Aloysio Corrêa da Veiga:

Execução. Valores reconhecidos em juízo. Recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias. Art. 195, I, “a”, da CF. Prestação de serviços iniciada antes da edição da Medida Provisória nº 449/2008 (convertida na Lei nº 11.941/2009). Fato gerador. Pagamento. Juros de mora a contar do dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença. Art. 276 do Decreto nº 3.048/99.

A Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, fixou a prestação de serviços como fato gerador da contribuição previdenciária incidente sobre verbas trabalhistas reconhecidas em juízo. No entanto, para os contratos iniciados em período anterior à vigência da nova norma, o

fato gerador é o crédito ou pagamento da importância devida. Incide, portanto, a regra do art. 276 do Decreto nº 3.048/1999, segundo a qual os juros e multa moratória pelo atraso no recolhimento são calculados a partir do segundo dia do mês seguinte ao da liquidação da sentença. Com base nesses fundamentos, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos interpostos pela União, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negou-lhe provimento. TST-ERR-116800-14.2010.5.13.0022, SBDI-I, Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 12.3.2015.

Registre-se, por fim, que a decisão objeto deste comentário foi uma vitória da Advocacia-Geral da União, considerando-se que renderá aos cofres da Previdência Social um acréscimo no recolhimento, estimado em mais de R\$ 1,5 bilhão de reais por ano. E a partir deste relevante precedente, já se imagina uma mudança na jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), como é a situação, por exemplo, do E. TRT/SP da 2ª Região, que se posiciona em sentido contrário, conforme Súmula 17 abaixo transcrita:

17 - Contribuições previdenciárias. Fato gerador.[\(Res. nº 01/2014 - DO Eletrônico 02/04/2014\)](#)

O fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de sentença trabalhista é o pagamento, nos autos do processo, das verbas que compõem o salário-de-contribuição. Não incidem juros e multa a partir da época da prestação dos serviços.

O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA EM UMA ÓTICA REGIONALIZADA: UMA REFLEXÃO SOBRE A UNIVERSALIZAÇÃO DA ALIMENTAÇÃO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DA BIOÉTICA

Tauã Lima Verdán Rangel¹

Resumo: O objeto do presente estudo reside na análise da juridificação do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) no ordenamento jurídico nacional, em especial devido ao fortalecimento da temática, alçada à condição de política pública, a partir do ano de 2003, com a reconstrução do conceito de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), reclamando maior atenção à promoção de tal direito, em especial no contingente populacional em situação de vulnerabilidade social (insegurança alimentar e nutricional), com vistas a reduzir os alarmantes índices até então existentes. . A discussão existente em torno da alimentação, na condição de direito fundamental, atingiu seu ápice com a Emenda Constitucional nº 64/2010, alterando a redação do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, incluindo-a como direito. Inicialmente, a universalização do DHAA traduz-se em assegurar o respeito, a proteção, a promoção e o provimento, desse direito a todos os seres humanos, independente de sexo e orientação sexual, idade, origem étnica, cor da pele, religião, opção política, ideologia ou qualquer outra característica pessoal ou social. Acresça-se que fartas são as evidências de que tal universalização é uma árdua tarefa que incumbe aos Estados e governos de alguns países. Ainda que existam ganhos importantes na órbita internacional, quanto à inclusão do tema na agenda social e política, e conquistas normativas e judiciais, subsiste um caminho longo a ser trilhado. Em uma perspectiva mais restrita, o estado do Espírito Santo apresenta índices expressivos de segurança alimentar e nutricional. Porém, ao examinar a temática em uma perspectiva regionalizada, percebe-se que a promoção da SAN e do DHAA é um desafio, em especial devido ao número elevado de indivíduos em vulnerabilidade social (insegurança alimentar). Nesta esteira, ao se valer dos fundamentos alicerçantes da Bioética, o presente visa promover um exame dos esforços envidados na região sul capixaba no que se refere ao DHAA.

Palavras-chaves: Segurança Alimentar e Nutricional. Direito Humano à Alimentação Adequada. Dignidade da Pessoa Humana.

¹ Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Com o findar da Segunda Grande Guerra Mundial, especialmente com a queda do regime nazista, verificou-se um alinhamento dos discursos internacionais voltados para a promoção dos direitos humanos, impulsionado, sobremaneira, pelos eventos nefastos produzidos durante o período bélico. Assim, é plenamente possível assinalar que o direito estende, maciçamente, a sua incidência sobre novos assuntos sociais que eram tratados, principalmente, de maneira informal no *mundo da vida* tradicional. Cuida destacar que a regulação jurídica, no que se refere a novos âmbitos da sociedade, é densamente caracterizada pela extensão do direito em consonância com o desmembramento da matéria jurídica global em múltiplas searas peculiares que reclamam especificidades próprias, a exemplo do que se observa com a busca pela erradicação de pobreza e desigualdade social e a expansão continua dos direitos humanos. Vivencia-se, assim, uma constante juridificação de temáticas sociais, buscando, continuamente, a promoção dos indivíduos e de seus respectivos direitos fundamentais. Segundo Andrews (2010, p. 09), “o termo ‘juridificação’ tem um sentido próximo ao termo ‘judicialização’, que corresponde à substituição do debate político pela regulação legal; ainda assim, ele tem um sentido mais abrangente”, porquanto faz referência à formalização de todas as relações sociais e não somente à substituição do debate por normas e leis. Nessa perspectiva, a juridificação é descrita como um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despidos de sua dimensão existencial própria por meio do formalismo jurídico, sofrendo, via de consequência, desnaturação em razão da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica.

Trata-se, dessa maneira, de conferir aspecto jurídico a temas que florescem na dinamicidade da sociedade, a fim de dispensar tutela e salvaguarda jurídica. Assim, é possível frisar que, ao se emprestar a *Teoria da Ação Comunicativa* de Habermas como ponto de análise ao tema em destaque, os direitos humanos sofreram alargamento concomitantemente com as ondas de juridificação. Dessa maneira, não causa perplexidade entre os estudiosos do assunto a construção de vasta literatura debruçada sobre os direitos humanos, permeando uma pluralidade de áreas do conhecimento. “Além disso, os assuntos relacionados aos direitos humanos tendem a pautar os debates acadêmicos, sobretudo, por seu aspecto de transversalidade, tendo em vista tratar-se de um tem que interessa às mais distintas áreas do

saber” (BORGES, 2008, p. 73). Trata-se de temática que ultrapassa os meandros do direito, comportando uma discussão polissêmica e diversificada, refletindo a complexidade do assunto, notadamente em decorrência de sua influência fluída e pluralizada. O aspecto positivista do direito e o papel desempenhado pelos direitos humanos não podem ser minorados e, certamente, repousa sobre tal aspecto a função da ciência jurídica em busca da construção de tal concepção, objetivando, assim, a continua construção e ampliação de tais temas, permitindo que sejam compreendidos temas contemporâneos, dotados de significação nova e refletindo os anseios da coletividade. As estruturas normativas e os efeitos advindos das normas jurídicas são instrumentos dotados de racionalidade, os quais contribuem para os modos de ação e de compreensão do controle social por meio do direito.

As diversificadas situações produzidas na contemporaneidade reclamam um alargamento da estrutura jurídica. “Em função dessa leitura é sinalizada que a interferência sistêmica no *mundo da vida* traz consigo, inevitavelmente, processos de juridificação constituídos pela tendência de as sociedades modernas ampliarem significativamente a extensão do direito escrito” (BANNWART JÚNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 2.217). Ora, observa-se um cenário dotado de densa mutabilidade e diversificação de estruturas, impulsionado, sobremaneira, pela dinamicidade contemporânea, logo, é imprescindível a edificação de uma ótica jurídica concatenada com tal moldura. Assim, com o objetivo de compreender a juridificação dos direitos, é necessário compreender a paulatina construção dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. “A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade” (SILVEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.).

Observa-se, sobretudo nas últimas décadas do século XX e no início do século XXI, uma busca desenfreada pelo alargamento de direitos humanos fundamentais, a fim de corresponder às inerentes necessidades apresentadas pelo indivíduo, no que toca ao seu desenvolvimento, com o escopo primordial da promoção do ser humano, o que é retratado em um sucedâneo de compromissos internacionais entre as nações voltados pela erradicação da pobreza e da desigualdade. No cenário interno, tal busca representa a perseguição dos objetivos fundamentais da República, expressamente disposto no artigo 3º, inciso III. Quadra evidenciar

que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

2 A CONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DA LOCUÇÃO *DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*: A POSSIBILIDADE DE ALARGAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPICIADO PELOS CENÁRIOS CONTEMPORÂNEOS

É perceptível que a edificação de um Estado Democrático de Direito, na contemporaneidade, guarda umbilical relação, no cenário nacional, com o ideário da dignidade da pessoa humana, sobremaneira devido à proeminência concedida ao tema na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ao lado disso, não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte de horrores perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados, passando a serem detentores de vultosos contornos, vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de realização de interesses. A fim de repelir as ações externadas durante o desenrolar do conflito supramencionado, o baldrame da dignidade da pessoa humana foi maciçamente hasteado, passando a tremular como flâmula orientadora da atuação humana, restando positivado em volumosa parcela das Constituições promulgadas no pós-guerra, mormente as do Ocidente. “O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado e dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas” (HABERMAS, 2012, p. 09). É perceptível que a moldura que enquadra a construção da dignidade da pessoa humana, na condição de produto da indignação dos humilhados e violados por períodos de intensos conflitos

bélicos, expressa um conceito fundamental responsável por fortalecer a construção dos direitos humanos, tal como de instrumentos que ambicionem evitar que se repitam atos atentatórios contra a dignidade de outros indivíduos.

Por óbvio, a República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, inda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Nesse ponto, verifica-se que a principal incumbência do Estado Democrático de Direito, em harmonia com o ventilado pelo dogma da dignidade da pessoa humana, está jungido na promoção de políticas que visem a eliminação das disparidades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que clama a perseguição de um ideário de justiça social, ínsito em um sistema pautado na democratização daqueles que detém o poder. Ademais, não se pode olvidar que “não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana” (RENON, 2009, p. 19), tal ideário decorre da proeminência que torna o preceito em comento em patamar intocável e, se porventura houver conflito com outro valor constitucional, aquele há sempre que prevalecer. Frise-se que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da

pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, faz-se proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

É evidenciável que princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como o maciço núcleo em torno do gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da CF/88. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos” (BERNARDO, 2006, p. 236).

Comparato alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa” (1998, p. 76), sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister faz-se pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. O mesmo ocorre com o sucedâneo dos direitos fundamentais do homem que, preexistem à sua valoração, os descobre e passa a dispensar proteção,

variando em decorrência do contexto e da evolução histórico-social e moral que condiciona o gênero humano. Não se pode perder de vista o corolário em comento é a síntese substantiva que oferta sentido axiológico à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinando, conseqüentemente, os parâmetros hermenêuticos de compreensão. A densidade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional adotado, há de ser, deste modo, máxima, afigurando-se, inclusive, como um corolário supremo no trono da hierarquia das normas.

A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme como fundamento. Atentando-se para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Ao lado disso, nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha. Assim, ao se considerar os valores e ideários por ele abarcados, não é possível perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no ordenamento jurídico nacional, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito analisado até o momento.

Diante de tal cenário, os valores de igualdade, fraternidade e solidariedade recebem especial relevância em tempos contemporâneos e clamam, assim, por posicionamentos que busquem promover a inclusão por parte dos poderes constituídos em prol da busca do bem comum. Pozzoli (2003, p. 109) afirma que uma nova sociedade, fundada em valores fraternos, teria o amor como princípio dinâmico social. Assim, a sociedade é composta por pessoas humanas e tem como fim precípua o bem comum coletivo, não significando apenas o bem individual, mas sim o empenho de cada um na realização da vida social dos demais das outras pessoas. O bem comum de um ser humano está calcado na realização do bem comum do outro ser humano. Repousa em tal ideário o verdadeiro sentido do bem comum de uma humanidade.

Ainda em relação à proeminência da dignidade da pessoa humana, inclusive no que tange ao alargamento dos direitos fundamentais, consoante a dicção de Rocha, o perfil do Estado Social repousa no fato de ser um Estado intervencionista em duplo aspecto: por um

lado, intervém na ordem econômica, seja direcionando e planejando o desenvolvimento econômico, seja promovendo inversões nos ramos da economia considerados estratégicos; por outro turno, intervém no âmbito social, no qual dispensa prestações de bens e serviços e realiza outras atividades visando à elevação do nível de vidas das populações consideradas mais carentes. “O desenvolvimento humano a ser perseguido pelos Estados nacionais liga-se, intimamente, na qualidade de vida do seu povo e a fome, de modo particular, mostra-se como uma forma de afastar o indivíduo da participação nos destinos da democracia de um Estado” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 32). Ocorre, porém, que os famintos excluídos são observados como impotentes para reivindicar direitos, subordinando-se a edificar uma cultura de ver a pobreza social como realidade naturalmente construída.

Neste aspecto, Rocha (1995, p. 131), ao discorrer acerca da proeminência do Estado em assumir a função de agente de transformação social, assevera que determinadas mudanças ocorridas em tal ambiente repercuti significativamente. Ora, nas funções do direito, que deixou de ser apenas uma técnica de mediação de comportamentos para promover a transformação em técnica de planificação e planejamento, ou seja, as normas jurídicas passaram a arvorar não apenas regras contendo hipóteses de incidência e consequências jurídicas, mas também escopos a serem alcançados, no plano concreto. Com destaque, o direito à alimentação adequada, em especial, passa a compor a rubrica dos direitos fundamentais, definido expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é signatário:

ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: **a)** Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros

alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; **b)** Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios (BRASIL, 1992, s.p.).

Amartya Sen (2000, p. 189), ao abordar a temática em comento, explicita que uma pessoa pode ser forçada a passar fome, ainda que haja abundância de alimentos ao seu redor, em decorrência de uma minoração da renda, em razão, por exemplo, de desemprego ou um colapso no mercado dos produtos que essa pessoa produz e vende para se sustentar. Doutra viés, mesmo quando um estoque de alimentos passa a declinar acentuadamente um país ou região, todos podem ser salvos da fome, desde que haja uma divisão melhor dos alimentos disponíveis, promovendo-se, para tanto, a criação de emprego e renda adicionais para as potenciais vítimas da fome.

3 O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA) ALÇADO AO STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar*, durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares. Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer, porquanto compreendeu. Assim, nas recém-criadas organizações

intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial. Após o período supramencionado, “a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos” (PODESTÁ, 2011, p. 28). Passam, então, a ser instituídas iniciativas de promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos.

Havia a visão de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segurança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico. Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os quais foram, posteriormente reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992 (BRASIL, 1992, s.p.). Historicamente, a inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948. Durante aludido período histórico, a principal preocupação acerca do tema voltava-se para a ênfase acerca da acepção de que os seres humanos, na condição de indivíduos pertencentes a uma sociedade, eram detentores de direitos que deveriam ser reconhecidos e expressos nas dimensões das quais faziam parte, como alude Albuquerque (2009, p. 896). Para tanto, contribuiu para inserir a proposta de que, a efetivação dos direitos, seria imprescindível a inclusão das questões sociais, econômicas, civis e políticas, as quais foram essenciais para identificá-los como direitos atrelados às liberdades fundamentais e à dignidade humana.

A partir de tais ponderações, é possível frisar que a concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada (DHAA), abarca responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas

três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano, superando a tradicional concepção que alimentação é o mero ato de ingerir alimentos. A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã. Afirma Podestá que “ao Estado cabe respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade” (PODESTÁ, 2011, p. 26).

Dessa maneira, nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstâncias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. A atuação do Estado, em tais situações, deve estar atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve ínterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação. “Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude, assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população” (BRASIL, 2008, p. 11). Hirai (2011, p. 74) aponta que os elementos integrativos da concepção de segurança alimentar e nutricional foram sofrendo um processo de ampliação, passando, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém destacar que, no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

Assim, no conjunto dos componentes de uma política nacional, voltada para a segurança alimentar e nutricional, estão o crédito agrícola, inclusive o incentivo ao pequeno agricultor; a avaliação e a adoção de tecnologias agrícolas e industriais; os estoques estratégicos; o

cooperativismo; a importação, o acesso, a distribuição, a conservação e o armazenamento de alimentos, o manejo sustentado dos recursos naturais, entre outros (BRASIL, 2008, p.11).

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de Saúde e recebe o contorno intersetorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), justamente, materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. “Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34.).

Atualmente, consoante o escólio de Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e nutricional a todos os cidadãos, em decorrência da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se, igualmente, para o controle da base genética do sistema agroalimentar. De maneira expressa, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica da Segurança Alimentar), estabeleceu, em seu artigo 2º, que

[...] a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população (BRASIL, 2006, s.p.).

Igualmente, o diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Obtempera Ribeiro (2013, p. 38) que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso. A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. De igual forma, a locução supramencionada compreende, ainda, a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais. A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população.

Está inserido, igualmente, na rubrica em análise, a produção de conhecimento e o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País. Por derradeiro, a visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010, responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento, incluindo-o no rol de direitos fundamentais sociais. Neste aspecto, para a consecução do DHAA, é importante explicitar que o alimento deve reunir uma tríade de aspectos característicos, a saber: disponibilidade, acessibilidade e adequação. No que concerne à *disponibilidade do alimento*, cuida destacar que, quando requisitado por

uma parte, a alimentação deve ser obtida dos recursos naturais, ou seja, mediante a produção de alimentos, o cultivo da terra e pecuária, ou por outra forma de obter alimentos, a exemplo da pesca, caça ou coleta. Além disso, o alimento deve estar disponível para comercialização em mercados e lojas.

A *acessibilidade alimentar*, por seu turno, traduz-se na possibilidade de obtenção por meio do acesso econômico e físico aos alimentos. “*La accesibilidad económica significa que los alimentos deben estar al alcance de las personas desde el punto de vista económico*” (ONU, s.d., p. 03). Ainda no que concerne à acessibilidade, as pessoas devem ser capazes de adquirir o alimento para estruturar uma dieta adequada, sem que haja comprometimento das demais necessidades básicas. Neste aspecto, ainda, a acessibilidade física materializa-se pela imperiosidade dos alimentos serem acessíveis a todos, incluindo indivíduos fisicamente vulneráveis, como crianças, enfermos, deficientes e pessoas idosas. De igual modo, a acessibilidade do alimento estabelece que deve ser assegurado a pessoas que estão em áreas remotas e vítimas de conflitos armados ou desastres naturais, tal como a população encarcerada. Renato Sérgio Maluf, ao apresentar sua conceituação sobre segurança alimentar (SA), faz menção ao fato de que se deve considerar aquela como “condições de acesso suficiente, regular e a baixo custo a alimentos básicos de qualidade. Mais que um conjunto de políticas compensatórias, trata-se de um objetivo estratégico [...] voltado a reduzir o peso dos gastos com alimentação” (MALUF, 1999, p. 61), em sede de despesas familiares. Por derradeiro, o *alimento adequado* pressupõe que a oferta de alimentos deve atender às necessidades alimentares, considerando a idade do indivíduo, suas condições de vida, saúde, ocupação, gênero etc. “*Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas veterinarias*” (ONU, s.d., p. 04). Ao lado disso, um alimento adequado, ainda, deve ser culturalmente aceitável pela população que o consumirá, estando inserido em um contexto de formação do indivíduo, não contrariando os aspectos inerentes à formação daquela.

4 O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA EM UMA ÓTICA REGIONALIZADA: UMA REFLEXÃO SOBRE A UNIVERSALIZAÇÃO DA ALIMENTAÇÃO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DA BIOÉTICA

A universalização do DHAA traduz-se em assegurar o respeito, a proteção, a promoção e o provimento desse direito a todos os seres humanos, independente de sexo e orientação sexual, idade, origem étnica, cor da pele, religião, opção política, ideologia ou qualquer outra característica pessoal ou social. Acresça-se que fartas são as evidências de que tal universalização é uma árdua tarefa que incumbe aos Estados e governos de alguns países. Ainda que existam ganhos importantes na órbita internacional, quanto à inclusão do tema na agenda social e política, e conquistas normativas e judiciais, subsiste um caminho longo a ser trilhado. “Com efeito, no mundo todo, o problema da universalização do DHAA não é apenas jurídico, mas, num sentido mais amplo, é também político, pois demanda mudanças estruturais, negociação e adoção de medidas concretas capazes de dar operacionalidade a esse direito social” (BRASIL, 2011, p. 11) nos ordenamentos jurídicos internos, o que se dá através de políticas e programas públicos voltados para a promoção e garantia da SAN.

Ao lado disso, universalizar o DHAA compreende a concretização dos princípios da indivisibilidade, da interdependência e inter-relação dos direitos humanos, perseguindo a máxima isonômica que todos são igualmente necessários para assegurar uma vida digna e encontram-se organicamente vinculados. Dessa maneira, a vinculação de um reclama a garantia do exercício dos demais, não sendo, portanto, possível falar em liberdade ou em saúde sem uma alimentação adequada, sem acesso à água e a terra. Nesse cenário, é interessante que do Estado Social materializa, segundo o entendimento de Doehring (2008, p. 361), a ideia de uma justiça específica inserida dentro do Texto Constitucional que, entretanto, deve encontrar o seu limite, em que a previsibilidade e a segurança jurídica, ou seja, a concepção do Estado de direito, no sentido formal, será alcançado. Assim, partindo da premissa que orbita em torno da conformação do Estado Brasileiro, há que se reconhecer incumbe deveres quanto à efetividade dos direitos sociais, em especial no que toca à promoção e concretização do DHAA. Desse modo, “ao Estado, cabe prioritariamente a implementação de políticas públicas de segurança alimentar e nutricional, vez que a fome é uma questão que deve estar na agenda prioritária de atuação do poder público” (SEM, 2000, p. 08). Até a introdução do DHAA no Texto Constitucional, havia um debate acerca da possibilidade de exigi-lo tanto na seara administrativa quanto no judiciário. Entretanto, com a introdução daquele na Constituição Cidadã, tal debate não mais subsiste, materializando, doutro ponto, obrigações do Estado e

responsabilidades de diferentes atores sociais em relação à concreção e promoção plena, assegurando a todo indivíduo o acesso universal.

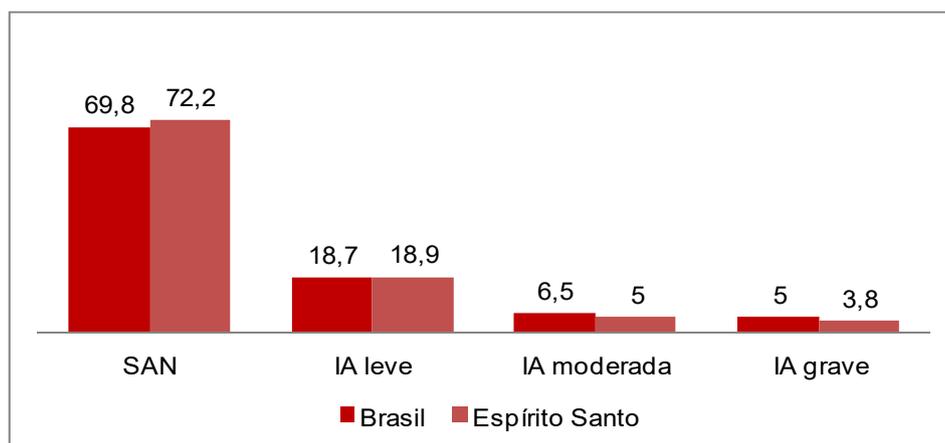
Examinando a questão sob uma perspectiva da SAN, é necessário resgatar alguns conceitos discorridos no curso da pesquisa, em especial no que se refere ao fato da Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN) instituir um sistema nacional pautado no direito humano à alimentação adequada, culminando, posteriormente, na positivação de tal direito no artigo 6º da CF/88, e na soberania alimentar. Calcado nos princípios da universalidade, participação social, intersetorialidade e equidade, o sistema deve assegurar formas de produzir, abastecer, comercializar e consumir alimentos que sejam suscetíveis a partir de um viés socioeconômico e ambiental, respeitando a diversidade cultural e que sejam promotoras da saúde. Assim, a SAN coloca-se como um objetivo de políticas públicas, na medida em que ela estabelece as orientações a serem seguidas em vários campos, bem como requer mecanismos e instrumentos permanentes para permitir a consecução. Neste aspecto, a promoção da SAN possui três referências: a) direito humano à alimentação adequada; b) soberania alimentar; c) relação com a promoção do desenvolvimento.

Dessa maneira, a SAN alude ao direito de todo cidadão e cidadã de estar seguro(a) em relação aos alimentos e à alimentação nos aspectos de suficiência (proteção contra a fome e a desnutrição), qualidade (prevenção de doenças associadas à alimentação) e adequação (preservação da cultura familiar). Burlandy *et all* explicitam que “assegurar a alimentação significa assegurar o direito elementar à vida. Por essa razão, o direito humano à alimentação adequada é um dos princípios ao qual se subordina a SAN” (2010, p. 38-39). No que toca ao ideário da soberania alimentar, é possível afirmar que SAN sustenta o direito dos povos definirem suas estratégias de produção e consumo de alimentos que necessitam. A terceira referência relaciona o objetivo da SAN com a promoção do desenvolvimento, permitindo afirmar que há uma questão alimentar nos processos de desenvolvimento nos países e regiões e a forma como eles a enfrentam, podendo contribuir para que tais processos promovam crescente equidade social e a melhoria sustentável da qualidade de vida de sua população.

A observação comparativa entre os dados da situação de SAN revela grandes semelhanças na condição existente dos domicílios brasileiros e os capixabas, sendo verificado, inclusive, no gráfico 01, ligeira melhora no quadro alimentar da população do Espírito Santo, tendo em vista que a maior parcela desta se encontra em estado de bem-estar alimentar e

nutricional, ao se adotar como referência a média nacional. Contudo, convém frisar que, em ambos os contextos de espaço-tempo, a ocorrência da IAN é fomentada e a fome absoluta ou a permanente privação de bens vitais, torna-se situação insustentável (LUCCI, 2013, p. 217). A situação envolvendo a questão de segurança alimentar e os índices de IA, no Espírito Santo, sofrem maciça melhoria, quando da realização da PNAD 2009-2013 (BRASIL, 2014, p. 73), realizada pelo IBGE, demonstrando que o estado passou a ter uma porcentagem de 89,6% dos domicílios particulares permanentes em SAN, ao passo que 10,4% da população se encontrava em alguma situação de IA, a saber: 6,6% estava em IA leve; 1,8% em IA moderada; e 2% em IA grave.

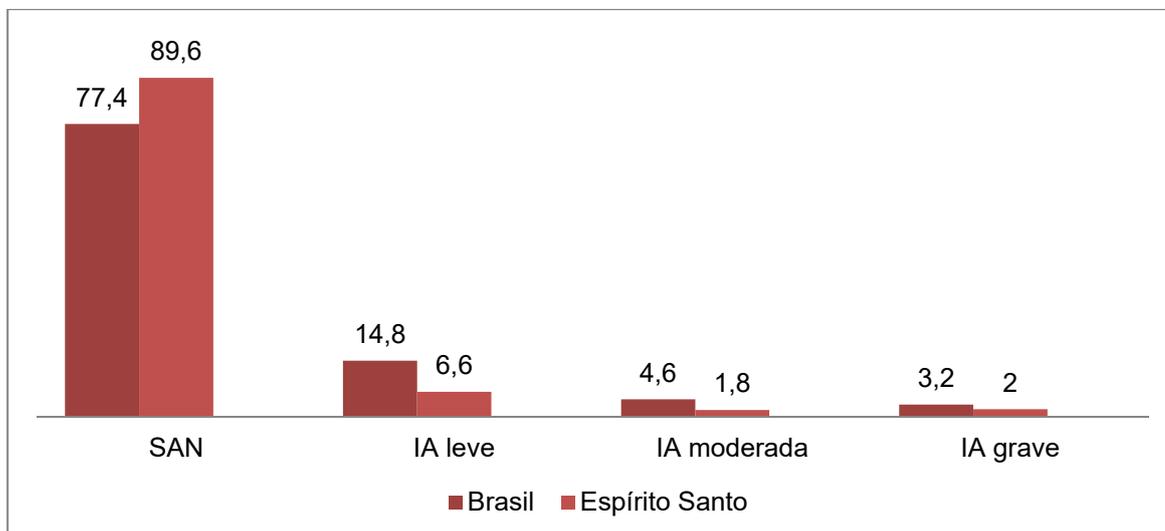
Gráfico 01. Espírito Santo: Situação de SAN nos domicílios particulares permanentes - 2009 (%)



Fonte: ESPÍRITO SANTO (ESTADO), 2012, p. 07.

O estado do Espírito Santo, a partir da pesquisa apresentada pelo IBGE/PNAD, 2013, possui crescimento mais elevado na taxa da SAN e diminuição mais acentuada das taxas de IA em relação ao Brasil, de maneira macro, conforme o gráfico 02. A PNAD 2013 explicita que 77,4% da população brasileira se encontram em situação de SAN, ao passo 22,8% pode ser agrupada em algum grau de IA, dispostos da seguinte forma: 14,8% em IA leve; 4,6% em IA leve; e 2% em IA grave. Igualmente, em comparativo aos demais estados da região sudeste, é possível constatar que o estado do Espírito Santo lidera o crescimento das taxas de SAN, ao passo que os demais estados apresentam as seguintes taxas: Minas Gerais apresenta taxa de 81,6% da população em SAN; Rio de Janeiro 82,2%; São Paulo 88,4%.

Gráfico 02. Comparativo em % entre o Brasil e o Espírito Santo em SAN e IA – 2013.



Fonte: BRASIL, 2014, p. 73. Organização dos Dados: RANGEL, Tauã Lima Verdan.

Sobre a temática envolvendo SAN, a renda materializa importante aspecto a ser considerado, pois, quanto menor a classe de rendimento mensal domiciliar *per capita*, maior a proporção de domicílios em situação de IA moderada ou grave. “Estima-se que, em 2009, 58,3% dos domicílios nestas condições estavam na classe de rendimento mensal domiciliar *per capita* de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo”, compreendidos em tais estatísticas aqueles indivíduos sem rendimentos. Em contraponto, quanto maior o rendimento, menor o número estimado de domicílios em situação de IA. Já na pesquisa PNAD 2013, é possível observar que os índices apresentados noticiam diminuição da IA grave e/ou moderada em quatro das seis faixas, de acordo com o gráfico 14. Apresentaram, porém, aumento elevado na IA grave e/ou moderada as faixas que compreendem os sem rendimento e os que recebem até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Na primeira faixa, houve elevação 3,3%, no ano de 2009, para 19%, em 2013; já a segunda faixa, em 2009, apresentava porcentagem de 26%, alcançando, em 2013, a porcentagem de 30,5%.

Lucci afirma, ainda, que “que ocorre uma concentração dos casos de Insegurança Alimentar Moderada e Grave, isto é, quando há uma redução quantitativa de alimentos (entre adultos e crianças) e registros de ocorrência de fome, sobretudo nas classes de menor poder aquisitivo” (2013, p. 220). No Espírito Santo a renda também se materializa como uma variável relevante em consonância com o cenário nacional observado. Neste aspecto, convém assinalar que é estimado que, no ano de 2009, 59,4% das pessoas em situação de IA moderada e ou grave

residiam em domicílios com rendimento mensal de até ½ salário mínimo. Nos domicílios com rendimento entre ½ até 1 salário mínimo moravam 30,0% das pessoas que vivenciaram situação de fome ou redução quantitativa de alimentos ou, ainda, ruptura nos padrões de alimentação, resultante da falta de alimentos. Seguindo uma tendência nacional, o Espírito Santo, na pesquisa de 2013, apresentou crescimento na faixa de sem rendimento daqueles que se encontra em situação de IA moderada e/ou grave.

5 COMENTÁRIOS FINAIS

Historicamente, a fome apresenta-se como um evento constante nas sociedades, assumindo, por vezes, índices tão complexos e alarmantes que são capazes de colocar em risco a harmonia social. Trata-se da *carestia*, ou seja, a fome como crise social econômica acompanhada de má nutrição em massa e epidemias. É interessante, ainda, rememorar que essa manifestação de fome crônica é aquela permanente, ocorrendo quando a alimentação diária não consegue propiciar ao indivíduo energia suficiente para que seja mantido o seu organismo e para o desempenho de suas atividades cotidianas. Essa materialização da fome traz consigo efeitos devastadores, causando sofrimento agudo e lancinante sobre o corpo, produzindo letargia e debilitando, de maneira gradual, as capacidades mentais e motoras. Há que se reconhecer que o espectro da fome é capaz de desencadear a marginalização social, perda da autonomia econômica e desemprego crônico, em decorrência da incapacidade de executar um trabalho irregular.

O ideário de soberania alimentar está assentado na autonomia alimentar do país e a menor dependência das importações e flutuações de preços do mercado internacional. É interessante destacar que o emprego da noção de soberania alimentar tem o início do seu fortalecimento no tema acerca da segurança alimentar, no próprio ano de 1996. Além disso, tal conceito busca dar importância à autonomia alimentar do país e à menor dependência das importações e flutuações de preços do mercado internacional. Já a segurança alimentar e nutricional, parafraseando a concepção legal contida na Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, em seu artigo 3º consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja o

comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

Alimentar-se é muito mais do que a mera ingestão de alimentos. É, conforme o artigo 2º da LOSAN, a materialização de um direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na CF/88, devendo o Poder Público adotar as políticas e ações que se façam necessária para promover a segurança alimentar e nutricional da população. O ato de alimentação requer a presença de alimentos em qualidade, em quantidade e regularmente. A reunião dos três pilares materializa o ideário de segurança alimentar e nutricional (SAN) e o direito humano à alimentação adequada (DHAA). A qualidade dos alimentos consumidos preconiza que a população não esteja à mercê de qualquer risco de contaminação, problemas de apodrecimento ou outros decorrentes de prazos de validade vencidos. Trata-se da possibilidade de consumir um conjunto de alimentos de maneira digna, sendo que a extensão de *dignidade* assume a feição de um ambiente limpo, com talheres e seguindo as normas costumeiras de higiene e as particularidades caracterizadoras de cada etnia ou região. A quantidade dos alimentos ingeridos deve ser suficiente para assegurar a manutenção do organismo e o desenvolvimento das atividades diárias. A regularidade da alimentação, por sua vez, assenta suas bases na premissa que as pessoas têm que ter acesso constante à alimentação, sendo esse compreendido como a possibilidade de se alimentar ao menos três vezes ao dia.

Com efeito, inúmeros são os obstáculos a serem superados, sobretudo para a integral substancialização do direito em comento, notadamente quando se analisa uma sociedade dotada de contrastes tão robustos, sobretudo no que concerne à distribuição de renda desigual e a população que se encontra em situação de vulnerabilidade social acentuada. Denota-se, pois, que a materialização do direito humano à alimentação adequada é pilar primordial da promoção da dignidade da pessoa humana, pedra angular do ordenamento jurídico vigente, eis que busca atender a necessidade básica para o desenvolvimento humano. Neste aspecto, historicamente, o Estado Capixaba apresenta um papel de protagonismo no cenário nacional, no que concerne à substancialização de políticas públicas em prol da promoção da segurança alimentar e nutricional, detendo índices expressivos de diminuição de insegurança alimentar, em suas distintas manifestações. Neste aspecto, o reconhecimento das peculiaridades

encontradas no Estado do Espírito Santo, no que tange à materialização do direito humano à alimentação adequada, se revela dotada de substancial relevância.

REFERÊNCIA:

ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. *Revista Nutrição*, Campinas, v. 22, n. 6, p. 895-903, nov.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rn/v22n6/v22n6a11.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2015.

ANDREWS, Christina W. Os conceitos de burocracia e burocratização: teoria da modernidade e a condição periférica. In: 34º Encontro Anual da ANPOCS. *ANAIS...*, 2010, Caxambu, 25-29 out., p. 01-22. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1386&Itemid=350>. Acesso 15 mai. 2015.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo Direito Civil. breves reflexões. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08>>. Acesso em 15 jun. 2014.

BORGES, Nadine Monteiro. *O Caso Damião Ximenes: uma análise sócio-jurídica do acesso à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 258f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008. Disponível em: <www.ppgsd.uff.br>. Acesso em 15 mai. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. *Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. *Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010*. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm#art1>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. *Lei de Segurança Alimentar e Nutricional: Conceitos*. Brasília: MDA, 2006.

_____. *Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

_____. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Segurança Alimentar – 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

_____. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. 2 ed. Brasília: SAS/DAB, 2008

_____. *Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada*. Brasília: SDH, 2011

BURLANDY, Luciene *et al.* Avaliação do programa Banco de Alimentos. *In: Cadernos de Estudos: Desenvolvimento Social em Debate*. n. 14. Brasília, MDS, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). Direito Constitucional*. Brasília: Editora Consulex, 1998.

DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. ARAÚJO, Gustavo Castro Alves (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: UNESP, 2012.

LUCCI, Pedro Henrique Gomide. *Geografia dos alimentos no Espírito Santo*. 328f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – UFES, Vitória, 2013.

MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da Segurança Alimentar. *In: _____; WILKINSON, John (org.). Reestruturação do Sistema Agroalimentar*. Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. *A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano*. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/viewFile/4351/3283>>. Acesso em 15 mai. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *El derecho a la alimentación adecuada*. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>>. Acesso 15 mai. 2015.

PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____ . *Temas de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. a. 40. n. 159, jul.-set. 2003.

RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao feto*. 232f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. *Direito fundamental social à alimentação adequada: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 15 mai. 2015.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. *Promoção do direito humano à alimentação adequada (DHAA)*. Disponível em: <http://www.actuar-acd.org/uploads/5/6/8/7/5687387/flavio_valente_dhaa_promocao_do_direito_humano_a_alimentacao_adequada.pdf>. Acesso em 15 mai. 2015.