

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 424

(ano VII)

(21/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF):* **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):** *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



21/08/2015 Kiyoshi Harada

» [Guarda municipal pode aplicar multas de trânsito](#)

ARTIGOS

21/08/2015 Lucila de Castro Plácido

» [Fashion Law: a relevância jurídica da moda](#)

21/08/2015 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [Profissionais da área de saúde e as entidades de atendimento médico-hospitalar emergencial diante do CDC, da CF/1988, do CP e do CC](#)

21/08/2015 Mariana Carolina Cruz de Santana

» [A função do Estado na aplicação do direito](#)

21/08/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [A possibilidade/direito de o militar passar para a reserva remunerada acumulando proventos com a remuneração de professor](#)

21/08/2015 Ismael de Córdova

» [Acolhimento institucional para crianças e adolescentes no Município de Criciúma - SC: o direito de retorno à convivência familiar e comunitária.](#)

21/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Programa Nacional de Conservação e Uso Sustentável do Bioma do Cerrado: Apontamentos ao Decreto nº 5.577/2005](#)

MONOGRAFIA

21/08/2015 Michele de Rosa

» [Abstrativização do controle difuso na atual posição concretista do Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção](#)

GUARDA MUNICIPAL PODE APLICAR MULTAS DE TRÂNSITO

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Delimitando o campo de atuação da guarda municipal dispõe a Constituição Federal em seu art. 144, § 8º:

“§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações conforme dispuser a lei”.

Com base nesse preceito constitucional os municípios de porte constituíram a guarda municipal nos moldes do que existia antigamente em São Paulo: a Guarda Civil.

No início de sua implantação em São Paulo a guarda municipal exercia um papel próprio de agente da segurança pública que a Constituição inseriu na competência do Estado. Daí os constantes conflitos com a Política Militar do Estado, um dos órgãos incumbidos de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Na época, a guarda municipal tinha o porte de arma. Chegou a ser utilizada como órgão auxiliar no cumprimento dos mandados de reintegração de posse expedidos pela Justiça.

Numa dessas diligências para desalojar os ocupantes de imóveis em cumprimento à decisão da Justiça houve um disparo acidental, que resultou na morte de um dos ocupantes. Desde então, a guarda municipal

passou a exercer apenas a proteção de bens, serviços e instalações municipais, sempre atuando de forma desarmada.

Sempre entendi que a ordenação do trânsito é matéria de peculiar interesse municipal inserindo-se no âmbito de competência municipal. Por essa razão era difícil para nos entendermos o sentido do Convênio firmado entre o Município e o Estado para permitir que o Município passe a disciplinar o trânsito na Capital de nosso Estado. Agora, essa questão ficou clara, cabendo ao CET, órgão municipal, a tarefa de regular o tráfego de pessoas e veículos com poderes para fiscalizar e impor multas pecuniárias.

Muito embora, se tratasse de proteção de bens e serviços municipais, pois, as vias públicas constituem bens municipais na categoria de uso comum do povo, a guarda municipal sempre vinha sendo questionada no exercício de sua competência de fiscalizar o cumprimento das normas de trânsito que, obviamente, inclui a a fiscalização quanto à ocupação ilegal das vias públicas.

Agora, o Supremo Tribunal Federal promovendo uma interpretação sistemática do § 8º, do art. 144 da CF conclui pela competência da guarda municipal de fiscalizar o trânsito e impor multas pecuniárias em casos de infrações ao Código de Trânsito Brasileiro. Dissiparam-se as dúvidas.

Esperamos que a guarda municipal seja orientada a fiscalizar permanentemente as vias públicas suprimindo a omissão dos agentes da CET que não fazem a fiscalização percorrendo as vias da cidade onde é comum verificar veículos estacionados nas esquinas, debaixo das placas indicativas de proibição etc., responsáveis maiores pelos transtornos causados ao tráfego regular de veículos. É muito difícil encontrar-se uma única rua em

São Paulo onde não hajam veículos estacionados em locais e horários proibidos. Filas duplas nas proximidades das escolas, inclusive, impedindo o acesso dos moradores às garagens de prédios em que residem tornaram-se uma prática rotineira.

A guarda municipal deverá, também, atuar em casos em que a sinalização semafórica estiver gerando congestionamentos decorrentes de fatores aleatórios que escapam do sistema automático de regulação do tempo de abertura e de fechamento dos semáforos. O que vemos na prática é o agente da CET somente comparecer aos locais de cruzamentos de vias públicas quando os semáforos pararem de funcionar por falta de energia elétrica. Congestionamentos episódicos decorrentes da superveniência de fatos anormais, apesar de detectados pelos agentes da CET são ignorados, aguardando-se o restabelecimento da normalidade pela ação do tempo.

Com o engajamento da guarda municipal na fiscalização e orientação de trânsito esperamos que a cidade de São Paulo por onde trafegam cerca de 6.500 milhões veículos apresente melhorias coibindo-se o abuso de motoristas egoístas que só pensam na sua comodidade, estacionando nas entradas de garagens, em frente às bancas para comprar jornais e revistas, ocupando indevidamente vagas destinadas a deficientes e idosos etc.

FASHION LAW: A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA MODA

LUCILA DE CASTRO PLÁCIDO: Advogada graduada pela Universidade Católica do Salvador; Bacharela em Comunicação Social com Habilitação em Produção de Moda pela Faculdade de Tecnologia e Ciências; Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá/CERS; Conciliadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Resumo: O presente artigo científico tem como objetivo abordar a relevância jurídica da moda, disciplinada através do Fashion Law que se trata de um ramo do Direito Empresarial, no segmento da Propriedade Industrial, que ampara os direitos da indústria da moda. A partir do Direito Comparado será analisada a aplicabilidade do Fashion Law em diversos países. Ademais, será demonstrada como o Fashion Law é utilizado pela legislação brasileira vigente, com enfoque na Lei n. 9.279/96. Também será contemplada a questão do trade-dress e o prejuízo da pirataria para a indústria do vestuário.

Palavras-chave: Fashion Law, propriedade intelectual, direito, moda, conceito-imagem.

Índice: Introdução; 1- A moda como vertente do Direito; 1.2- O Fashion Law no mundo; 2- Moda e patente: a Lei n. 9.279/96 e o benefício do registro no INPI; 3- Trade-dress, moda e direito; 4- A pirataria e o prejuízo para a indústria do vestuário; 5- Conclusão; 6- Referências.

INTRODUÇÃO

A proteção jurídica da criação de moda é fundamental para impedir o prejuízo em torno de R\$17 milhões anuais, decorrentes da

pirataria. Deste modo, é necessário que as criações sejam patenteadas, visando coibir a cópia não autorizada, em escala industrial, no Brasil.

O seguimento jurídico que atende a esta questão é o Fashion Law, direito aplicado ao mercado de moda. Esta vertente jurídica, que ainda não foi amplamente difundida no Brasil, já é aplicada de forma eficaz nos Estados Unidos — onde possui, desde 2010, o Fashion Law Institute, criado pela Fordham University.

O foco cardeal do Fashion Law é abarcar questão da propriedade intelectual, abrangendo desde a concepção do produto de moda, seu design, desenvolvimento da tecnologia e materiais aplicados, confecção e outras diversas etapas até chegar às mãos do consumidor final.

A função da propriedade intelectual de moda é garantir, através do registro de patente, a exclusividade da reprodutibilidade da criação, vedando a possibilidade de cópia por terceiros não autorizados, durante determinado período de tempo. Por conseguinte, torna-se proibido copiar, reproduzir e/ou comercializar — sem o consentimento do criador — os itens que forem patenteados.

A patente é outorgada pelo Estado ao criador requerente do registro e para que seja deferida é necessário que haja novidade, utilidade e originalidade da criação.

No Brasil, somente a indústria calçadista tem utilizado do recurso do registro de patente, em um índice expressivo.

De acordo com dados fornecidos pela Federação do Comércio do Estado do Rio de Janeiro, aproximadamente dezessete milhões de brasileiros compraram roupas e acessórios falsificados, somente no ano

de 2010. O produto falsificado, além de prejudicar o próprio consumidor, por geralmente se tratar de item com qualidade inferior e sem garantia, lesa toda a economia brasileira.

Como sequela da pirataria dos produtos de moda, o mercado brasileiro deixa de lucrar por volta de dezessete milhões de reais, assim como impede a criação de mais dois milhões de empregos formais. Isto posto, percebe-se a imprescindibilidade de os juristas, constatarem a importância de contemplar a moda no âmbito jurídico e os benefícios que isto trará para a economia e para o mercado de trabalho.

A relevância deste tema é de âmbito mundial, pois mercado da moda movimenta cerca de um trilhão de dólares por ano, representando 4% do PIB mundial. Ademais, o número de litígios decorrentes da pirataria dos produtos de moda, crescem na mesma proporção da sua importância para a economia.

Segundo o filósofo francês Gilles Lipovetsky, em seu famoso livro *O Império do Efêmero*, dispõe que *“todas as indústrias se esforçam para copiar métodos de grandes costureiros. Essa é a chave do comércio moderno: o que escrevia L. Cheskin, nos anos 1950, não foi desmentido pela evolução futura das sociedades ocidentais.”* [\[1\]](#) Este livro foi publicado em 1987, entretanto a questão da cópia em escala industrial, não se fixou na França de décadas passadas; na verdade, se alastrou ao decorrer do tempo, tornando-se um problema generalizado, nos diversos países produtores de moda.

Com o fito de coibir esta prática, está em trâmite, nos Estados Unidos, um projeto de lei antipirataria da criação de moda. Enquanto esta

não entra em vigor, aplica-se o que os americanos nomearam de jurisprudência da moda. Por outro lado, países da Europa já possuem previsão legal, desde 2002, tratando especificamente sobre a proteção dos desenhos, das criações, seus tecidos e outros elementos relacionado aos produtos finalizados.

Insta salientar que entre a França, Inglaterra e a Itália, maiores produtores de moda da Europa, não há unanimidade em suas respectivas legislações e jurisprudências. Cada um deles possui sua própria lei sobre propriedade intelectual da criação de moda, mas sabe-se que estes países estão em busca uma uniformização, criando o implemento de uma norma comum.

Pelos fatores explanados anteriormente, é que este artigo almeja demonstrar a necessidade de proteção quanto ao investimento feito em pesquisas e desenvolvimento do produto de moda, através do registro de patente, coibindo a cópia não autorizada, em escala industrial, no Brasil. Não obstante, há uma expansão dos direitos da propriedade intelectual da criação de moda em todo o mundo, decorrente do crescente prejuízo ocasionado pela pirataria.

1 – A MODA COMO VERTENTE DO DIREITO

Primeiramente, cumpre ressaltar que moda não se trata apenas de uma questão econômica, restrita a um mercado sazonal e efêmero da indústria e dos desfiles e dentro do âmbito consumista, ela é também expressão não-verbal de um tempo, cultura, grupo ou sociedade. *Antes mesmo da instituição Moda surgir como fenômeno no século XIV, a*

indumentária já manifestava significações como as distinções sociais, por exemplo[\[2\]](#).

Segundo Gilles Lipovetsky, *é preciso redinamizar, inquietar novamente a investigação da moda*.[\[3\]](#) A moda deve não ser tratada apenas como algo frívolo, deve ser desmistificada, trazendo seus conceitos para o contexto acadêmico.

A moda não faz furor no mundo intelectual. O fenômeno precisa ser sublinhado: no momento mesmo em que a moda não cessa de acelerar sua legislação fugidia, de invadir novas esferas, de arrebatá-la em órbita todas as camadas sociais, todos os grupos de idade, deixa impassíveis aqueles que têm vocação de elucidar as forças e o funcionamento das sociedades modernas. [...] Somos superinformados em crônicas jornalísticas, subdesenvolvidos em matéria de compreensão histórica e social do fenômeno.[\[4\]](#)

Porquanto, a moda está presente desde o início das civilizações, mesmo que não externada na forma econômica. Até as tribos africanas, desconhecidas dos anseios efêmeros do capitalismo, utilizam adornos corporais, desde os tempos mais remotos.

No século XV, o rei francês Carlos VII, talvez inconscientemente, já aplicava a exclusividade do direito de comercialização de determinados tecidos, utilizados pelos alfaiates. Nessa época, a moda *era considerada*

tão importante na França que pediram a Carlos VII que criasse um ministério só para ela.^[5]

Em contraponto, a moda sempre esteve afastada do conhecimento jurídico, na vertente da propriedade intelectual, até haver um relevante aumento do número de demandas judiciais referentes aos direitos sobre a criação de moda, em razão dos produtos falsificados.

O avanço da tecnologia têxtil fez com que a confecção de tecidos e suas estamparias se tornassem mais baratas, o que estimulou o crescimento da pirataria da moda. Pois, com a criação de maquinário mais eficiente, tornou-se possível a reprodução da cópia em um número cada vez maior, o que prejudicou significativamente os verdadeiros criadores.

Em razão da burocracia, tanto os pequenos estilistas quanto as grandes empresas de moda têm dificuldade para controlar as falsificações, como consequência da limitação quanto ao registro do produto. Visto que certas criações de moda não advêm de inovações tecnológicas, mas somente de inovação estética do design do produto.

Este traço da futilidade é essencial para que a alteração no objeto seja, sob ponto de vista jurídico, um desenho industrial, e não um eventual modelo de utilidade ou uma adição de invenção. Por outro lado, este mesmo traço aproxima o design da obra de arte. São ambos fúteis, no sentido de não ampliam a utilidade dos objetos a que se referem.^[6]

Ressalta ainda que o desenho industrial da moda muitas vezes não se restringe apenas à inovação estética, mas também dispõe uma nova funcionalidade ao produto.

O design de produtos de moda pode ser considerado modelo de utilidade, que modifica algo existente com o fito de aprimorar a utilização do objeto, como, por exemplo, os tecidos que bloqueiam os odores do corpo ou regulam a temperatura corporal, tênis sem costura para melhorar a performance dos maratonistas etc.

Não é algo absolutamente novo. É uma criação que se faz sob o objeto de uso comum, ou sobre parte de um objeto, a determinar-lhe uma nova forma ou disposição, a implicar melhoria no desempenho de suas funções (melhoria no uso) ou na sua fabricação.^[7]

O conceito narrado por Gladston Mamede pode ser exemplificado através da criação de uma camisa confeccionada em tecido parecido com os utilizados pelos astronautas da NASA, que tem como objetivo manter a temperatura corporal. Pois a camisa vai além do uso comum, que é cobrir e proteger o corpo.

A camisa, batizada de Apollo, também não amassa nem acumula odores e promete deixar os homens livres das indesejadas manchas de suor. Se o usuário sai para uma caminhada ao sol, por exemplo, a tecnologia permite a liberação do calor corporal. Já quando ele entra em um ambiente com ar

condicionado, o tecido faz o caminho inverso e retém o calor.[8]

No Brasil, a proteção dada aos desenhos e modelos industriais é recente, pois somente em 1934, através do Decreto Lei nº 24.507, é que se passou a conceder patente aos desenhos e modelos industriais com o fito de coibir a concorrência desleal. Anteriormente, só era passível de proteção a criação artística.

Porém, nem mesmo com o advento da Lei de Propriedade Industrial, em 1996, houve a inserção da proteção da criação de moda. Deste modo, o amparo a patente da criação de moda é feito de maneira analógica a das criações de modo difuso.

A relação da moda com o direito extrapola o âmbito direito empresarial, repercutindo também no âmbito do Direito Penal, sendo associada à formação de quadrilha. Tem-se como exemplo o caso ocorrido em dezembro de 2012, na cidade de Fortaleza-CE, na qual a pirataria de roupa no segmento de *surfwear*, ocasionou em sete prisões preventivas.

Os acusados de terem cometido o crime, chegaram a lucrar mais de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) semanalmente, em virtude da venda de peças de roupas falsificadas.

Sete pessoas presas, mais de 30 mil peças apreendidas e a desarticulação de um esquema criminoso que rendia a uma quadrilha cerca de R\$ 1,2 milhão por mês. [...]

O volume de mercadorias falsas chegou a uma quantidade tão grande que o Ceará passou a ser procurado por falsificadores de várias partes do País.

Os donos das marcas que estavam sendo fraudadas decidiram se unir contra a 'pirataria' e fundaram uma associação. Com mais força, procuraram a Polícia Civil e o Ministério Público do Ceará em busca de providências que estancassem a ação criminosa.[\[9\]](#)

Há um capítulo no Código Penal Brasileiro que versa sobre os crimes contra a propriedade intelectual. O artigo 184 dispõe sobre as violações ao direito do autor de forma ampla, sendo considerada por alguns autores como norma em branco, pois afirmam não ser clara a sua aplicação, necessitando do amparo da Lei de Propriedade Intelectual.

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem

os represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Sabe-se que a lei penal é o último recurso, sendo aplicada somente quando já se esgotaram outros meios de proteção e punição.

1.2 – O FASHION LAW NO MUNDO

A moda tem relevância econômica em nível mundial, movimentando cerca de US\$1 trilhão ao ano. Uma área com tanta importância para a economia, certamente acarreta importantes consequências jurídicas. Foi analisando esta questão que os Estados Unidos criaram o conceito de Fashion Law.

Nos Estados Unidos, apesar de o Fashion Law ser bastante difundido, o design dos produtos de moda não tem uma lei específica sobre ele, sendo protegido através da lei que rege os desenhos industriais. Todavia, há dificuldade para proceder ao registro dos desenhos industriais de moda, em razão do alto custo e demora do procedimento.

Para garantir a proteção da criação, os estilistas e as marcas estadunidenses acatam o registro do trade-dress.

Acrescenta-se que já está em tramitação no senado dos EUA uma lei que versa sobre a proteção do design inovador, abarcando as criações e desenhos de moda. Enquanto a lei não é publicada, para suprir a falta de amparo legal aos desenhos de moda, os norte-americanos utilizam a jurisprudência para salvaguardar os direitos destas criações.

Dentre os países da Europa, a França é o mais desenvolvido no âmbito do Fashion Law, onde existe a possibilidade de patentear a criação de moda, seja em relação ao desenho ou à propriedade industrial. O direito de exclusividade oriundo da patente tem a duração de 20 anos, sendo válida somente dentro do país.

A proteção dos desenhos de moda é amparada por artigos específicos na lei francesa de propriedade intelectual, garantindo todos os direitos autorais do designer e da marca, vedando a reprodução, adaptação, exibição e vendas sem a autorização do criador. A legislação francesa ampara tanto os desenhos quanto os mais diversos tipos de criação concernentes à moda.

The French copyright requirement differs from the United States, which requires “an original work fixed in a tangible medium of expression.”¹⁹ Under the French copyright system, garment designs in the fashion industry are protected.²⁰ Article L. 112-2 of the French Intellectual Property Code specifically lists works including “creations of the fashion industries of clothing and accessories,” which it defines as those which, “because of the demands of fashion, frequently renew the form of their products.”²¹ Under the code, fashion creations includes dress making, leather goods, fabrics, etc.^[10]

Tem-se como exemplo o artigo L112-2, 14º do Code de la propriété intellectuelle (Código Francês da Propriedade Intelectual) que

trata explicitamente sobre a moda, versando sobre tecidos, materiais, tipos de costura , bordados e sobre alguns acessórios como luvas e calçados.

14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement.

Os franceses acreditam que a proteção legal das criações de moda, além de inibir as cópias, influencia na elaboração de novos projetos, favorecendo o aumento da inovação e criatividade no setor da indústria da moda.

Ademais, assim como nos Estados Unidos e na França, a Inglaterra possui escritórios de advocacia especializados em Fashion Law.

2 – MODA E PATENTE: a Lei n. 9.279/96 e o benefício do registro no INPI

O Direito da Propriedade Intelectual visa garantir a propriedade ou exclusividade derivada da atividade intelectual, nos campos mais diversos campos, seja ele industrial, científico, literário ou até mesmo

artístico. Deste modo, veda que terceiros que não participaram do processo de criação estejam impedidos de copiarem, reproduzirem ou utilizarem o produto tendo fins comerciais, sem a autorização do proprietário intelectual.

A propriedade intelectual engloba tanto a propriedade industrial quanto os direitos autorais. A indústria da moda é amparada pela Lei de Propriedade Industrial que desempenha um papel de extrema relevância ao proteger as criações deste ramo, desde os croquis e inovações tecnológicas de produção até o produto finalizado para o consumidor.

Os direitos autorais são inalienáveis e irrenunciáveis e estão amparados pela Lei 9.610/98 que garante, ao criador, a proteção das obras por ele elaboradas, na esfera dos direitos patrimoniais e morais — determinando que quem utilizar a obra deve exibir a verdadeira autoria, respeitando a qualidade e integridade do autor e de sua obra. É possível também que seja vedada a veiculação do que foi produzido, salvo se houver autorização prévia e expressa do criador.

A propriedade industrial refere-se aos bens imateriais passíveis de serem patenteados, trata sobre as criações e invenções de natureza utilitária e/ou inovadora para fins comerciais ou industriais. O direito da propriedade industrial está previsto na Lei n. 9.279/96 que regulamenta questão da proteção temporária dos direitos dos criadores referentes às suas obras intelectuais de caráter utilitário, inovador, industrial ou comercial. Nessa direção, assim como na propriedade intelectual, terceiros devem ter a autorização do criador para a veiculação, reprodução e comercialização das criações ou inovações.

Responsável pelo processamento e pela concessão dos direitos patentários, o INPI analisará as condições legais de obtenção ou requisitos de validade exigidos pela Lei n. 9.279/96.

A patente de invenção tem requisitos de validade, de forma e de mérito: são a novidade inventiva e a aplicação industrial, conforme disposto no art.8º da Lei n. 9.279/96.

Já a patente de modelo de utilidade também tem como requisitos de mérito a novidade e a aplicação industrial, diferindo tão somente no requisito atividade inventiva, já que no caso, exige-se ato inventivo, conforme estabelecido no art. 9º Lei n. 9.279/96.[\[11\]](#)

Pode ser patenteada a criação que versar sobre a melhoria da funcionalidade ou utilidade de um produto, assim como aquilo que apresente avanço no processo de criação. Existem três requisitos para ser possível o registro através de patente, que a novidade seja absoluta, que atividade técnica ou comercial seja inventiva e tenha aplicação industrial.

Considera-se novidade absoluta aquilo que ainda não foi exibido em qualquer hipótese ao público em geral, salvo se exposto pelo próprio criador, nos casos dispostos na Lei n. 9.279/96.

Entende-se por atividade técnica ou comercial inventiva aquela que é oriunda de processo novo e não óbvio, até mesmo para os técnicos ou especialistas no assunto, conforme o disposto no artigo 13 da mesma

Lei: “A invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica”.

Pode-se ter como exemplo de atividade inventiva a criação de uma tecnologia capaz de pigmentar tecidos, utilizando um menor consumo de água e produtos químicos e por consequência reduzindo a contaminação de efluentes[12].

A empresa brasileira Golden Tecnologia, especializada na área têxtil, acaba de receber a patente que oficializa a posse dos direitos de comercialização da tecnologia Dye Clean - solução sustentável utilizada para tingimento de tecidos com fibras celulósicas (algodão, viscose). O processo pode reduzir em até 80% o consumo de água, em 50% o de produtos químicos e auxiliares, e em 80% o de sal (para cada mil litros de água é preciso adicionar entre 30 e 80 quilos de sal nos processos de tingimento) Com o Dye Clean é possível reduzir entre 20% e 30% o custo total do processo de tingimento de tecidos, além de diminuir a contaminação de efluentes.[13]

No que tange a aplicação industrial, é necessário que a invenção tenha reprodutibilidade em escala industrial ou que seja aplicada em alguma etapa do processo industrial da criação.

Sabe-se que é garantia constitucional que seja preservado os direitos do autor concernentes à sua invenção, pois o inciso XXIX do artigo

5º da Constituição Federal, dentro das garantias fundamentais, contempla a questão da proteção à criação:

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

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Além da Constituição Federal, o direito do autor é garantido na Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96) e na Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9610/98).

O artigo 6º da Lei de Propriedade Industrial assegura ao autor o direito de propriedade sobre sua criação, através do registro de patente.

Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Salvo prova em contrário, presume-se o requerente legitimado a obter a patente.

§ 2º A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade.

§ 3º Quando se tratar de invenção ou de modelo de utilidade realizado conjuntamente por duas ou mais pessoas, a patente poderá ser requerida por todas ou qualquer delas, mediante nomeação e qualificação das demais, para ressalva dos respectivos direitos.

§ 4º O inventor será nomeado e qualificado, podendo requerer a não divulgação de sua nomeação.

O período de exclusividade garantida à invenção patenteada é de 20 anos e caso se trate de modelo de utilidade, a duração é de 15 anos.

Em relação aos desenhos de moda ou croquis, estes podem se enquadrar na hipótese de desenho industrial para obterem a proteção legal.

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo

e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

O desenho industrial também pode ser chamado de arte aplicada e tem a finalidade de criar uma nova aparência, um diferencial visual, ou seja, tem um teor puramente estético, que não engloba a questão funcional do produto.

Deste modo, fica claro que os designers de moda podem patentear os seus croquis, onde estão contidos o esboço com características de suas peças, assim como os modelos de utilidade que forem criados. Garantindo, por conseguinte, uma maior proteção de todo o seu processo criativo e inovador.

Cumprе ressaltar que só podem ser registrados aqueles croquis que tiverem o objetivo de desenvolver um produto para comercialização, pois os que forem puramente artísticos não são contemplados pela possibilidade serem patenteados. Porquanto, as criações meramente artísticas são protegidas pela Lei de Direitos Autorais.

O artigo 42 da Lei de Propriedade Industrial preserva ao autor o direito de exercer o poder de impedir que terceiros não autorizados façam uso de sua criação.

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

§ 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

§ 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.

Caso fique comprovada a utilização indevida do que foi patenteado, cabe indenização.

Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente.

§ 1º Se o infrator obteve, por qualquer meio, conhecimento do conteúdo do pedido depositado, anteriormente à publicação, contar-se-á o período da exploração indevida para efeito da indenização a partir da data de início da exploração.

§ 2º Quando o objeto do pedido de patente se referir a material biológico, depositado na forma do

parágrafo único do art. 24, o direito à indenização será somente conferido quando o material biológico se tiver tornado acessível ao público.

§ 3º O direito de obter indenização por exploração indevida, inclusive com relação ao período anterior à concessão da patente, está limitado ao conteúdo do seu objeto, na forma do art. 41.

Portanto, conclui-se que a função das patentes é proteger as criações e invenções com o fito de vedar, de forma temporária, que terceiros se utilizem dos direitos protegidos — fazendo com que o criador tenha exclusividade em todos os atos atinentes a sua criação ou invenção. Deste modo, o criador tem como garantir o retorno financeiro, recompensando o que foi dispendido em tempo de pesquisa e custo de materiais para o desenvolvimento do seu produto.

3 – TRADE-DRESS, MODA E DIREITO

Trade-dress, também denominado conjunto-imagem, é o conceito de uma marca ou produto, o conjunto dos detalhes que a caracterizam e que fazem diferenciá-la das demais, ou seja, é a identidade visual distintiva.

O trade-dress ou conjunto-imagem pode ser definido como um conjunto de características peculiares capazes de identificar um produto, serviço e/ou estabelecimento comercial, e individualizá-la no mercado.

Essa “configuração” diferenciada contempla a reunião e combinação de cores, formatos, desenhos, fontes, tamanhos e disposição de letras, rótulos, embalagens, ambientes internos e externos de estabelecimentos comerciais, propagandas e demais elementos distintivos de produtos e serviços que tragam individualização junto ao mercado consumidor.[\[14\]](#)

O conjunto-imagem de uma marca também pode versar sobre o modo pelo qual seus produtos são anunciados em campanhas publicitárias, pelo estilo que é demonstrado ao consumidor, pelo tipo de embalagem ou qualquer outro quesito diferenciador, não só pelo produto em si.

Segundo o artigo 122 da Lei de Propriedade Industrial, as marcas são “*os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais*”. Portanto, a marca tem o fito de gerar a identificação dos serviços e produtos da empresa, pois caso contrário não pode ser registrada, já que não é considerada marca.

Salienta-se que o artigo 125 versa sobre o tratamento deferido às marcas de alto renome, deve ser feito de maneira diferenciada, garantindo a sua proteção em qualquer ramo de atividade. “*À marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade*”. Assim como há tratamento diferenciado àquelas marcas que forem notoriamente conhecidas, trazendo a proteção apenas no mesmo ramo de atividade. Segue:

Art. 126. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º *bis* (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

§ 1º A proteção de que trata este artigo aplica-se também às marcas de serviço.

§ 2º O INPI poderá indeferir de ofício pedido de registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida.

Observa-se que o INPI abriga o registro da marca de uma maneira ampla e não exatamente em relação aos ícones diferenciadores. Este registro é válido pelo prazo de 10 anos, a fluir de quando foi concedido, sendo cabível o pedido de prorrogação.

O trade-dress visa resguardar os ícones de reconhecimento da marca, evitando a ocorrência de cópias^[15] que levem o consumidor a incidir em erro de discernimento. Por conseguinte, o conjunto-imagem tem guarida jurídica no Direito Empresarial, mais especificamente no segmento da Propriedade Intelectual, como pode ser ratificado a seguir:

A esse respeito, nosso ilustre jurista Carlos Alberto Bittar define direitos intelectuais como sendo “aqueles referentes a relações entre pessoas e coisas (bens) imateriais que cria e traz a lume, vale dizer entre os homens, os produtos de seu intelecto,

expressos sob determinadas formas, a respeito dos quais detêm verdadeiro monopólio” [\[16\]](#)

Sabe-se que é possível que a marca registre o seu trade-dress, mas caso não efetue o registro não acarreta impedimento para protegê-la ou defendê-la em demanda judicial. Assim, a marca que tiver o seu conjunto-imagem transgredido pode requerer, através de medida cautelar preventiva, a cessação imediata da veiculação ou comercialização da marca violadora, cabendo, ainda, a indenização por perdas e danos.

O objetivo jurídico da proteção do trade-dress é vedar que os investimentos intelectuais e econômicos — dispendidos pela empresa para distinguir sua marca — sejam utilizados por outrem; bem como resguardar a imagem e renome da marca, além de impedir a concorrência desleal, estimulando, assim, que cada marca crie sua própria identidade.

Cumpra advertir que o trade-dress não é amparado de forma específica na legislação brasileira vigente, este instituto é tratado de forma geral dentro da Lei de Propriedade Industrial. Não obstante, para proteger o conjunto-imagem, os magistrados têm aplicado os artigos que abordam a questão da concorrência desleal.

In Brazil, the concept of trade dress has historically primarily been utilized to protect store layouts and concepts (i.e. franchising), as well as product packaging. However, an important landmark court decision in 2008 granted for the first time trade dress protection to the designs of a children’s clothing company after the designs were blatantly

copied by a competitor. It is relevant to note that Brazilian law does not provide specific provisions regarding trade dress, and does not explicitly require proof of secondary meaning. Nevertheless, the Brazilian IPL unequivocally prohibits a company or a person from using fraudulent means to divert, for its own or for a third party's benefit, a competitor's clientele. Accordingly, it is through unfair competition mechanisms, such as the above, that Brazilian fashion lawyers have to seek trade dress protection.[\[17\]](#)

Segundo Álvaro Loureiro Oliveira, advogado especialista em proteção da propriedade intelectual e combate à pirataria, em matéria para o Jornal do Comércio, afirma em outras palavras, que os estilistas devem se firmar no trade-dress, em razão da burocracia para realizar o registro do produto.

A melhor saída para os grandes estilistas é mesmo apostar em um estilo único, algo que identifique a marca e que faça com que ela seja desejada. As ações para combater as cópias são demoradas e não trazem compensação financeira. Recomendo patentear em caso de inovação tecnológica.[\[18\]](#)

Ademais, em virtude da dificuldade em patentear apenas as peças do vestuário, as grandes marcas têm criado características

diferenciadoras, para que se destaquem e lhe deem fácil reconhecimento, quando exibida para o comércio. Logo, a marca não deve ter ícones parecidos a outros da mesma categoria de mercado, para que seja possível garantir a sua exclusividade, evitando que a produção de ícones idênticos ou similares.

Segundo o artigo 130 da mesma lei, é assegurado ao detentor da marca o poder de ceder seu registro e licenciar seu uso por outrem.

Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:

I - ceder seu registro ou pedido de registro;

II - licenciar seu uso;

III - zelar pela sua integridade material ou reputação.

Em agosto de 2012, foi proferido um acórdão pela onde foi provido o recurso da marca conceituada marca brasileira Huis Clos, que afirmava que a utilização do nome Le Clos pela parte contrária poderia causar confusão aos consumidores.

Pelo cotejo dos autos, verifica-se que a empresa autora, detentora da marca “HUIS CLOS”, devidamente registrada no Instituto de Propriedade Intelectual (fls. 18), teve seu direito de exclusividade violado pela existência da empresa ré, denominada “LE CLOS” Modas Ltda., atuante no mesmo ramo comercial, qual seja, o comércio de vestuário.

Analisando ambos os nomes, depreende-se que a requerida reproduziu parcialmente o nome adotado pela autora, além de atuar no mesmo segmento e localizar-se em bairro nobre desta cidade.

Constata-se que ambas as empresas, por explorarem o mesmo ramo de atividade e comercializarem o mesmo tipo de produto, podem levar o consumidor a erro, eis que é inegável a afinidade entre os serviços prestados por elas, o que bastaria para gerar o perigo de confusão e, assim, de dano ao prestígio e à boa fama da titular da marca, cujo direito, constituindo propriedade, merece proteção, no caso de violação de seu uso exclusivo. [...] Destarte, de rigor o provimento do recurso para julgar procedente a ação, devendo a requerida, ora apelada, abster-se de utilizar o nome “CLOS”...[\[19\]](#).

Nas ações que versam sobre o direito da propriedade intelectual, o ônus da prova cabe ao infrator de comprovar que não infringiu determinada patente.

Em que pese não haver norma exclusivamente voltada para a moda e indústria têxtil, não tem ocorrido impedimentos para julgar as lides com probidade.

4 – A PIRATARIA E O PREJUÍZO PARA A INDÚSTRIA DO VESTUÁRIO

Inicialmente, deve-se diferenciar o que é pirataria e fonte de inspiração, pois é de conhecimento geral que a moda possui tendências sazonais de estilos, tecidos e estamparias. A tendência é uma fonte de inspiração, é uma influência, uma criação baseada no que foi confeccionado por outro autor, transportando e adaptando o que foi elaborado por este. Conceito que difere da pirataria, pois esta é a cópia feita ilegalmente, é o plágio, imitação do original. Na cópia não autorizada há apropriação indébita de uma ideia feita por outrem, sem mostrar quem é o real criador.

O plágio, cabe ressaltar, representa acima de tudo uma infração contra o direito moral do autor, desde que sua obra seja afetada em sua forma de expressão original, e que o plagiário substitua o verdadeiro autor da obra. Com esse nível de afronta, essa forma de violação agride faculdades de ordem moral e patrimonial.[\[20\]](#)

As indústrias e os estilistas de um modo geral tem dificuldade em realizar o registro de suas criações, assim como evitar a realização da cópia não autorizada caracterizam a sua marca e estilo. O maior prejuízo se dá no âmbito do desenvolvimento de tecnologia têxtil, pois há alto investimento em mão de obra especializada e equipamentos para produzir um produto de qualidade elevada.

Sabe-se que as indústrias que realizam cópias não autorizadas, inevitavelmente, não prezam pela qualidade dos produtos, como ocorre com o original. Podendo inclusive utilizar em sua fabricação produtos

químicos prejudiciais à saúde, como excesso de chumbo, bário e cádmio, por exemplo.

Trademarks are the most valuable commodities in the fashion industry. Fashion companies rely on their trademarks so consumers can identify a particular brand's products easily, which in turn has a bearing upon whether the consumer elects to purchase the product. Since copyright protection for fashion designs is limited, fashion companies must rely on their trademarks in order to help distinguish their products from those of their imitators. Trademarks have the ability to stimulate consumer demand for products globally.^[21]

Salienta-se que a pirataria existente na indústria da moda ocasiona a deturpação o conceito original da marca, pois prejudica a sua imagem. Uma vez que os produtos de determinadas marcas possuem credibilidade — quanto aos materiais utilizados na elaboração de seus produtos e ao adquirir um item falsificado —, o consumidor não tem a garantia de uma boa qualidade, quando adquire produtos falsificados. Tal situação acarreta em deturpações à imagem da marca, além de causar prejuízos para a economia.

Por esta razão, algumas marcas introduzem dispositivos capazes de fazer o consumidor distinguir a peça legítima de uma falsificada.

Consumers also lose when they purchase non-genuine products. Counterfeiting is successful

because counterfeiters find ways to take shortcuts in manufacturing. This poses a substantial threat to the health and safety of consumers because of a lack of quality control. Counterfeiting operations often work below the radar of international standards and therefore do not comply with minimum public safety requirements. For products such as clothing, this means that garments may be washed in substances that are toxic or that are proven skin or eye irritants. Counterfeit sunglasses may not be shatterproof or protect eyes from ultraviolet rays.[\[22\]](#)

Em 2011, entre todos os tipos de produtos pirateados, 11% refere-se a roupas e 8% a acessórios, totalizando 19% atinentes a artigos de moda. Em 2012, o índice retrocedeu em apenas 1%.

O prejuízo para a economia, oriundo da pirataria de produtos de moda afeta não somente o consumidor que compra um produto de qualidade inferior, mas principalmente a indústria que investe em tecnologia e inovações de design. Fato este que acarreta um prejuízo anual de mais de R\$17 milhões, somente no Brasil.

Dois milhões de empregos formais, isso é um dado oficial, deixam de ser criados no Brasil todo ano por causa da pirataria. Todos perdem com a pirataria. A população precisa entender que por trás da pirataria está o crime organizado, está o emprego de

criança, mão de obra desqualificada e mão de obra escrava”, afirma a delegada Valéria de Aragão.[\[23\]](#)

Deste modo, a pirataria de produtos de moda deve ser abordada de maneira mais relevante, pelo sistema jurídico brasileiro, para evitar os danos causados aos consumidores, indústrias e até mesmo em relação ao mercado de trabalho.

5 – CONCLUSÃO

A definição de moda como identidade cultural, artística e comportamental de um país é ampla. No Brasil, ainda mais. Pelo tamanho e importância, o setor é uma potente locomotiva da economia nacional que estima faturar algo em torno de R\$ 135,7 bilhões em 2012. São aproximadamente 30 mil empresas formais, boa parte delas de pequeno porte, apenas na cadeia têxtil e de confecção.[\[24\]](#)

É fundamental que o Direito não se limite ao conceito de moda como sendo algo frívolo, efêmero e puramente estético, pois a moda possui grande relevância para a economia mundial, portanto não deixar de ser amparada juridicamente.

O Fashion Law é a disciplina que relaciona a moda ao Direito, no âmbito da Propriedade Industrial. Na esfera internacional, esta disciplina já é bastante difundida, principalmente nos Estados Unidos e na França, ícones da moda mundial, enquanto no Brasil, o Fashion Law ainda é pouco difundido.

O objetivo do Fashion Law é a proteção da criação de moda, visando garantir exclusividade aos criadores e coibir os prejuízos oriundos da cópia não autorizada em escala industrial. Visto que, a pirataria da moda gera prejuízos bilionários às indústrias e empresas, além fornecer produtos de qualidade inferior e duvidosa aos consumidores.

Em razão da ausência de proteção específica e da morosidade do processo para obter as patentes, os criadores de moda tentam se calcar no trade-dress que é o conceito de marca, garantindo a exclusividade na utilização dos ícones identificadores e caracterizadores de sua marca.

Ao fim, sabe-se que é crescente o número de demandas judiciais no âmbito do Fashion Law, portanto o Direito não pode se eximir de contemplar a moda com maior relevância. Assim, devem ser preenchidas as lacunas da lei de propriedade industrial para que se aplique o direito de maneira mais eficiente e precisa para o ramo da moda.

6 – REFERÊNCIAS.

BARBOSA, Borges Denis; PRADO, Elaine Ribeiro do. **Quem é dono das criações sob a Lei de Inovação**. BARBOSA, Borges Denis (org.). Direito de inovação: comentários à Lei Federal de Inovação, legislação estadual e local, poder de compra do Estado (modificações à Lei de Licitações. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.484-486.

BARBOSA, Fábio. **Presença quadrilha que falsificava roupas de grifes no Ceará**. COFEMAC: o sertão se encontra aqui. Edição do dia 13/12/2012 Disponível em:

<http://cofemac.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=7896&Itemid=999>. Acesso em 16/12/2012.

BARNARD, Malcolm. **Moda e Comunicação**. Trad. Lúcia Olinto. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. **Propriedade Industrial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 113-133.

BOM DIA BRASIL. **Pirataria na moda gera prejuízos e queda no número de empregos**. Edição do dia 10/01/2011. Disponível em <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2011/01/pirataria-na-moda-gera-prejuizos-e-queda-no-numero-deempregos.html>>. Acesso em 08/10/2012

BOSCOLO, Hedylaine. **Golden Tecnologia conquista patente de solução sustentável para o segmento têxtil**. 19/03/2013. Disponível em: <http://www.segs.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=67831:golden-tecnologia-conquista-patente-de-solucao-sustentavel-para-o-segmento-textil-&catid=48:cat-info-ti&Itemid=329> Acesso em 01/04/2013.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Lei de propriedade industrial. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Lei de direitos autorais. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento da Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional da Propriedade Intelectual. Ato normativo 161/2002 de 10 de fevereiro de 2002. Dispõe sobre a aplicação da Lei de Propriedade Industrial em relação aos registros de desenho industrial.

CASTILHO, Kathia. **Moda e Linguagem**. 2.ed. rev. São Paulo: Anhembi Morumbi, 2004. (Coleção Moda e Comunicação)

CERQUEIRA, João da Gama. **Dos desenhos e modelos industriais**. Tratado de Propriedade Industrial: da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 197-233. Vol 1.

COELHO, Ulhoa Fábio. Curso de Direito Comercial: Direito da empresa. **Propriedade Industrial**. cap.6. vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012. 16.ed. p.195-237

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Camisa com tecido espacial promete conter odores nos dias mais quentes**. 02/08/2012. Disponível em <<http://epocanegocios.globo.com/Inspiracao/Vida/noticia/2012/07/camisa-com-tecido-espacial-promete-conter-odores-nos-dias-mais-quentes.html>>. Acesso em 14/07/2012.

FRANCE. **Code de la propriété intellectuelle**. Modifié par [Loi n°94-361 du 10 mai 1994](#). Dispõe sobre a aplicação da Lei de Propriedade Industrial Francesa.

GUIMARÃES, Anna Cláudia Toledo. **Marcas: Comentários sobre a era "It fashion"**. n°33.2012. Disponível em <http://www.dannemann.com.br/site.cfm?app=show&dsp=d_snews_201203_2&pos=5.98&lng=pt&utm_source=EasyMailing&utm_medium=email&utm_term=&utm_content=&utm_campaign=Padr%E3o>. Acesso em 12/10/2012

JIMENEZ, Guillermo C.; KOLSON, Barbara. **Fashion Law: A Guide for Designers, Fashion Executives, and Attorney**. New York: Fairchild Book, 2010. Disponível em

<http://www.fairchildbooks.com/ext/resources/instructor-resources/PDF-previews/7886_Sample.pdf>. Acesso em 25/11/2012.

KAWAY, Mina. [An Overview of Fashion Law in the United States and Brazil](#). 05/11/2012. Disponível em <<http://bhbaipblog.wordpress.com/2012/11/05/an-overview-of-fashion-law-in-the-united-states-and-brazil/>>. Acesso em 30/03/2013.

LABRUNIE, Jacques. **Requisitos básicos para a proteção das criações industriais**. JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal. São Paulo: Saraiva, 2007 (série GVLaw).

LIPOVETSKY, Gilles. **O Império do Efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

LURIE, Alison. **A linguagem das Roupas**. Trad. Ana Luiza Dantas Borges. Rio de Janeiro. Rocco, 1997.

MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: a empresa e a atuação empresarial. **Patentes**. vol.1. São Paulo: Atlas. 6.ed. p.218-230.

MANARA, Cecília. **A proteção jurídica do “Trade Dress” ou “Conjunto-Imagem”**. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coord.). Propriedade Intelectual em Perspectiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.1-20.

MASTUDILLO, Manuel. **Copyright Protection of Design in the US v. Europe**. 23/04/2009. Disponível em <<http://fashionlawwiki.pbworks.com/w/page/11611162/Copyright%20>

Protection%20of%20Design%20in%20the%20US%20v%20Europe>.

Acesso em 31/03/2013

OLIVEIRA, Alvaro Loureiro. **Moda busca registro de patentes**. Jornal do Comercio. 03 de junho de 2007. Disponível em <http://www.dannemann.com.br/site.cfm?app=search&dsp=search_form&pos=&lng=pt>. Acesso em 02/03/2013.

PALLEROSI, Maria Fernanda Alves. Estudos de Combate à Pirataria em Homenagem ao Desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini . **A Propriedade Intelectual na Indústria da Moda**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. Coordenação – Eduardo Pimenta.

PALOMINO, Erika. **A moda**. São Paulo: Publifolha, 2012. 4 ed. p. 6-28.

SEBRAE. **Marcas e patentes: proteja o seu conhecimento**. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/customizado/inovacao/acoes-sebrae/consultoria/propriedade-intelectual>>. Acesso em: 01/11/2012.

PONTES NETO, Hildebrando. **Aspectos sobre plágio**. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coord.). Propriedade Intelectual em Perspectiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.131-149.

SANTOS, Luciana Aparecida dos. **Patentes: A rota da inovação: do lixo aos bancos de patentes. nº 33. 2012**. Disponível em <http://www.dannemann.com.br/site.cfm?app=show&dsp=dsnews_201203_1&pos=5.98&lng=pt&utm_source=EasyMailing&utm_medium=email&utm_term=&utm_content=&utm_campaign=Padr%E3o>. Acesso em 16/11/2012

SCAFIDI, Susan. Intellectual Property and Information Wealth. **Intellectual Property And Fashion Design**. vol 1. nº115. 2006. Disponível

em < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=1309735>. Acesso em 07/07/2012

SILVEIRA, Newton. Os requisitos de novidade e originalidade para a proteção do desenho industrial. JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal. São Paulo: Saraiva, 2007 (série GVLaw). p. 271-295.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Tratado da Propriedade Industrial: Patentes e seus Sucedâneos**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira.

SWENDSEN, Lars. **Moda: uma filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

Textily Industry. **Mercado da Moda Prevê Faturar R\$ 135 bi em 2012**. Disponível em: <http://textileindustry.ning.com/forum/topics/mercado-da-moda-preve-faturar-r-135-bi-em-2012?xg_source=msg_mes_network>. Acesso em 05/11/2012.

NOTAS:

[1] Gilles Lipovetsky. O Império do Efêmero. p.159

[2] Kathia Castilho. Moda e Linguagem.p.19

[3] Gilles Lipovetsky. O Império do Efêmero.p.10.

[4] Idem, ibdem. p.9

[5] Lars Swendsen, Moda: uma filosofia.

[6] Fabio Ulhoa Coelho. Curso de Direito Comercial. p.199

[7] Gladston Mamede. Direito Empresarial Brasileiro: a empresa e a atuação empresarial. p. 219.

[8] Site da revista Época Negócios.

[9] Fábio Barbosa. COFEMAC jornal nordestino online.

[10] Manuel Mastudillo Copyright Protection of Design in the US v. Europe. Publicado no Fashion Law Wiki, enciclopédia virtual sobre Fashion Law, similar ao site Wikipedia.

[11] Jacques Labrunie. Requisitos básicos para a proteção das criações industriais. p.110. Artigo publicado no livro Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal, coordenado por Wilson Pinheiro Jabur e Manoel J. Pereira dos Santos.

[12] Efluentes são os resíduos de produtos líquidos ou gasosos produzidos por indústrias e lançados no meio ambiente.

[13] Hedyllaine Boscolo. Golden Tecnologia conquista patente de solução sustentável para o segmento têxtil. Artigo publicado no site

[14] Cecília Manara. A proteção jurídica do “Trade Dress” ou “Conjunto-Imagem”. p.1. Artigo publicado no livro Propriedade Intelectual em Perspectiva, coordenado Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Rodrigo Moraes.

[15] Segundo Mina Kaway, especialista em Fashion Law pela Fordham Law School, New York, e autora do blog www.fashionlawnotes.com, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) define contrafação como violação à marcas, isto é, a reprodução, idêntica ou passível de confusão, de uma marca, sem a autorização do seu titular. Essa definição foi considerada insuficiente pela Comissão Européia (CE), que elaborou um conceito mais amplo, abrangendo também outros tipos de produtos ilegais, como os as produções em excesso não autorizadas (“*overruns*”) e outros direitos da propriedade intelectual como desenhos industriais, direitos autorais e até patentes. Assim, segundo a CE, contrafação é considerada toda forma ilegal de reprodução, idêntica ou

quase idêntica, de produtos ou sinais protegidos por direitos da propriedade intelectual.

[16] Carlos Alberto Bittar, 1994 apud Manara, 2008, p. 2

[17] Mina Kaway. [An Overview of Fashion Law in the United States and Brazil](#). Artigo publicado no site da [Beverly Hills Bar Association Intellectual Property & New Media Section](#), portal californiano que reuni profissionais da área de direitos autorais.

[18] Alvaro Loureiro Oliveira. Moda busca registro de patentes.

[19] Apelação nº 9178638-87.2009.8.26.0000. Relator Desembargador Neves Amorim. 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

[20] Hildebrando Pontes Neto. **Aspectos sobre plágio**. p.136. Artigo publicado no livro Propriedade Intelectual em Perspectiva, coordenado Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Rodrigo Moraes.

[21] Guillermo Jimenez e Barbara Kolson. **Fashion Law: A Guide for Designers, Fashion Executives, and Attorney**. p.105. Este é foi o primeiro livro publicado a tratar sobre a relação entre a moda e o direito, no que tange a propriedade intelectual.

[22] idem, ibdem, p.111

[23] Matéria publicada no site do Jornal Bom dia Brasil da emissora Globo.

[24] Artigo publicado no site Textily Industry. Revista, fórum e rede social da indústria têxtil e do vestuário.

PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE E AS ENTIDADES DE ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EMERGENCIAL DIANTE DO CDC, DA CF/1988, DO CP E DO CC

SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA:

Jornalista, educador, escritor, produtor de vídeo aulas. Articulista: JusBrasil, Jusnavigandi, JurisWay, Academia Brasileira de Direito (ABDIR), E-gov UFRS, Editora JC, Investidura Portal Jurídico.

Resumo: O artigo analisa as responsabilidades dos profissionais da área de saúde, as entidades de atendimento médico-hospitalar emergencial (clínicas, hospitais, casas de saúde e unidades de saúde, públicas ou privadas) diante das normas contidas no CDC, na CF/88, no CP e no CC.

Sumário: 1) Juramentos; 2) Carreiras promissoras e formação profissional; 3) Códigos de ética; 4) Legislação; 5) Comparativo entre omissão de socorro de condutor e profissional de saúde; 6) Conclusão.

1) Juramento:

1.1) Hipócrates

"Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o

bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.

A ninguém darei por comprar, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam.

Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça [1]".

1.2) Juramento do Médico (Declaração de Genébra*)

“No momento de me tornar um profissional médico: Prometo solenemente dedicar a minha vida a serviço da Humanidade. Darei aos meus Mestres o respeito e o reconhecimento que lhes são devidos. Exercerei a minha arte com consciência e dignidade. A saúde do meu paciente será minha primeira preocupação. Mesmo após a morte do

paciente, respeitarei os segredos que a mim foram confiados. Mantereí, por todos os meios ao meu alcance, a honra da profissão médica. Os meus colegas médicos serão meus irmãos.

Não deixarei de exercer meu dever de tratar o paciente em função de idade, doença, deficiência, crença religiosa, origem étnica, sexo, nacionalidade, filiação político-partidária, raça, orientação sexual, condições sociais ou econômicas. Terei respeito absoluto pela vida humana e jamais farei uso dos meus conhecimentos médicos contra as leis da Humanidade. Faço essas promessas solenemente, livremente e sob a minha honra.

** Adotada em 1948 e revista em 1994 pela Assembleia Geral da Associação Médica Mundial [1.1]*

2) Carreiras promissoras e formação profissional (ética)

Medicina, enfermagem, fisioterapia, profissões que têm como diretrizes a manutenção da saúde humana. Tais cursos demandam - além do conhecimento técnico - amor.

De nada adianta ser um profissional da área de saúde se não há a nobre essência da solidariedade humana diante de outro ser humano.

No site do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) foi divulgado (14/07/2013) matéria da Veja Online sobre promissoras carreiras

profissionais para os próximos dez anos. A dez carreiras são: saúde, educação, tecnologia da informação e comunicação (TIC) e engenharia [2]. E o que é saúde?

“A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade [3].”

Com as políticas públicas de acesso [facilitação] ao ensino universitário, o Brasil teve uma proliferação vertiginosa de universidades. Antes da Constituição Federal de 1988, o acesso à educação superior era uma exclusividade para poucos. Os estabelecimentos privados de ensino, no caso os cursinhos pré-vestibulares, eram obrigatórios para os que quisessem ingressar numa universidade, principalmente as públicas. Aos párias seculares o sonho de cursar nível superior era uma miragem. A carreira de medicina sempre foi uma das mais concorridas.

Ao longo da história humana quem curava de doente era considerado quase um semideus. Com o avanço da humanidade e distanciamento dos dogmas, tabus e credices, a medicina passou a ser considerada uma profissão de pessoas intelectualizadas.

A figura do médico, por exemplo, no século XIX, era quase de uma dignidade sacerdotal, ou seja, as opiniões dos médicos e as suas posturas não poderiam ser questionadas pelos pacientes, pois os médicos tinham conhecimentos aquém dos mortais. Demais profissionais de saúde não tinham vozes, isto é, o que o médico falava ninguém mais poderia

questioná-lo. As mudanças sociais foram acontecendo devido aos próprios avanços proporcionados pelas tecnologias e quebra de paradigmas psicológicas. Novas áreas (acadêmicas e profissionais) surgiram, o médico foi cedendo espaço aos demais profissionais, no que diz respeito ao contato, acompanhamento e tratamento. Importante lembrar que houve – ainda há, mas pouco – um hiato entre a medicina ocidental e a oriental. Se um médico acupuntor brasileiro [prática alternativa de saúde], por exemplo, na década de 1970, quisesse aplicar “agulhadas” em algum paciente poderia ser chamado de “louco”.

Sem motivos reais, a prática de acupuntura vem sendo monopolizada [reserva de mercado] por certos profissionais de saúde. As justificativas são diversas [reserva de mercado], sendo que a medicina ocidental em nada lembra a medicina oriental, e vice-versa [4]. Os cuidados com a saúde do enfermo passou a ser dirigido por atuações de vários profissionais [multidisciplinar], desde fisioterapeutas até nutricionistas, dependendo do caso. No Brasil, o ato médico foi parar no Congresso Nacional. Com os avanços tecnológicos, uma nova realidade surgiu para os profissionais de saúde humana: o paciente inquiridor.

O acesso à rede mundial de computadores (internet) proporcionou aos pacientes mais conhecimentos sobre seus problemas. As consultas, então, entre profissionais de saúde e pacientes formou um novo contexto, assim os profissionais de saúde não mais são declaradores de doenças e profilaxias, mas profissionais que devem responder às dúvidas de seus pacientes, e a estes o direito de obterem respostas precisas e educadas. A

ética profissional tem sido discutida por muitos Conselhos (enfermagem, medicina etc.) principalmente quanto aos descasos e ineficiências técnicas dos profissionais da área de saúde aos pacientes. No livro *“Ética para os futuros médicos. É possível ensinar?”* [5], logo no prefácio, há informação sobre a situação da medicina tanto no Brasil como mundialmente:

“A medicina que, no passado, era simples, ineficaz e razoavelmente inócua, com a revolução tecnológica se tornou complexa, eficaz, mas potencialmente perigosa. Publicação recente da American Hospital Association aponta o número de 98 mil para as mortes anuais nos EUA em consequência (“sisc”) de erros cometidos na prática médica. Assinala que, naquele país, morrem mais pessoas a cada ano em resultados de erros cometidos nos atos médicos do que em acidentes rodoviários (43.458), câncer de pulmão (42.297) ou AIDS (16.516).

Estes números assustadores revelam que as iatrogenias [6] e os erros profissionais do médico poderão se tornar o maior problema de saúde no século XXI. Este cenário trágico poderá ser revertido se formarmos médicos além de tecnicamente competentes, que sejam portadores de sólido embasamento ético-humanístico, capazes, portanto, de estabelecer uma relação médico-paciente generosa, solidária, empática e prudente”.

Continuando com a apresentação, o humanista Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (CREMEB), Jecé Freitas Brandão, urge mudanças substanciais na formação dos futuros profissionais da área de medicina:

“É sabido que a maioria dos pacientes que frequenta (“sic”) os ambulatórios/consultórios é constituída pelos denominados pacientes funcionais ou psicossomatizados e pelos portadores de afecções crônicas. Esta clientela majoritária, pela complexidade e subjetividade dos seus sofrimentos, somente pode ser aliviada adequadamente por médicos equipados com elevada cultura humanística. Para a construção desta competência humanística essencial é necessário a inclusão na grade curricular de matérias como história da medicina, fundamentos de antropologia, filosofia, psicologia, tudo isso permeado pelo cimento da ética médica e da bioética”.

3) Códigos de ética:

A) Médica. O sexto Código de Ética Médica brasileiro entrou em vigor no dia 13 de abril de 2010. Entre as novidades estão [7]:

- Revisão de cuidados paliativos;
- Reforço à autonomia do paciente e regras para reprodução assistida e a manipulação genética; e
- Extensão de seu alcance aos médicos em cargos de gestão, pesquisa e ensino.

O Código de Ética Médica brasileiro traz vedações aos médicos e faltas

graves:

“Capítulo IV

DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto”.

“Capítulo V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo”.

“Capítulo XIV

DISPOSIÇÕES GERAIS

II - Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico”.

B) Código de Ética e Deontologia da Fisioterapia:

“Artigo 6º - O fisioterapeuta protege o cliente/paciente/usuário e a instituição/programa em que trabalha contra danos decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência por parte de qualquer membro da equipe de saúde, advertindo o profissional faltoso”.

“Artigo 9º - Constituem-se deveres fundamentais do fisioterapeuta, segundo sua área e atribuição específica:

I – assumir responsabilidade técnica por serviço de Fisioterapia, em caráter de urgência, quando designado ou quando for o único profissional do setor, atendendo a Resolução específica;

II - exercer sua atividade com zelo, probidade e decoro e obedecer aos preceitos da ética profissional, da moral, do civismo e das leis em vigor, preservando a honra, o prestígio e as tradições de sua profissão”.

“Artigo 10 - É proibido ao fisioterapeuta:

I - negar a assistência ao ser humano ou à coletividade em caso de

indubitável urgência”.

C) Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem (RESOLUÇÃO COFEN 311/2007)

“Art. 26 – Negar assistência de enfermagem em qualquer situação que se caracterize como urgência ou emergência”.

“Art. 112 – A caracterização das infrações éticas e disciplinares e a aplicação das respectivas penalidades regem-se por este Código, sem prejuízo das sanções previstas em outros dispositivos legais”.

“Art. 113 – Considera-se infração ética a ação, omissão ou conivência que implique em desobediência e/ou inobservância às disposições do Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem”.

Vemos que em todos os códigos de ética, os respectivos profissionais têm a obrigação de atenderem cidadãos em situações de emergência e urgência. E o que é emergência e urgência?

*“Emergência- ocorrência imprevista, com risco potencial à vida, cujo portador necessita de atenção imediata, a fim de se garantir a integridade das funções vitais básicas, esclarecer se há agravos à saúde, ou providenciar condições que favoreçam a melhor assistência médica;
urgência- ocorrência de agravos à saúde, com risco real e iminente à vida, cujo portador necessita de intervenção rápida e efetiva,*

estabelecida por critérios médicos previamente definidos, mediante procedimentos de proteção, manutenção ou recuperação das funções vitais acometidas. Longe de ser apenas um exercício de retórica tais sugestões pretendem contribuir para o aperfeiçoamento efetivo da prática médica [8]”.

“Uma situação de urgência é quando existe a necessidade de um atendimento com rapidez, na proporção da gravidade, mas sem risco eminente à saúde. Já a emergência é toda a situação que envolve risco de morte, entre elas, as paradas cardiorrespiratórias e as hemorragias. Ao contrário do que muitos imaginam, as fraturas de braços, dedos e pernas, desde que não sejam fraturas expostas, são situações de urgência e não de emergência” [9].

Pelo que se depreende, não há um consenso sobre as terminologias, todavia, à condição humana, seja em qual estado se encontre, da simples torção no pé até ferimentos graves, a ação humanitária é necessária para que o “verniz” civilizatório (civildade) não se extinga nas relações humanas.

E nossos “selvagens” pajés sabiam muito sobre isso: sem solidariedade não há sobrevivência e muito menos existência digna.

4) Legislação:

A) Código Civil (LEI No 10.406 , DE 10 DE JANEIRO DE 2002):

“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”.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

“Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

“Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que

ele sofreu”.

B) Código Penal (DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940)

“Tempo do crime

Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)”.

“Lugar do crime (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)”.

“Relação de causalidade (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº. 7.209, de 11.7.1984)”. “Relevância da omissão (Incluído pela Lei nº. 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia

agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº. 7.209, de 11.7.1984) a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº. 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº. 7.209, de 11.7.1984)

C) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº. 7.209, de 11.7.1984)”.

“Omissão de socorro

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: (Acrescentado pela L-012.653-2012)

Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte”.

C) Código de Defesa do Consumidor (LEI Nº. 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990)

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

(...)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias,

permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”.

“Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.

§ 1º Salvo estipulação em contrário, o valor orçado terá validade pelo prazo de dez dias, contado de seu recebimento pelo consumidor.

§ 2º Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes.

§ 3º O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio”.

“Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o

consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa”.

D) CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 (CF/1988)

• Fundamento:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana”.

• Objetivos:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

• Obrigações dos cidadãos, da Administração Pública, dos concessionários, dos permissionários e dos autorizados:

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

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

• Consumidor:

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

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor”.

• Saúde:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição . (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 64, de 2010)”.

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

• Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Pelos arts. 135 (CP) e 186 (CC) é fácil examinar que qualquer pessoa é obrigada a prestar socorro quando algum indivíduo se encontra inválido ou ferido, ao desamparo ou em grave e iminente perigo de vida. A dignidade da pessoa humana é o fundamento da República Federativa do Brasil e está expressa logo no primeiro artigo da Carta Cidadã.

Não é de se estranhar o artigo 1º, III, da CF, pois a Carta Política foi idealizada por um povo que sofrera várias violações aos seus direitos humanos durante a ditadura militar (1964 a 1985).

Torturas físicas e psicológicas, descaso com a saúde dos prisioneiros de guerra. Eis os acontecimentos que causaram mais do que dores físicas,

mas colocaram os torturadores no mesmo nível dos nazistas. Assim, dignidade humana é um atributo do próprio ser humano em toda a sua constituição corpórea e psíquica.

A dignidade da pessoa humana tem fulcros na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1992) e outros tratados e convenções sobre direitos humanos.

A mesma Carta Política preconiza os objetivos fundamentais da República (art. 3º), pois sem tais objetivos não há de materializar, substancialmente, os direitos humanos na sociedade brasileira. E só é possível quando existir em todas as relações humanas seja entre fornecedores e consumidores, vizinhos, Administração Pública e administrados.

As normas jurídicas que punem quem viola um direito não se baseiam no simples punir por punir, mas cercear direitos, temporariamente, para que o condenado possa se reeducar, ou seja, fazer introspecção sobre seu ato e se conscientizar de que a melhor maneira de viver é a postura fraternal – quando há socialização e ressocialização embasadas aos direitos humanos.

5) Comparativo entre omissão de socorro de condutor e profissional de saúde

Definem-se como Primeiros Socorros (PS) o atendimento providenciado à

pessoa doente ou ferida, podendo ser realizada pela população em geral. (VELDE, et al., 2007 apud PERGOLA, A. M. 2008) [10].

Pelo Código de Trânsito Brasileiro (CTB), qualquer cidadão que deseja obter a habilitação de trânsito terrestre deve se submeter às aulas técnico-teóricas e práticas de direção. Entre as disciplinas [técnico-teóricas] exigidas pelo CONTRAN (resolução nº 168 , consolidada) estão os primeiros socorros.

Nas salas de aulas dos Centros de Formações de Condutores (CFCs) ou autoescolas, os instrutores de trânsito [teórico] ensinam noções básicas de socorro pré-hospitalar. Seja autor ou não de acidente de trânsito, a primeira providência é sinalizar o local, depois, se possível diante das circunstâncias presentes – pode-se omitir o socorro direto em caso de perigo iminente à própria vida de quem vai socorrer, como em casos de linchamento, ferimento grave, substâncias perigosas que demandam uso de equipamentos de proteção especial, mas não a postura de deixar de comunicar as autoridades competentes (SAMU ou Corpo de Bombeiros) sobre o acidente de trânsito -, as aplicações das avaliações primária e secundária.

A primeira avaliação consiste em verificar os sinais vitais da vítima, como batimentos cardíacos e respiração, e aplicar, se necessário, as ressuscitações cardíaca ou respiratória, já a avaliação secundária é a verificação de existência ou não de fratura, queimadura, torções, luxações e as manobras cabíveis (imobilização de fratura, luxação e entorse;

proteção da área queimada).

A precariedade que se encontra o usuário de via terrestre diante de acidente de trânsito é muita. Sem equipamentos individuais de proteção quem socorre se expõe a várias doenças, desde AIDS até tuberculose. Não é por menos que os profissionais do Corpo de Bombeiros e da SAMU têm equipamentos (combitubo, luvas etc.) tanto para a proteção individual como para melhor assistência ao acidentado. Sendo profissional de saúde ou não, qualquer pessoa deve prestar socorro quando vê outro semelhante (indiferente de etnia, sexo, religião) em estado debilitante ou em iminente perigo de vida.

Não podendo ser diferente, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo condenou motorista e ocupantes de automotor por omissão de socorro – um mês de prisão. No caso, ciclista cruzou a pista de rolamento repentinamente. Mesmo pela ação intempestiva do ciclista, que gerou o acidente de trânsito, o tribunal considerou a omissão de socorro como **“descaridade e desprezo pela vida humana, a partir de uma intolerável demonstração de egoísmo [11]”**.

Se os que obtiveram a habilitação de trânsito são obrigados – assim aprenderam nas salas de aulas dos CFCs – a prestarem socorro a quem se acha em estado debilitante ou iminente perigo de vida, seja por acidente de trânsito ou não, mas dentro de suas possibilidades técnicas e materiais (proteção de uso individual), não menos diferente é para os profissionais de saúde, que têm mais conhecimentos técnicos e prestaram juramentos

de dedicação à vida humana.

E o que dizer de tais profissionais da área de saúde que estejam em hospitais ou em clínicas? Por exemplo, numa clínica odontológica. De repente, alguém passa mal. O dentista nada faz, pois não é “alçada” dele.

Outra situação. Imagine que uma idosa fora atendida por fisioterapeuta. A idosa pega o elevador para descer até o primeiro pavimento. Ao sair do elevador torce o pé. A idosa pega o elevador e se dirige para o pavimento que tem fisioterapia. Já no local relata que torceu o pé. Nisso o profissional de fisioterapia diz que ela [idosa] terá que marcar nova consulta para ser atendida. O acompanhante da idosa pergunta como ela irá caminhar, e o fisioterapeuta diz:

“Aqui não é emergência. Emergência só no outro prédio que fica na rua tal”.

Prosseguindo. Depois a mesma profissional anuncia que no quarto andar há ortopedista. Idosa e acompanhante vão para o quarto andar. Já no pavimento recebe a seguinte frase:

“Aqui não é emergência, o senhor tem que marcar consulta ou, então, se dirija a este endereço que lá tem emergência.”

Não satisfeito o acompanhante da idosa argumenta:

“Aqui não é emergência, mas será que não tem algum profissional de saúde para examinar? Será que, pelo menos, não se pode enfaixar?”

Nesse ínterim um médico diz que ali não é emergência e que a legislação não o obriga ao atendimento. Depois é dito que há ortopedista, mas o ortopedista poderá ou não atender, pois não há consulta marcada com ele.

Estatuto do Idoso (LEI Nº. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003):

“Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

“Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

“Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”.

Como idoso é peso morto no Brasil, pela mentalidade cultura, infelizmente, não é de se espantar com tais decisões.

Abaixo, transcrevo aqui pareceres de Conselhos Regionais de Medicina:

- “ *CREMERJ Nº 169/2006 [12]:*

INTERESSADOS: Vários médicos e estabelecimentos assistenciais de saúde. RELATORES: Cons. Aloísio Carlos Tortelly Costa Cons^a Marília de Abreu Silva Comissão Disciplinadora de Pareceres do CREMERJ – CODIPAR ACERCA DO ATENDIMENTO A PESSOAS INVÁLIDAS E/OU ACIDENTADAS EM VIAS PÚBLICAS.

EMENTA: Deve o médico em plantão analisar cada caso individualmente e avaliar se sua saída para prestar atendimento fora do ambiente hospitalar não representa risco para os pacientes presentes ou para aqueles que possam chegar a qualquer momento. Caso possível, deverá prestar socorro à pessoa inválida em via pública, apesar de ser, inicialmente, tal incumbência do Corpo de Bombeiros, através do Grupo de Socorro de Emergência, conforme Decreto n. 9.503/86.

CONSULTA: Constantemente, vários médicos e estabelecimentos assistenciais de saúde se reportam a este Conselho com o fim de serem orientados sobre quem teria competência para socorrer pessoas enfermas ou acidentadas em vias públicas. Em geral, questionam se deve o médico se ausentar do plantão para prestar atendimento a paciente grave fora de

o ambiente hospitalar.

PARECER: O Decreto Estadual n. 9.503, de 09 de julho de 1986 criou o Programa de Atendimento de Emergências em Vias Públicas, delegando competência ao Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, através do Grupo de Socorro de Emergência - GSE, para agir em situações de emergência em vias públicas. Contudo, há que se advertir que o socorro deve ser prestado por todos os cidadãos a qualquer pessoa que necessite, sobretudo nos casos de risco de vida, para que não se infrinja o artigo 135 do Código Penal Brasileiro, crime de omissão de socorro:

“Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir nesses casos, o socorro da autoridade pública.” Por outro lado, o Código de Ética Médica estatui, no capítulo referente à responsabilidade profissional, que é vedado ao médico:

“Art. 36. Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave.

Art. 37. Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por motivo de força maior.”

Deste modo, em relação à possibilidade de o médico se ausentar do plantão para atender à pessoa necessitada fora do ambiente hospitalar, o CREMERJ orienta que deve ele analisar cada caso individualmente e avaliar se sua saída não representará risco para os pacientes presentes ou para aqueles que possam chegar a qualquer momento. Caso possível, deverá prestar socorro à pessoa inválida em via pública, apesar de ser, inicialmente, tal incumbência do Corpo de Bombeiros, através do GSE. De qualquer forma, se o médico se ausentar do plantão para prestar o atendimento, deverá documentar no livro de ocorrências a razão de sua saída.

É o parecer, s. M. J. (Aprovado na Sessão Plenária de 30/08/2006)”.

- *“PARECER CREMEC Nº. 13/99 14/06/99 [13]*

PROCESSO-CONSULTA CREMEC Nº. 1137/99

*INTERESSADO: Prof. Dr. Francisco de Assis Negreiros Colares –
Supervisor da Residência em Clínica Médica do HUWC - UFC*

*ASSUNTO: Atendimento a pacientes externos durante o plantão em
Hospital sem Serviço de Emergência funcionante.*

RELATOR: Cons. Helvécio Neves Feitosa

EMENTA: O plantonista, mesmo de hospital que não dispõe de Serviço de Emergência, não pode deixar de atender ao paciente que procure o hospital em casos de urgência ou emergência. Não cabe a outros profissionais fazer triagem na portaria do hospital.

O paciente só deverá ser removido para outro hospital, após prestados os primeiros socorros e em condições estáveis. Caso contrário, o mesmo deverá ser internado. O plantonista não deverá se ausentar do plantão para acompanhar paciente transferido.

DA CONSULTA O Supervisor da Residência em Clínica Médica do Hospital Universitário Walter Cantídio (HUWC) – UFC, Dr. Francisco de Assis Negreiros Colares, através do Ofício protocolado no CREMEC 1137/99, encaminhou a este egrégio Conselho Regional de Medicina consulta, em cujo preâmbulo o consulente aborda o fato do HUWC não dispor de Serviço de Urgência ou Emergência para atendimento a pacientes externos, quer seja durante o dia ou à noite, permanecendo fechado durante o período noturno. Refere que na portaria do hospital existe uma placa indicando a inexistência desse Serviço Médico.

Também não há plantão administrativo para efetuar admissões à noite e nem Serviço Social. Informa que, no Setor de Clínica Médica, dois médicos residentes são designados para o plantão noturno, os quais são os únicos responsáveis pelo atendimento às intercorrências noturnas nas enfermarias (126 leitos).

Isso posto, o interessado formula as seguintes perguntas, in verbis:

‘. Que atitude o plantonista deve tomar no caso de ser informado pelo porteiro do Hospital da chegada de um paciente solicitando atendimento?. Deve ou não ir atender?. Constitui omissão de socorro o fato de não ir atender o paciente?. No caso de ir atender o paciente e sendo constatado gravidade ou risco de vida, como proceder?. Deve acompanhar o paciente a outro hospital onde exista emergência, deixando o seu plantão?. Incorre em omissão de socorro de apenas constatar a gravidade e encaminhar o paciente para atendimento em outro hospital?’

PARECER

Um hospital não é legalmente obrigado a manter Serviço de Emergência. A sua inexistência, entretanto, deverá ser amplamente divulgada junto à população, orientando a clientela para como proceder e para onde encaminhar o usuário que necessite de atendimento.

Em hospitais de médio ou grande porte onde não haja Serviço de Emergência funcionando, situação em que se encontra HUWC, o médico plantonista atenderá apenas aos pacientes internados, o que não o exime de prestar os primeiros socorros em um caso de emergência ou urgência e providenciar a remoção ou o encaminhamento do demandante ao serviço adequado mais próximo, após a avaliação do quadro clínico.

Da mesma maneira que um hospital não é obrigado a manter um Serviço de Emergência, pois isto dependerá de sua estrutura interna, organização, finalidade, sistema operacional, local em que está instalado, demanda, ligação funcional com outros hospitais, etc., um Serviço de Emergência já em funcionamento só poderá ser fechado, desde que sejam atendidas as necessidades da população local e assegurado o atendimento emergencial em estabelecimento próximo. Sabemos que isto, lamentavelmente, não se aplica no caso do HUWC, que tem uma finalidade não só assistencial, mas de formação médica, que já teve um Serviço de Emergência que tão relevantes serviços prestou à população, tendo de fechá-lo por absoluta falta de recursos.

Causa-nos indignação o descaso por parte das autoridades constituídas e a falta de vontade política na resolução dos problemas crônicas e graves que permeiam o setor público, na área da saúde e do ensino, em nosso país. Levando em conta a imprevisibilidade de muitas situações de urgência em Medicina, o médico - e somente ele – será responsável legal e eticamente pela ponderação e avaliação do caso, ou seja, se o paciente pode ser despedido sem maior risco de agravo à sua saúde pela demora do atendimento ou outra distorção possível (por exemplo, não entendimento claro da orientação dada, a qual deve ser sempre detalhada) ou se é melhor deixá-lo no serviço apesar das más condições de assistência. Na dúvida, sempre agir em favor do paciente.

Não é possível, portanto, ao porteiro do hospital ou a outro profissional, fazer qualquer tipo de triagem. (grifo nosso) O Conselho Federal de

Medicina, na sua resolução nº 1451/95, define como URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata. A mesma resolução define como EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo portanto, tratamento médico imediato. Em casos de urgência ou emergência, nenhuma outra consideração deve prevalecer a não ser tentar salvar a vida da pessoa, com os recursos disponíveis. Não havendo recursos ou faltando ao médico a capacidade técnica necessária, cabe prestar os primeiros socorros e providenciar a remoção, encaminhamento ou vinda de atendimento de emergência. É importante assinalar que o médico sempre, em qualquer circunstância, é obrigado a prestar os primeiros socorros de emergência, sob pena de infração legal e ética.

A omissão, nesses casos, é crime previsto no Código Penal adiante transcrito:

“Art. 135 – Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - a pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”.

O Código de Ética Médica (CEM) trata da omissão de socorro no seu artigo 35:

“Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria”.

A omissão é qualificada como “delito de ação pública representativa”. A despeito do CEM especificar a condição de atendimento em “setores de urgência e emergência”, em outra circunstância ou lugar, se for o único médico disponível, não poderá recusar o atendimento em casos de emergência (Coutinho, Código de Ética Médica Comentado, 1989).

Quando se tratar de urgências, caberá sempre, em qualquer circunstância, o primeiro atendimento, após o que o médico orientará o paciente ou seus acompanhantes a procurar estabelecimento mais adequado se ocorrer impossibilidade de internação, superlotação, falta de recursos ou de profissionais especializados. Após atender o paciente e sendo constatada gravidade ou risco de vida, na impossibilidade de internação hospitalar, o médico depara-se com a necessidade de transferência para outro hospital que tenha Serviço de Emergência e que tenha leitos disponíveis. Esta é uma das situações mais conflitantes e que pode chegar a consequências desastrosas, pois além das implicações puramente médicas, há aspectos administrativos, financeiros e até políticos, que se transformam em complicadores sociais do problema.

Se um paciente necessita, deve ou quer ser transferido ou encaminhado para outro hospital, o médico deve fazê-lo em boas condições clínicas, ou seja, quando o paciente não está em risco iminente de morte e apresenta sinais vitais estáveis, mesmo em níveis não ideais. Decidida a transferência ou encaminhamento, as seguintes medidas tornam-se necessárias: o paciente deve ter assegurada a permeabilização das suas vias aéreas para adequada oxigenação; deverá ter um ou dois acessos venosos instalados; deverá ter assegurada a manutenção de sua temperatura corporal; se necessária uma imobilização, esta deverá ser feita; as drenagens heróicas deverão estar providenciadas e funcionando bem; as lesões sangrantes externas deverão estar contidas; a antibioticoterapia e a imunoterapia antitetânica, se necessárias, deverão ser adotadas, etc.

O médico deverá preparar um relatório de transferência circunstanciado, que contemple desde as hipóteses diagnósticas até as medidas terapêuticas adotadas, bem como os motivos da transferência. A grande dificuldade, uma vez decidida a transferência ou encaminhamento em tempo hábil e estabilizadas as condições clínicas do paciente, está no transporte dos pacientes graves de um hospital para outro. Todas as ambulâncias, idealmente, deveriam atender às estritas especificações técnicas para a função e o pessoal para-médico, igualmente, deveria existir e ser de excelente qualidade técnica. Ambas as condições, em geral, são inadequadas em nosso meio, com raríssimas exceções.

Tantas e tamanhas dificuldades exigem mais e maiores cuidados por

parte dos médicos quando transferem pacientes, e por isto devem manter contato com o colega do hospital de referência com a finalidade de se orientarem mutuamente, minimizando dificuldades e riscos para o paciente e para ambos os médicos. Problemas de ordem pessoal entre médicos e de ordem financeira entre hospitais não deveriam presidir as desavenças que as transferências podem causar, levando com frequência a péssimos e lamentáveis resultados práticos e éticos. Devem ser evitados desentendimentos entre médicos e pacientes e/ou familiares, pois a situação somente piora o quadro geral das dificuldades e tudo acaba chegando ao Conselho sob a forma de denúncia contra quem transferiu ou contra quem recebeu o paciente, ou contra ambos.

Caso não haja possibilidade de transferência do paciente em condições seguras ou este presente, a juízo do médico, risco de morte elevado para ser transferido, cabe ao médico fazer a sua parte, ou seja, internar o paciente e prestar a assistência necessária, mesmo em condições não ideais (por exemplo, indisponibilidade de leito, medicamentos ou aparelhagem adequada), desconsiderando os aspectos burocráticos, para proteção do paciente e do próprio médico, até que se possa transferi-lo em condições de risco minimizadas.

De acordo com FRANÇA, 1994 (Comentários ao Código de Ética Médica), há circunstâncias em que, pelas condições e recursos disponíveis, a transferência do paciente diante da gravidade do caso pode ser considerada omissão de socorro, face ao atendimento ter sido possível onde ele se encontrava. Na opção pela transferência do paciente,

a qual só deve ser feita quando atendidas as condições citadas anteriormente (sinais vitais estáveis, cuidados necessários, ambulância equipada e pessoal para-médico [“sisc”] capacitado, hospital referido devidamente contatado, o médico não deverá deixar o seu plantão para acompanhar o paciente, pois o atendimento às intercorrências será de sua responsabilidade.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos concluir que, em resposta aos quesitos formulados pelo consulente, o plantonista deverá conduzir-se de acordo com as seguintes orientações:

- 1 – Ao ser informado pelo porteiro do hospital da chegada de um paciente solicitando atendimento, deverá realizar o atendimento para confirmar ou não se a situação é de urgência ou emergência;*
- 2 – O fato de não ir atender ao paciente constitui-se em omissão de socorro, com suas implicações éticas e legais;*
- 3 – Ao atender o paciente e sendo constatado gravidade ou risco de vida, o plantonista deverá prestar os primeiros socorros e providenciar a transferência do paciente para outro hospital que tenha Serviço de Emergência, desde que o mesmo apresente condições clínicas estáveis, que permitam a remoção, com a garantia de atendimento no hospital referenciado. Caso contrário, o paciente deverá ser internado, mesmo*

que as condições de atendimento não sejam ideais;

4 – O plantonista não deve deixar o plantão e acompanhar o paciente durante a transferência, pois as intercorrências clínicas na sua ausência não o eximirão da sua responsabilidade;

5 - O fato de apenas constatar a gravidade e encaminhar o paciente para atendimento em outro hospital, sem prestar os primeiros socorros, procurar estabilizar as condições clínicas e providenciar a transferência em condições de segurança também constitui-se em omissão de socorro, em virtude do atendimento ter sido possível onde ele se encontrava. Devemos ressaltar que é responsabilidade da direção da instituição hospitalar, particularmente do Diretor Técnico, assegurar as condições mínimas para o desempenho ético-profissional da Medicina. Portanto, o atendimento a situações de emergência, com os recursos mínimos necessários, deve ser previsto em qualquer hospital. A não observância desta recomendação implica em ilícito ético, previsto no Código de Ética Médica, no seu artigo 17.

Este é o parecer.

*Fortaleza – CE, 14 de junho de 1.999. HELVÉCIO NEVES FEITOSA
Conselheiro Relator”.*

- “PARECER CREMEC Nº. 06/2003 24/02/2003 [14]

PARECER CREMEC Nº. 06/2003 24/02/2003

PROCESSO CONSULTA CREMEC Nº: 000747/03

*INTERESSADO: Dra. Maria Sidneuma Melo Ventura – CREMEC 2991 –
Presidenta da Comissão de Ética Médica da MEAC/UFC.*

ASSUNTO: atendimento a recém-nascido externo

RELATOR: Cons. Helvécio Neves Feitosa

EMENTA: o médico plantonista, mesmo de hospital que não dispõe de Serviço de Emergência para atendimento a recém-nascidos externos, não pode deixar de prestar os primeiros socorros ou os cuidados julgados imprescindíveis para a preservação da vida e prevenção de maiores danos à saúde dos pacientes externos que demandem ao hospital. O não atendimento, em casos de urgência ou emergência, implica em omissão de socorro, com infração ao Art. 35 do CEM e ao Art. 135 do CP . DA CONSULTA Dra. Maria Sidneuma Melo Ventura, CREMEC 2991, presidenta da Comissão de Ética Médica da MEAC/UFC, encaminhou solicitação de parecer protocolada neste Conselho em 17/02/2003, em virtude de carta-consulta enviada à Comissão de Ética da referida unidade hospitalar, assinada pelo Prof. Manoel Oliveira Filho, Diretor Clínico da MEAC, nos seguintes termos:

" Em 28/01/2003 foi chamado um médico neonatologista para atender a

um recém-nascido, advindo da cidade de Pindoretama – CE, que encontrava-se dentro da ambulância e em uso de cateter com oxigênio ".

Diante do exposto, o Diretor Clínico da MEAC faz as seguintes indagações:

"1) Que impedimento legal existe para que o médico não possa atender nesta condição?

2) Como a MEAC não recebe recém-nascido e este chegou a nossa porta, devemos atendê-lo ou não?"

DO PARECER

Como o tema da consulta versa sobre o atendimento a recém-nascidos, quer cheguem de ambulância ou por outro meio ao hospital, julgamos tratar-se genericamente, na maioria das vezes, de casos de urgência ou emergência. O Conselho Federal de Medicina, na sua resolução nº 1451/95, define como URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata.

A mesma resolução define como EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato. O atendimento a pacientes externos durante o plantão em hospital sem

Serviço de Emergência funcionante foi motivo de parecer aprovado por este Conselho (Parecer CREMEC nº. 13/99, referente ao Processo-Consulta CREMEC No 1137/99), do qual tivemos a honra de ser Relator.

Como o assunto do presente parecer é correlato, a linha de argumentação adotada será basicamente a mesma daquele primeiro, com algumas modificações julgadas pertinentes. Devemos ressaltar, em princípio, que um hospital não é obrigado a manter Serviço de Emergência para atendimento a recém-nascidos (ou adultos). A sua inexistência, entretanto, deverá ser amplamente divulgada junto à população, orientando a clientela no sentido de como proceder e para onde encaminhar o usuário que necessite de atendimento. Em hospital de grande porte onde não haja Serviço de Emergência para atendimento a recém-nascidos externos, que é o caso da MEAC/UFC, o médico neonatologista deverá atender apenas aos pacientes internados, o que não o exime de prestar os primeiros socorros ou os cuidados considerados imprescindíveis em um caso de urgência ou emergência e providenciar a remoção ou encaminhamento do demandante ao serviço adequado mais próximo, após a avaliação do quadro clínico.

Neste aspecto, não importa se o recém-nascido encontra-se dentro de uma ambulância, na porta do hospital ou no seu interior. Um outro aspecto relevante a ser considerado é a triagem para atendimento a esse tipo de paciente. Ao levarmos em conta a imprevisibilidade de tais situações, o médico – e somente ele, na situação específica, de preferência o neonatologista – será responsável legal e eticamente pela

ponderação e avaliação do caso, ou seja, se o paciente pode ser despedido sem maior risco de agravo à sua saúde pela demora do atendimento ou outra possível distorção (por exemplo, não entendimento claro das orientações dadas, as quais devem ser detalhadas) ou se é melhor deixá-lo no serviço, apesar das condições de assistência inadequadas. Na dúvida, sempre agir em favor do paciente.

Não é possível, portanto, delegar a triagem ao porteiro do hospital ou a outro profissional. Em casos de urgência ou emergência, nenhuma outra consideração deve prevalecer a não ser salvar a vida do paciente, com os recursos disponíveis. Caso não haja recursos ou faltando ao médico a capacidade técnica necessária, cabe prestar os primeiros socorros e providenciar a remoção, encaminhamento ou vinda de atendimento de emergência.

É importante ressaltar que o médico sempre, em qualquer circunstância, está obrigado a prestar os primeiros socorros de emergência, sob pena de infração legal (omissão de socorro – Art. 135 do Código Penal - CP) e ética (Art. 35 do Código de Ética Médica - CEM). Em casos de urgência, caberá sempre, em qualquer circunstância, o primeiro atendimento, após o que o médico orientará o paciente ou seus acompanhantes a procurar estabelecimento mais adequado, se ocorrer impossibilidade de internação, superlotação, falta de recursos ou de profissionais especializados. Após atender o paciente e ao se constatar gravidade ou risco de vida, na impossibilidade de internação hospitalar, o médico depara-se com a necessidade de transferência para outro hospital que

tenha Serviço de Emergência e que tenha leitos disponíveis. Esta é uma das situações mais conflitantes e que pode chegar a conseqüências [“sisc”] desastrosas, pois além das implicações (ou complicações) puramente médicas, há aspectos administrativos, financeiros e políticos, que se transformam em complicadores sociais do problema. Se um paciente necessita ou deve ser transferido ou encaminhado para outro hospital, o médico deverá fazê-lo em boas condições clínicas, ou seja, quando o paciente não está em risco iminente de morte e apresenta sinais vitais estáveis, mesmo em níveis não ideais.

Decidida a transferência ou encaminhamento, as seguintes medidas tornam-se necessárias: o paciente deve ter assegurada a permeabilização das suas vias aéreas para adequada oxigenação; deverá ter um ou dois acessos venosos instalados; deverá ter assegurada a manutenção de sua temperatura corpórea; se necessária uma imobilização, esta deverá ser feita; as drenagens heróicas deverão estar providenciadas e funcionando bem; as lesões sangrantes externas deverão estar contidas; a antibioticoterapia e a imunoterapia anti-tetânica, se necessárias, deverão ser adotadas, etc. Em se tratando de recém-nascido, todas as demais medidas cabíveis e julgadas pertinentes em tais situações deverão ser incrementadas.

O médico deverá preparar um relatório de transferência ou encaminhamento circunstanciado, que contemple desde as hipóteses diagnósticas até as medidas terapêuticas adotadas, bem como os motivos da transferência. A grande dificuldade, uma vez decidida a transferência

ou encaminhamento em tempo hábil e estabilizadas as condições clínicas do paciente, está no transporte de pacientes graves de um hospital para outro. Todas as ambulâncias, idealmente, deveriam atender às estritas especificações técnicas para a função, e o pessoal para-médico, igualmente, deveria existir e ser de excelente qualidade técnica. Ambas as condições, em geral, são inadequadas em nosso meio, salvo raríssimas e honrosas exceções. Tantas e tamanhas dificuldades exigem mais e maiores cuidados por parte dos médicos quando transferem pacientes, e por isso devem manter contato com o colega do hospital de referência com a finalidade de se orientarem mutuamente, minimizando dificuldades e riscos para o paciente e para os médicos envolvidos.

Problemas de ordem pessoal entre médicos e de ordem financeira entre hospitais ou municípios não deveriam presidir as desavenças que as transferências podem causar, levando com freqüência a péssimos e lamentáveis resultados clínicos e éticos. Devem ser evitados desentendimentos entre médicos e pacientes e/ou familiares, pois tal situação somente piora o quadro geral de dificuldades e tudo acaba chegando ao Conselho Regional de Medicina e/ou à Justiça Comum, sob a forma de denúncia contra quem transferiu ou contra quem recebeu ou deixou de receber, ou contra ambos. Caso não haja possibilidade de transferência do paciente em condições seguras ou este apresente, a juízo do médico, risco de morte elevado para ser transferido, cabe ao médico fazer a sua parte, ou seja, internar o paciente e prestar a assistência necessária, mesmo em condições não ideais (por exemplo, indisponibilidade de leito, medicamentos ou aparelhagem adequada),

desconsiderando os aspectos burocráticos, para a proteção do paciente e do próprio médico, até que se possa transferi-lo em condições seguras.

De acordo com FRANÇA (Comentários ao Código de Ética Médica, 1994), há circunstâncias em que, pelas condições e recursos disponíveis, a transferência do paciente diante da gravidade do caso pode ser considerada omissão de socorro, face ao atendimento ter sido possível onde ele se encontrava. Na opção pela transferência do paciente, a qual só deve ser feita quando atendidas as condições citadas anteriormente (sinais vitais estáveis, cuidados necessários, ambulância equipada e pessoal para-médico [“sisc”] capacitado, hospital referido devidamente contatado), o médico não deverá se ausentar do hospital para acompanhá-lo, pois o atendimento às intercorrências do plantão, mesmo na sua ausência, será de sua responsabilidade. Para concluir, respondendo especificamente aos quesitos formulados pelo Diretor Clínico da MEAC/UFC, no que diz respeito à primeira indagação, não vemos impedimento legal para o médico atender a recém-nascido em interior de ambulância que demande ao hospital. Com relação à segunda pergunta, mesmo não havendo Serviço de Emergência para atendimento a recém-nascidos externos, o médico deverá fazer uma avaliação inicial para verificar se se trata de casos de urgência ou emergência, pois, nestas situações, o médico estará obrigado a prestar os primeiros socorros ou os cuidados julgados imprescindíveis para preservação da vida e para prevenção de maiores agravos à saúde do paciente, bem como providenciar a transferência ou encaminhamento em condições seguras. Caso assim não proceda, estará sujeito a sanções no campo

ético e penal, por infração ao Art. 35 do CEM e ao Art. 135 do CP . Este é o parecer, s. M. J. Fortaleza, 24 de fevereiro de 2003 HELVÉCIO NEVES FEITOSA Cons. RELATOR”.

- *“CREMESP PARECER n.º. 106.056/03 [15]*

Assunto: Médico de hospital privado ser obrigado a prestar atendimento a paciente em situação de urgência, em local próximo, fora das instalações do PS.

Relator: Conselheiro Renato Azevedo Júnior.

Ementa: É obrigatório o atendimento de pacientes em situação de urgência (acidente, politrauma, desmaios ou patologias clínicas).

O consulente Dr. J. J. J. A. P., solicita resposta do CREMESP das seguintes questões:

"1) Numa situação que envolva urgência/emergência (acidente, politrauma, desmaios ou patologias clínicas), próximo a um hospital privado quando somos solicitados, devemos ir prestar atendimento fora da instalação do PS?

2) A recusa implica em omissão de socorro?

3) Devemos ir até o local e aguardar o serviço de resgate (192 ou 193)?

4) *Se tivermos ambulância temos que ir ao local resgatar a vítima?"*

PARECER

Em relação às questões formuladas, temos que citar o artigo 35 do Código Penal, bem como os artigos 2º, 29 e 58 do Código de Ética Médica, que rezam: CÓDIGO PENAL Artigo 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública..."

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Princípios Fundamentais

Artigo 2º - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

É vedado ao médico:

Artigo 29 - Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência. Artigo 58 - Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico

em condições de fazê-lo.

Portanto, respondendo especificamente sobre as questões formuladas, temos a dizer:

1ª questão) Sim, lembrando que o serviço de APH deve sempre ser acionado nos locais onde ele exista.

2ª questão) A recusa pura e simples implica em omissão de socorro. Em determinadas situações isto pode não se caracterizar, como, por exemplo, no caso em que haja um único médico do PS e este esteja atendendo uma emergência.

3ª questão) O médico deve avaliar as condições clínicas em que se encontra o paciente. Após o primeiro atendimento, o médico deve aguardar junto ao paciente, assistindo-o, até a chegada do serviço de APH o qual, aliás, tem treinamento específico para remoção destes pacientes.

4ª questão) Não necessariamente. O médico deve avaliar as condições clínicas do paciente e decidir se aguarda o serviço de APH ou se resgata o paciente com ambulância do próprio hospital.

É sempre preferível o paciente ser transportado por ambulância equipada e com pessoal treinado, como ocorre nos serviços de atendimento móvel de urgência.

Este é o nosso parecer, s. M. J. Conselheiro Renato Azevedo Júnior

APROVADO NA 3.074ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM 30.01.2004. HOMOLOGADO NA 3.077ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM 03.02.2004”.

6) Conclusão

Qualquer pessoa deve assistir outro semelhante que se encontra em estado debilitante ou grave perigo de vida seja em qualquer lugar, e mesmo diante de omissão de socorro de profissional de saúde. Aos leigos, que não têm quaisquer conhecimentos sobre primeiros socorros se espera, pelo menos, a solidariedade humana.

O simples dialogar já é uma prestação de primeiros socorros, pois mantém a vítima alerta e ajuda na estabilidade de quem necessita de socorro. Entende-se por socorro não apenas em situações que haja perigo de vida, como hemorragia arterial, queimaduras de grandes proporções (2º grau, mais de 25% de superfície corporal queimada em adulto; 2º grau, mais de 20% de superfície corporal queimada em criança; 3º grau, mais de 10% de superfície corporal queimada em qualquer faixa etária), fratura exposta, evisceração, paradas cardíaca ou respiratória. Socorrer é antes de tudo conduta solidária, humanitária, independente de idade, sexo, religião, condição socioeconômica, se agente público ou não, se nacional ou estrangeiro, se profissional de saúde ou não.

Qualquer ser humano que esteja precisando de ajuda – torceu o pé, abalo emocional que coloque a pessoa em perigo, regurgitação – deve ser assistido com aplicações de técnicas básicas de primeiros socorros. Aos que não são profissionais da área de saúde, mas têm conhecimentos sobre primeiros socorros, a ação de socorrer deve ser coerente dentro de suas possibilidades evitando atos de negligência, imprudência e imperícia. Aos profissionais da área de saúde, mais que obrigação legislativa, mas ética diante do juramento de Hipócrates, as medidas de primeiros socorros são obrigatórias, sendo a sua omissão crime. Médico e enfermeiro, independente da especialidade, aprendem a identificar fratura, luxação, tipos de queimaduras, acidente vascular cerebral (AVC), pneumotórax. Também aprendem como proceder em tais casos com atendimento básico de primeiros socorros. Daí que a simples recusa de examinar uma pessoa que sofrera torção no tornozelo constitui omissão de socorro.

Nos cursos de primeiros socorros, para as pessoas que não são da área de saúde, por exemplo, os alunos aprendem sobre técnicas de imobilizações em caso de luxação, entorse ou fratura. Aprendem também que nesses casos qualquer material à disposição pode ser usado para imobilizar. Seja uma revista dura, cabo de vassoura etc. O que dizer, então, de centro médico-hospitalar emergencial que possui mais recursos, e a negativa de profissional de saúde ao menos examinar e imobilizar, por exemplo, o tornozelo. Infelizmente há uma verdade desumana em nosso país: descaso à vida em detrimento do lucro.

Nos estabelecimentos públicos de saúde faltam materiais, medicamentos. Ainda há a superlotação e os desvios de verbas públicas que transformam esses estabelecimentos em centros de torturas medievais. Os profissionais de saúde se encontram sobrecarregados pela precariedade de recursos dentro dos próprios estabelecimentos. Em certos momentos tais profissionais têm que sortear quem vai viver ou morrer. Porém, não quer dizer que não há profissionais que não respeitam o juramento de Hipócrates, pois o mínimo de humanidade é esperado.

Nos estabelecimentos privados prestadores de serviços de saúde, os profissionais de saúde são vigiados e doutrinados para não causarem prejuízos econômicos às próprias empresa, em poucas palavras, que o consumidor se dane. Dessa forma, a prestação de serviço de saúde vira uma agonia aos consumidores que devem esperar a intervenção Divina ou da ANS (Agência Nacional de Saúde).

Todavia, a área de saúde vem se tornando campo visionário de lucros. São poucos os profissionais que se prendem ao juramento de Hipócrates. Há médicos que “vendem” medicamentos através de receituários com medicamentos [tipo de laboratório] específicos, pois assim ganham comissões das indústrias farmacêuticas.

Por produtividade – ganhar mais dinheiro -, muitos profissionais de saúde atendem seus pacientes às pressas. Alguns profissionais chegam ao cúmulo de não olharem para os seus pacientes e logo receitam medicamentos.

Os erros médicos são causas de várias complica es aos pacientes. Os erros são tantos que existe a Associa o das Vítimas de Erros Médicos (AVERMES).

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) lançou em 2001 o GUIA DA RELA O MÉDICO-PACIENTE. No guia há: responsabilidade profissional; especialidades médicas com mais denúncias; principais queixas etc.(disponível em: http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&a o=detalhes&cod_publicacao=4).

Referências:

[1] – Juramento de Hipócrates. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CRM-SP). Disponível em:. Acesso em: 1 ago. 2014

[1.1] Juramento do Médico (Declara o de Gen bra). Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (SP). Disponível em: < https://docs.google.com/viewer?docex=1&url=http://www.dhnet.org.br/dados/guias/dht/guia_crem_sp_... . Acesso em: 1 ago. 2014.

[2] – Veja. Com. As carreiras mais promissoras para os próximos dez anos. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18987&catid=1... . Acesso em 1 ago. 2014. [3] – Constitui o da

Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946. Universidade de São Paulo - USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em:. Acesso em: 1 ago. 2014

[4] Palmeira, Guido. A acupuntura no ocidente. Disponível em:. Acesso em: 1 ago. 2014

[5] Neves, Nedy Cerqueira. Ética para os futuros médicos: é possível ensinar? / Nedy Cerqueira Neves. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2006. Disponível em:<
http://www.portalmedico.org.br/arquivos/etica_futuros_medicos.pdf> .

[6] – MENDES, WYARA QUINTA. A DIFICULDADE DOS PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM PARA O CONTROLE DAS IATROGENIAS. SÁBADO, 26 DE JANEIRO DE 2013. Disponível em>
< <http://www.portaleducacao.com.br/educacao/artigos/30098/a-dificuldade-dos-profissionais-de-enfermage...> . Acesso em: 1 ago. 2014

[7] - Sexto Código de Ética Médica brasileiro. Conselho Federal de Medicina (CFM). Disponível em: <
<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/>> . Acesso em: 1 ago. 2014

[8] - Revista Bioética 2009 17 (1): 41 – 53. Uma visão assistencial da urgência e emergência no sistema de saúde. Disponível em:. Acesso em: Acesso em: 1 ago. 2014

- [9] – Hospital Santa Cruz. Saiba qual é a diferença entre urgência e emergência. Disponível em: <
http://www.hospitalsantacruz.com/index.php?option=com_content&id=264:saiba-qualea-diferenca-en... . Acesso em: 4 ago. 2014
- [10] PERGOLA, A. M., ARAUJO, I. E. M., O Leigo em Situações de Emergência, Revista da Escola de Enfermagem da USP, v. 42 p. 769 a 775, dezembro 2008, São Paulo
- [11] – Rios, Josué Oliveira. Guia dos Seus Direitos. 12ª ed. São Paulo. P. 597.
- [12] - ACERCA DO ATENDIMENTO A PESSOAS INVÁLIDAS E/OU ACIDENTADAS EM VIAS PÚBLICAS. PARECER CREMERJ Nº 169/2006. Disponível em: <
http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmrj/pareceres/2006/169_2006.htm> . Acesso em: 5 ago. 2014
- [13] - Atendimento a pacientes externos durante o plantão em Hospital sem Serviço de Emergência funcionante. PARECER CREMEC Nº. 13/99 14/06/99. Disponível em: <
<http://www.cremec.com.br/pareceres/1999/par1399.htm>> . Acesso em: 5 ago. 2014
- [14] - Médico plantonista, mesmo de hospital que não dispõe de Serviço de Emergência para atendimento a recém-nascidos externos. PARECER CREMEC Nº. 06/2003 24/02/2003. Disponível em: <

<http://www.cremec.com.br/pareceres/2003/par0603.htm>> . Acesso em: 5 ago. 2014

[15] - Médico de hospital privado ser obrigado a prestar atendimento a paciente em situação de urgência, em local próximo, fora das instalações do PS. Centro de Bioética CREMESP. Disponível em: . Acesso em: 5 ago. 2014

A FUNÇÃO DO ESTADO NA APLICAÇÃO DO DIREITO

MARIANA CAROLINA CRUZ DE SANTANA: Bacharelanda em direito pela Faculdade Ages.

RESUMO: O Estado desempenha um importante papel na aplicação e manutenção do direito na sociedade. Para que isso ocorra, o Estado, precisa desenvolver alternativas que possibilitem o acesso à justiça. Nesse sentido, este trabalho pretende verificar os principais problemas que afetam a plena utilização do direito, através de uma análise histórica e de alguns setores da vida social. Apesar das diversas ferramentas disponibilizadas pelo Estado para garantir a eficácia das leis ainda existem inúmeros desafios a serem desfeitos para que elas possam ser plenamente aplicáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; direito; acesso à justiça; sociedade; leis.

1 INTRODUÇÃO

O Estado desempenha inúmeras funções dentro da sociedade, sendo que a regulamentação das leis é uma de suas mais importantes atribuições. Nesse sentido, é possível analisar importantes aspectos que contribuem para a ineficácia das normas no meio social, assim como, as alternativas que podem ser adotadas com o objetivo de validá-las.

A análise sobre a aplicação do direito nas sociedades apresenta uma série de discussões, visto que, embora sejam uma ferramenta na condução da ordem e do desenvolvimento, as normas jurídicas, nem sempre apresentam uma aplicação efetiva no meio social, o que impossibilita o acesso à justiça pelos cidadãos que nela convivem.

Como pode ser observado, além das dificuldades de se regular uma sociedade através da simples observância da lei, existem diversos problemas de caráter social, econômico e até mesmo político que impedem sua eficácia. Nesse sentido, o Estado assume uma série de responsabilidades que vão além da seara jurídica, permeando alguns setores da vida em sociedade.

Através do estudo dos problemas que dificultam a efetividade das leis, também é possível destacar algumas medidas que podem ser adotadas para minimizar o desrespeito aos direitos dos cidadãos. Nesse diapasão, é possível apontar as fragilidades do próprio ordenamento jurídico, que, muitas vezes, de forma descontextualizada, propõe leis que de sua origem já são ineficazes, pois desconhecem o seu campo social de aplicação.

Para o estudo das questões aqui trabalhadas, também será necessário uma análise de alguns aspectos históricos que contribuíram para o desenvolvimento das práticas normativas desempenhadas pelo Estado a fim de garantir o bom entendimento das reais funções dessa estrutura junto à sociedade.

2 A FUNÇÃO DO ESTADO NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Muito se discute sobre o papel do Estado no desenvolvimento do direito, por isso a análise dos aspectos históricos e sociais que norteiam tal tema é de extrema importância para a compreensão dessa discussão. Nesse aspecto, podemos perceber que o desenvolvimento do Estado e de suas funções foram de extrema importância para a organização das sociedades como um todo e para a compreensão dos problemas aqui apresentados.

Com a formação da sociedade, fez-se necessário a criação de um poder capaz de preservar os direitos e deveres firmados entre os homens

objetivando, com isso, uma convivência pacífica e harmoniosa entre eles, nesse aspecto, Dallari aponta que “o Estado é um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa” (p.14, 2007). Nesse contexto, Carnelutti descreve o Estado como sendo uma “sociedade juridicamente ordenada”, ou seja, uma sociedade organizada através de leis e normas.

Através de um conceito ainda mais moderno, Marilena Chaui afirma: “O Estado se apresenta como origem da sociedade, como um poder capaz de instituí-la a partir do zero. Matéria sem forma, a sociedade vem à existência pela ação criadora do Estado, que lhe dá organização e se põe como centro e sentido dela”(2006, p. 142), nesse contexto, o Estado também se apresenta como um organismo responsável pela ordem e equilíbrio da sociedade.

O Estado segundo Hobbes é “uma pessoa de cujos atos se constitui em outrora uma grande multidão, mediante pactos recíprocos de seus membros, com o fim de que essa pessoa possa empregar a força e os meios de todos, para assegurar a paz e a defesa comuns”(p.148, 2003). Nesse aspecto, o Estado assume o papel de regulador das relações sociais possibilitando o desenvolvimento e a autonomia de cada cidadão dentro dos limites previstos em lei.

Diante dessa análise, Zaffaroni, traz uma discussão acerca dos posicionamentos contrários à figura do infrator dentro da sociedade, apontando que o criminoso, dentro de um Estado de direito, não deve ser tratado como um *inimigo*, visto que, “a introdução do *inimigo* no direito ordinário (não propriamente bélico ou de guerra), de um Estado de direito o destrói, porque *obscurece os limites do direito penal invocando a guerra*,

e os do direito humanitário invocando a criminalidade” (2007, p. 171), nessa perspectiva, Zaffaroni discorda da utilização desse termo para definir os indivíduos que descumprem a lei, mas admite que, Estado, tem o importante dever de punir os indivíduos que transgridem as leis, a fim de garantir a sua supremacia e a ordem da sociedade.

No que diz respeito à participação do Estado no setor econômico-social existem muitas críticas a respeito do tratamento dado aos indivíduos de classes sociais mais baixas, sendo possível identificar na fala de filósofos, como Engels, duras críticas ao Estado, visto que, ele expõe sua fragilidade e ineficiência perante o poder privado, ao afirmar que "a força de coesão da sociedade é o Estado, que, em todos os períodos típicos, é exclusivamente o Estado da classe dominante e, essencialmente uma máquina destinada a reprimir a classe oprimida e explorada" (CODATO, 1998, p.1). Nesse aspecto, podemos perceber que, embora a atual Constituição Federal esteja fundada, também, no princípio da igualdade ainda existem muitas dificuldades para tornar esse princípio plenamente eficaz.

Embora tenham existido inúmeras falhas na aplicação das leis impostas pelo Estado, falhas estas que se refletem até hoje nas classes de indivíduos menos abastados, no decorrer dos anos, as sociedades foram se desenvolvendo e tornando-se cada vez mais críticas, passando a exigir seus direitos. Tais exigências foram, pouco a pouco, adequadas às normas reguladoras das sociedades, sendo encontradas, hoje, nos seus mais diversos campos. Nesse ponto, podemos perceber que até nas relações entre particulares o Estado pode intervir para impedir qualquer abuso e desrespeito às funções por eles desempenhadas, por isso, Roboredo afirma:

Entendemos que essa intervenção do Estado faz-se necessária, uma vez que o contratante economicamente forte, podendo estabelecer livremente o conteúdo de um contrato, certamente estabeleceria cláusulas que o deixariam em vantagem absurdamente maior, em relação ao contratante fraco (...) (2007, p. 63).

A partir desses conceitos analisados sobre o Estado e sua função reguladora, cabe mencionar que, “o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, *regula ainda o modo com o qual se devem produzir as regras*. Sói dizer-se que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa”(BOBBIO, 2011, p. 58), sendo assim, pode-se perceber que o Estado, a partir do conjunto de leis que elabora, é responsável pela construção de cada norma presente na sociedade, não limitando sua função, apenas, à aplicação das normas e suas sanções.

Diante das discussões apontadas ao longo texto podemos observar que o Estado apresenta duas funções bastante relevantes, elaborar as leis que regem a sociedade e oferecer subsídios para que elas possam ser aplicadas. Nessa perspectiva, podemos perceber que o acesso à justiça faz parte da função do Estado, visto que, ele deve garantir os meios que possibilitem a aplicação das normas para os indivíduos que tenham ou não condições de pleitear seus direitos num tribunal, pois como um ente responsável pelo bem-estar e pela organização da sociedade, ele não pode deixar que qualquer problema de caráter social influencie no cumprimento da lei.

Ressaltando a discussão acerca do acesso à justiça, pode-se perceber que na Constituição brasileira existem muitos artigos que buscam garantir

tal direito, a exemplo, podemos destacar o art.5º, caput, e os incisos: XXXIV, LXXIV, LXXVI, que embora não representem a totalidade dos artigos que discorrem sobre as garantias do pleno acesso à justiça, são capazes de exemplificar o posicionamento constitucional a respeito dessa discussão.

Ao se analisar alguns pontos referentes à incapacidade do Estado em tornar efetivo o acesso à justiça pode-se perceber que os altos custos judiciais, prejudicam bastante o andamento do processo, visto que, os advogados e seus serviços são muito caros e tal questão, somada ao tempo que um processo pode demorar, torna ainda mais difícil a tentativa de se cobrar na justiça os direitos previstos na lei. Além disso, a falta de aptidão dos indivíduos para reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível também se torna um grande problema, visto que, acaba tornando comum a prática de abusos por determinadas pessoas ou empresas dentro do meio social e, nesse ponto, pode-se destacar a insuficiência do Estado em propor programas de assistência ou mesmo de informações que auxiliem o indivíduo na tarefa de exercer seus direitos.

Em relação à questão da proteção aos interesses difusos, sendo eles os interesses coletivos, a discussão esbarra tanto na competência do Estado para legislar quanto na falta de meios que tornem satisfatória a luta por tais direitos, pois, como afirma Cappelletti: “ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação” (1988, p. 26).

De acordo com os problemas acima mencionados, podemos perceber que muitas das dificuldades que atrapalham o acesso à justiça decorrem da

falta de estrutura do próprio Estado em prover os meios necessários para a assistência judiciária, sendo assim, cabe a ele a propositura de ações que busquem melhorar os problemas dessa natureza para que os cidadãos possam usufruir plenamente de seus direitos.

Dentre as possíveis soluções para a concretização do acesso à justiça, podemos destacar a assistência judiciária para os pobres, nessa perspectiva, cabe ao Estado remunerar a trabalho dos advogados que atuam em nome desses cidadãos, além da redução dos custos dentro de um processo, para que mesmo as questões relacionadas a pequenas causas tenham validade e importância no contexto social. Mas, no que concerne à representação dos interesses difusos cabe ao Estado promover a ampliação da legitimidade dos indivíduos ou grupos de indivíduos para propor as ações que possam proteger os interesses coletivos, pois, apenas a atuação do Estado não serve para repelir os abusos e, nesse aspecto, Cappelletti cita:

“Embora seja ainda o principal método para a representação dos interesses difusos, - especialmente por causa da relutância tradicional em dar-se legitimidade a indivíduos ou grupos para atuarem em defesa desses interesses - ‘ação governamental’ não tem sido muito bem sucedida” (1988, p. 51).

Outra opção para tornar o acesso à justiça uma realidade efetiva é a modificação do próprio direito, seja no âmbito material, seja no âmbito formal, a fim de oferecer melhores condições aos indivíduos que pretendem buscar na justiça seus direitos. Nesse ponto, podemos mencionar as reformas dos procedimentos judiciais, que podem ser concebidas através da utilização de alternativas que reduzam os altos custos processuais, além

da utilização de procedimentos mais simples e, até mesmo, de julgadores informais.

Em relação às propostas analisadas a mais relevante, segundo Cappelletti, “se caracteriza pelo que podemos denominar de *desvio especializado* e pela criação de *tribunais especializados*” (1988, p. 90). Tal proposta consiste em oferecer às pessoas que buscam soluções para causas consideradas “pequenas”, baixos custos, informalidade e rapidez, para que assim os indivíduos possam ter melhores chances de pleitear seus direitos sem ter que recorrer aos tribunais regulares.

A partir dessa discussão, pode-se entender que, a ampla difusão do “enfoque do acesso à justiça” é um importante passo para a concretização das reformas que buscam atender às necessidades das pessoas na reivindicação de seus direitos. Pois, além de ajudar a permitir o amplo acesso dos cidadãos à justiça também é responsável por inúmeras melhorias dentro do sistema judiciário e, conseqüentemente, dentro do próprio Estado, visto que, é dele a responsabilidade de promover o acesso à justiça. Entretanto, tais características, embora positivas são, apenas, o começo dessa grande caminhada rumo à concretização e efetivação dos direitos pertencentes a todos os indivíduos que vivem na sociedade.

Diante do que foi estudado podemos perceber que o Estado, embora necessite de reformas que ajudem a tornar o acesso à justiça uma realidade para todos, tem como objetivo regular as relações entre os indivíduos através das leis e de sua efetividade, nesse aspecto, Cintra, Grinover, Dinamarco acreditam que:

(...) trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico

preservado em sua autoridade e a paz e a ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade) (2009, p. 149).

Nesse sentido, o Estado, como ente responsável pela organização da sociedade, deve sempre exercer seu poder através das leis por ele elaboradas primando sempre pela igualdade e proteção dos direitos que todos os indivíduos apresentam a fim de garantir sua supremacia diante de todos os cidadãos.

3 CONCLUSÃO

A partir da análise das primeiras considerações pode-se perceber que a função precípua do Estado é regular as relações existentes dentro da sociedade em todos os aspectos estruturais nele existentes, seja no plano interno ou no plano externo, tendo sempre a lei como meio orientador.

A partir de então, podemos perceber que não basta apenas para o Estado criar normas para regular a sociedade, o Estado também deve oferecer condições para que elas sejam aplicadas de forma justa e respeitando as particularidades presentes em cada meio social. Nesse sentido, a análise da falta de efetividade do direito dentro da sociedade não deve se restringir apenas a questões referentes ao próprio direito, mas também ao contexto social de aplicação, pois muitas vezes é a falta de estrutura social que leva a inobservância das normas jurídicas.

Por fim, pode-se concluir que, sendo o Estado materializado através das leis, é dele a função de cuidar para que elas tenham efetividade no contexto social e assim possam regular, de fato, as questões as quais o Estado se propõe a interferir. Nessa perspectiva, o Estado deve lutar para que não haja desrespeito às normas por ele impostas e para que a sociedade possa se desenvolver de forma plena, buscando sempre a proteção e a segurança para aqueles que nela convivem.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito. 4ª ed. Campinas: Russell Editores, 2010.

CHAUI, Marilena. Cidadania cultural: O direito à cultura. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CODATO, Adriano Nervo. **“O Estado como Instituição: Uma leitura das Obras Históricas de Marx”**. Ensaios. Paraná, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROBOREDO, Alda Regina Revoredo. A função social do contrato e as cláusulas abusivas. Programa de Mestrado em Função Social de Direito. São Paulo: 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 2ª ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A POSSIBILIDADE/DIREITO DE O MILITAR PASSAR PARA A RESERVA REMUNERADA ACUMULANDO PROVENTOS COM A REMUNERAÇÃO DE PROFESSOR

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:

Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo, a explanação do caso dos militares que se aposentam, entrando na denominada reserva, após o decurso do prazo de contribui o legalmente estabelecido para a concessão da aposentadoria, e a possibilidade de cumularem subsídios provenientes do exercício concomitante do magistério em institui o educacional pública ao qual também prestaram seus serviços.

A questão   demasiadamente controversa especificamente nas forças armadas: sob a  tica da consultoria jurídica do Ministério da Defesa e do Comando Aeronáutico, inexistente a possibilidade de acumula o de vencimentos (reserva + exercício do magistério), ao passo que, segundo entendimento da Marinha e de alguns constitucionalistas, tal possibilidade seria plenamente possível.

DESENVOLVIMENTO:

Sob o ponto de vista constitucional, centralizado na Lei Maior, em seu artigo 37, inciso XVI, não são   permitido a acumula o, como inexistente vedac o em casos especialíssimos de dois cargos de professor, um cargo de professor com outro técnico ou científico ou de dois cargos

ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas.

Para o ínclito doutrinador José Afonso da Silva, temos que:

“Autorizam-se, contudo, exceções, para possibilitar a acumulação nos seguintes casos: (a) dois cargos de professor; (b) um cargo de professor com outro técnico ou científico; (c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de. Saúde, com profissões regulamentadas. A redação primitiva do art. 37, XVI, autorizava as exceções, consignadas em suas alíneas; assim, em se tratando de exceções, não comportava extensão a empregos e funções, e nesse sentido dispõe o inciso XVII do mesmo artigo, dizendo que “a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange as autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”. Posteriormente, contudo, a Emenda Constitucional 34/2001 deu nova redação à alínea “o” do mc. XVI, admitindo a acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Na verdade o que essa emenda fez foi tomar permanente a disposição transitória contida no § 2º do art. 17 do ADCT, conforme se ‘observará no respectivo comentário’ (Comentário contextual à Constituição, Malheiros Editores, 7ª. ed., 2010, São Paulo, p. 349).

E continua com a sabedoria que lhe é ímpar:

“Igualmente, é vedada a percepção simultânea de proventos da aposentadoria do art. 40 (titulares de cargos efetivos da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e suas autarquias e fundações) ou dos arts. 42 (Polícia Militar) e 142 (Militares das Forças Armadas) com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados: a) os cargos cumuláveis na forma vista supra; (b) os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (Emenda Constitucional 20/1998), sempre respeitado o teto do art. 37, XI” (Ob. cit. p. 349).

Reza o inciso XVI do artigo 37, na redação outorgada pela Emenda Constitucional nº 19/98, com destaque á letra “b”, que autoriza a cumulação de cargo técnico com o de professor, desde que compatível a cumulação de funções relativamente aos horários em que devam ser exercidas, vejamos:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

a) a de dois cargos de professor; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001\).](#)

Traduzindo em miúdos, um técnico que seja professor universitário, na ativa, pode cumular cargos e, naturalmente,

remunerações, desde que haja compatibilidade de horários - o que, no caso dos militares, dificilmente ocorreria, todavia, nos casos envolvendo-se servidores aposentados ou militares na reserva, o único impedimento que seria a incompatibilidade da horários, desapareceria completamente ante a aposentadoria remunerada.

Tanto é assim, que o C. Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de tal cumulação, caso o aposentado remunerado exerça as mesmas funções permitidas pela Lei Suprema, todavia esteja na ativa ou invés de na reserva.

A vedação da acumulação de vencimentos com proventos advém da diferenciação de ambos institutos: enquanto os vencimentos são percebidos por servidores que se encontram na ativa, no exercício atual e contínuo de seus respectivos cargos, os proventos percebidos mensalmente pelos aposentados ou denominados na reserva decorrem

A proibição de acumulação de vencimentos com proventos decorre, na realidade, de uma regra simples: é que os vencimentos, que são percebidos pelos servidores públicos ativos, decorrem de um exercício atual do cargo, enquanto que os proventos dos aposentados decorrem de um exercício passado. Ambos, entretanto, vencimentos e proventos, constituem remuneração decorrente do exercício — atual ou passado — de cargos públicos, ou de empregos e funções em autarquias, empresas públicas, sociedades de economia e fundações mantidas pelo poder público (C.F., art. 37, XVI e XVII, art. 40).

Exatamente por tais motivos, é que essa acumulação de vencimentos e proventos incide na regra proibitiva, porque ambos —

vencimentos e proventos — constituem remuneração decorrente do exercício de cargo público.

A própria constituição, em seu artigo 37, XVI, estabelece que “é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos”, observadas as exceções por ela previstas, de maneira que a vedação a acumulação remunerada decorrente do exercício de cargos públicos, de forma que a observação das exceções previstas e acima citadas, é a conformação da sua possibilidade de acumulação.

Sendo assim, pautados no princípio da isonomia, tanto o servidor público na ativa, ou seja, em pleno em exercício, quanto o retirado/aposentado, portanto, na reserva, gozam do mesmo regime jurídico permitido pela lei constitucional suprema, muito embora o militar, quando se encontre na ativa, deva respeitar o disposto no artigo 142, § 3º, inciso III, que disciplina:

“Art. 142.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998\)](#)

.....

III - O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de

afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998\)](#).

O oficial da reserva usufrui da justa remuneração assegurada pelo tempo de trabalho e com as restrições próprias da carreira militar, podendo, inclusive, ser chamado à ativa em tempo de guerra e não podendo desafiar as autoridades militares, por manifestações públicas desabonadoras, entre outras implicações, sendo permitido a possibilidade de cumulação de militares desde que na reserva e não existindo incompatibilidade de horários.

Á corroborar com o aduzido, cumpre trazeremos á baila o entendimento dos ínclitos ministros e juristas Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, senão vejamos:

Ao comentar o inciso II, do § 3º, do artigo 142, embora entendendo que o militar na ativa não pudesse cumular, admito a possibilidade da cumulação na reserva: “Para evitar descuidos, concessões políticas, tentações de cargos civis relevantes, o constituinte preferiu consagrar a vedação na Lei Suprema, objetivando exigir uma opção vocacional do militar. Se desejar atuar na área civil, deverá deixar de ser militar na hora, embora conserve as prerrogativas da reserva” (grifos não constantes do texto original) (Comentários à Constituição do Brasil, 5º volume, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, São Paulo, 2ª. ed., 2000, p. 185).

É a própria Constituição federal em seus artigos 37, 142, §3º, inciso II, respectivamente, quem claramente, admite que os vencimentos dos ativos e os proventos dos inativos sejam acumulados, desde que

“observadas as exceções” previstas nesta e, nos casos dos militares da reserva muito mais razão lhes assiste vez que o próprio artigo 142, § 3º, inciso II não veda, pelo contrário, autoriza haja vista a compatibilidade de horários advindos da reserva do militar, não havendo na Constituição federal proibição para tal hipótese de cumulação de cargos por dois anos.

Desta feita, sob á luz da CF/88, caso o militar esteja na reserva, não havendo ainda que se cogitar em incompatibilidade de horários, haja vista o mesmo encontrar-se aposentado, nem tampouco de matérias diante desse último requisito encontrar-se previsto na própria CF/88, há de ser considerada juridicamente legítima a possibilidade a possibilidade de o militar da reserva acumular os proventos da inatividade com o exercício e a remuneração com cargo de professor a que se refere o artigo 37, XVI, “b”, da Constituição de 1988”.

Informa-se ainda que a legislação, criou restrições apenas à acumulação dos militares em atividade (art. 142, § 3º, II e III), que devem passar para a reserva e assim tomar posse em outro cargo ou emprego; excepcionando e autorizando a de professor com técnico ou científico, na reserva, sendo essa posição adotada pela doutrina e jurisprudência, em favor das pretensões de acúmulo de funções e remunerações de oficial da reserva com a de professor, preservando-se a isonomia entre funcionários civis e militares, como ordena a legislação constitucional.

CONCLUSÃO:

Em suma, temos que as exceções insculpidas no inciso XVI, letra “b” são válidas para servidores na ativa ou aposentados, aplicando-se tanto a técnicos quanto a cientistas, de forma que os militares na ativa,

por dois anos, e na reserva podem lecionar com cumulação de vencimentos, à luz dos artigos 5º, inciso XIII, que garante o direito ao trabalho e o artigo 7º, inciso VII, que proíbe o trabalho escravo. Ressalta-se que o § 10 do artigo 37 da CF admite exceções, aqui explicitadas e que o artigo 11 da EC. nº 20/98 só cuida de aposentadorias cumuladas e não de vencimentos da ativa com proventos de aposentadoria, não podendo ser avocada ao presente estudo, de forma que o militar passando para a reserva, pode cumular os proventos de sua aposentadoria com os vencimentos do magistério decorrentes da sua assunção de cargo para o qual tenha concorrido e, aprovado com louvor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, Ed. Saraiva, vol. 1, 3ª. ed., 2000, São Paulo.

Comentários à Constituição 1988, vol. 1, Forense Universitária, 1ª. ed., 1989, Rio de Janeiro.

Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, 3ª. ed. 2004, São Paulo.

Dicionário Jurídico, Ed. Saraiva, vol. 4, 1998.

Editora Saraiva, 2ª. ed., 2000, São Paulo, Celso Ribeiro Bastos.

Comentário contextual à Constituição, Malheiros Editores, 7ª. ed., 2010, São Paulo.

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA - SC: O DIREITO DE RETORNO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA.¹

Ismael Córdova²

RESUMO: Este artigo visa analisar a questão do tempo de permanência previsto em lei para o retorno de crianças e adolescentes ao convívio familiar e comunitário acolhidos em Serviços de Acolhimento Institucional do município de Criciúma - SC. A demora demasiada deste retorno pode ocasionar a perda da referência familiar. Na ocorrência da referida demora serão identificados os motivos que levam crianças e adolescentes a excederem o tempo de acolhimento previsto legalmente, bem como avaliar o atendimento do direito à convivência familiar e comunitária nos serviços de acolhimento institucional para crianças e adolescentes do município.

Palavras-chave: Crianças e Adolescentes. Acolhimento Institucional. Convivência familiar e Comunitária.

ABSTRACT: This article aims to analyze the issue of residence time provided by law for the return of children and adolescents to family and community life welcomed in Institutional Home Services municipality of Criciuma - SC . The delay too much of this return may result in loss of familiar reference. In the event of such delay will be identified the reasons why children and adolescents to exceed the predicted reception time legally, and to assess compliance with the right of family and community life in residential care services for children and adolescents in the city.

Keywords: Children and Adolescents. Institutional welcome. Community and family life.

¹ Artigo apresentado ao Curso de Especialização em Sistema Único de Assistência Social – SUAS e o Trabalho Interdisciplinar da Faculdade SATC, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

² Ismael Córdova. Advogado, acadêmico do Curso de Especialização em Sistema Único de Assistência Social – SUAS e o Trabalho Interdisciplinar. E-mail: cordovaismael@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

“Quando vejo uma criança ele me inspira dois sentimentos: ternura pelo que ela é, e respeito pelo que poderá ser.” PIAGET

A motivação por este tema surgiu com o intuito de avaliar se a implantação de novas legislações e orientações a partir de 2009 vem mudando a realidade dos acolhimentos institucionais. Esse artigo apresenta um estudo realizado por meio de pesquisa bibliográfica, pesquisa exploratória e pesquisa de campo. Para a realização do estudo utilizou-se como instrumentos a entrevista e aplicação de questionário sobre os serviços de acolhimento institucional na modalidade de abrigo na Instituição de Acolhimento Provisório Lar Azul e na Associação Beneficente Nossa Casa do município de Criciúma. Teve como objetivo analisar o perfil das crianças e adolescentes acolhidos, bem como detectar as possíveis causas, dificuldades e ações das equipes técnicas dos Serviços e do Sistema de Garantia de Direitos para possibilitar o desligamento e a reinserção familiar e comunitária, respeitando o Estatuto da Criança e do Adolescente ECA, o Plano de Convivência Familiar e Comunitária, o Caderno de Orientações Técnicas para Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes e a Tipificação Nacional dos Serviços Sociassistenciais.

Inicia com a contextualização da institucionalização em nosso país, descrevendo desde o século XIX, onde surge à roda dos expostos, até os dias atuais com as legislações acima citadas analisando a violação dos direitos ao longo do tempo.

Em sua segunda parte, será abordada a temática acerca do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes. Em seguida será relatada a contextualização do acolhimento institucional no município de Criciúma - SC, sendo enfocado, também, o perfil das crianças e adolescentes acolhidos, bem como a gestão dos serviços de acolhimento oferecidos pelo município.

2. EVOLUÇÃO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL NO BRASIL

É indispensável buscar a compreensão da evolução histórica do acolhimento institucional para constatar as inúmeras mazelas que foram produzidas com violações de direitos sociais e humanos inerentes às crianças e adolescentes. O abandono surgiu na época da colonização do Brasil, com instrumentos que tinham como objetivo caritativo e repressivo.

Os críticos descreviam os grandes internatos com “prisões”, onde a infância, como fase fundamental de experimentação, prazer e descobertas, não encontravam espaço de expressão e desenvolvimento sadio. Desde o processo de admissão da criança e do adolescente o sistema (realizado por unidades de recepção ou triagem) iniciava-se a (de) formação da sua identidade o despojamento de seus bens, a numeração, a vivência com regulamentos difusos, hierarquia rígida e funcionários repressores e paternalistas. (GUARÁ, 1998, p.17)

De acordo com PEREIRA entre algumas formas de institucionalização no período colonial, a mais conhecida e que perpetuou, foi a chamada “roda dos expostos”, que consiste em um instrumento feito de madeira fixado em janelas ou muros de hospitais ou igrejas. Tinha como objetivo preservar a identidade de quem colocasse a criança na “roda”, pois ao girar, a criança era direcionada à parte interna da entidade. As rodas dos expostos foram instaladas inicialmente nas Santas Casas de Misericórdia, em Salvador no ano de 1726, Rio de Janeiro em 1738, Recife em 1789 e no início do Império em São Paulo no ano de 1825.

Ressalta-se que a questão de falta de recursos financeiros era a maior justificativa para a entrega das crianças e adolescentes às instituições com o intuito de “proteger”, entretanto, eram nos grandes complexos institucionais que a infância e adolescência tinham os direitos violados, ficavam a mercê da violência física e psicológica, baseada em uma relação de poder, não sendo reconhecidos como sujeitos de direitos, sem privacidade e sem individualidade preservada. Esta característica é o que embasa o olhar de Rizzini: “Isso nos leva a pensar por que o abrigo acaba sendo entendido como um muro que isola e não como um teto que protege.” (RIZZINI, 2004, p. 10).

E considerando a justificativa acima, pode-se observar que a pobreza em nosso país “tem cor”, pois todos os que foram ao longo da história discriminados e explorados por serem índios ou negros, permanecem ainda hoje excluídos socialmente. O pobre quando está diretamente relacionado à infância e adolescência, foi historicamente denominado como “menor”, status diretamente relacionado à condição econômica e também ao convívio familiar que muitas vezes eram tidas como órfãs ou abandonadas, conforme aponta Rizzini:

A análise da documentação histórica sobre a assistência à infância dos séculos XIX e XX revela que as crianças nascidas em situação de pobreza e/ou em famílias com dificuldades de criarem seus filhos tinham um destino quase certo quando buscavam apoio do Estado: o de serem encaminhadas para instituições como se fossem órfãs ou abandonadas. (RIZZINI, 2004, p.13)

Era muito comum as mulheres que davam à luz crianças não planejadas, frutos de vários tipos de relacionamentos e abandonavam aos cuidados das instituições, as crianças tinham como origem famílias em vulnerabilidade econômica. E tal realidade persiste até os dias atuais.

Seguindo na evolução, no século XIX o olhar para a criança e o adolescente tem o viés de proteção e atendimento das necessidades básicas, diferente do século XVII, quando não eram sujeitos de direito e não havia nenhum tipo de proteção e cuidados.

A proteção é positivada no ordenamento jurídico por meio do 1º Código de Menores, em 1927, que distingue delinquentes e abandonados. Neste código, estigmatiza as crianças com o termo "menor" que se torna sinônimo de infância pobre. Neste momento oficializa-se a transferência de responsabilidade das Instituições para o Estado.

No ano de 1979 se estabelece o Novo código de menores, nesta legislação o Estado se torna isento da responsabilidade de manter o sustento de crianças e adolescentes, sendo de responsabilidade dos pais. Esta lei não considerava as condições de vulnerabilidade das famílias, assim os pais que não cumprissem com o seu dever eram punidos de várias formas, podendo até perder os filhos.

Neste novo código, os termos, *menor abandonado* e *menor infrator* são substituídos pelo *menor em situação irregular*, visando à proteção e assistência aos menores de 18 anos que estivessem privados de condições socioeconômicas favoráveis; vítimas de maus-tratos; privados de cuidados dos pais ou responsáveis e autores de infração penal, situações consideradas pelo código como *irregular*.

[..] O menor passou a ser definido como em situação irregular quando privado, ainda que temporariamente, de condições essenciais a sua subsistência, saúde e instrução. Essa nova lógica continuava atribuindo aos pais ou responsáveis o encargo pelas privações da menoridade (SANTOS, 2004, p. 122).

Ainda de acordo com SANTOS, é a partir da década de 1980 que crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos que tem proteção: "[...] a década de 80 consolidou um novo olhar sobre a criança e o adolescente [...]" (SANTOS, 2004, p. 126) . Essa proteção está na Magna Carta de 1988 e, posteriormente, trazida também no Estatuto da Criança e Adolescente – ECA de 1990. A Constituição Federal em seu artigo 227 declara:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, Constituição Federal da República do Brasil, 1988).

Cabe ressaltar que a implantação do ECA colaborou para transformações essenciais no que tange às instituições de assistência e à sua forma como um todo, deixando de ter a visão assistencialista e incorporando como um espaço de socialização e de desenvolvimento. No ano de 2006 foi aprovado o Plano de Convivência Familiar e Comunitária que propõe:

Desde o seu nascimento, a família é o principal núcleo de socialização da criança. Dada a sua situação de vulnerabilidade e imaturidade, seus primeiros anos de vida são marcados pela dependência do ambiente e daqueles que dela cuidam. A relação afetiva com seus pais, ou substitutos, é fundamental para a sua constituição como sujeito, desenvolvimento afetivo e aquisições da própria faixa etária. A relação afetiva estabelecida com a criança e os cuidados que ela recebe na família e na rede de serviços sobretudo nos primeiros anos de vida, tem consequências importantes sobre a sua condição de saúde e desenvolvimento físico e psicológico. (BRASÍLIA - Distrito Federal, 2006)

Garantir que a criança e o adolescente sejam criados em sua família, seja de origem ou substituta, é fundamental para a proteção e um ambiente que possibilite o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes em todos os aspectos.

E com o viés voltado à Política Nacional de Assistência Social (2004), em 18 de junho de 2009, o Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS e o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente - CONANDA, aprovam a Resolução Conjunta nº 01 - Orientações Técnicas: Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Este documento tem a finalidade de regulamentar, a nível nacional, a organização e oferta de Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes no âmbito da política de Assistência Social.

Em 2009, no dia 03 de agosto, foi promulgada a Lei 12.010, intitulada como a “*Lei da Adoção*”, sendo a grande atualização do Estatuto da Criança e do Adolescente. Alguns sugerem que seja chamada da “*Lei de convivência familiar*”, devido a questão de não ser a adoção a única questão a ser tratada, como por exemplo, altera a nomenclatura de abrigo para *acolhimento Institucional*.

Destarte, a predominância da função assistencialista fundamentada apenas na “ajuda” e que oferece locais para crianças e adolescentes abandonadas com o frágil compromisso com as questões desenvolvimentais da infância e juventude visto no Brasil colonialista e imperialista do passado, são superados. Define o ECA em seu artigo 23 que:

Art. 23 A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.
Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais do governo. (BRASIL, 1990)

Atualmente existem programas e benefícios que auxiliam as famílias no que tange a vulnerabilidade econômica, não sendo mais justificativa para o acolhimento institucional a falta de recursos financeiros para manter crianças e adolescentes no convívio familiar e comunitário.

2.1 SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL CONFORME AS NORMATIVAS DO SUAS

Objetivando a melhor adequação às características locais e baseadas em um diagnóstico, o acolhimento de crianças e adolescentes quando detectada a necessidade de afastamento da família de origem pela autoridade judicial, deve ser ofertado nos diferentes Serviços de Acolhimento. De acordo com o Caderno de Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para crianças e adolescentes, o abrigo institucional pode ser definido como:

Serviço que oferece acolhimento provisório para crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva de abrigo (ECA, art. 101), em função de abandono ou cujas famílias ou responsáveis encontrem-se temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção, até que seja viabilizado o retorno ao convívio com a família de origem ou, na sua impossibilidade, encaminhamento para família substitua.
Este serviço deverá ter o aspecto semelhante ao de uma residência e estar inserido na comunidade, em áreas residenciais, oferecendo o ambiente acolhedor e condições institucionais para o atendimento com padrões de dignidade. Deve ofertar atendimento personalizado em pequenos grupos e favorecer o convívio familiar e comunitário das crianças e adolescentes atendidos, bem como a utilização dos equipamentos e serviços disponíveis na comunidade local. (CONANDA & CNAS, 2009, p.67)

O número máximo de usuários é de 20 crianças e adolescentes por equipamento, não poderá ter no equipamento placas indicativas. No que tange aos recursos humanos, existe uma quantidade mínima da equipe técnica que deverão ser obedecidas: 01 coordenador de

nível superior para até 20 usuários, 01 auxiliar de cuidador com nível fundamental para até 10 usuários, 01 assistente social para até 20 usuários, 01 psicólogo para até 20 usuários, 01 educador social/cuidador com nível médio para até 10 usuários.

Existe a exigência também na infraestrutura e espaços que devem comportar: quartos, sala de estar, sala de jantar, ambiente para estudo, banheiro, cozinha, área de serviço, área externa, sala para a equipe técnica, sala para a coordenação e sala para reuniões, sendo todos os cômodos com sua metragem definida pelo Caderno de Orientação Técnica do Serviço.

O serviço de acolhimento na modalidade de casa lar, por sua vez, é:

O serviço de acolhimento provisório oferecido em unidades residenciais, nas quais pelo menos uma pessoa ou casal trabalha como educador/cuidador residente em uma casa que não é sua prestando cuidados a um grupo de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva de abrigo (ECA art. 101), em função de abandono ou cujas famílias ou responsáveis encontrem-se temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção até que seja viabilizado o retorno ao convívio familiar de origem ou na impossibilidade o encaminhamento para família substituta. Este serviço visa estimular o desenvolvimento de relações mais próximas do ambiente familiar, promover hábitos e atitudes de autonomia e de interação social com as pessoas da comunidade. Com estrutura de uma residência privada, deve receber supervisão técnica, localizar-se em áreas residenciais da cidade e seguir o padrão-sócio econômico da comunidade onde estiver inserida. (CONANDA & CNAS, 2009, p.74).

Diferente do Acolhimento Institucional, o número máximo de usuários é de 10 crianças e adolescentes por equipamento, não poderá haver no equipamento placas indicativas. No que tange aos recursos humanos, a exigência é a mesma do acolhimento, contudo, o educador/cuidador é residente. A exigência da infraestrutura e espaços são idênticos aos do serviço de Acolhimento Institucional.

Ainda, de acordo com o caderno de orientação o Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora, define-se como:

Serviço que organiza em residências de famílias acolhedoras cadastradas, e tem a mesma função dos equipamentos anteriores, embora ainda pouco divulgado no país, esse serviço encontra-se consolidado em outros países da Europa.

A especificidade deste serviço é a adequação ao atendimento de crianças e adolescentes cuja avaliação da equipe técnica do programa e dos serviços da rede de atendimento indique possibilidade de retorno à família de origem, ampliada ou extensa. É uma modalidade de acolhimento diferenciada, pois não se enquadra o conceito de abrigo em entidade, nem no de colocação em família substituta, considerando que a família acolhedora não poderá adotar quem estiver acolhido. (CONANDA & CNAS, 2009, p.82)

Nesta modalidade, cada família poderá acolher uma criança/adolescente por vez, exceto quando se tratar de grupo de irmãos. Caso exceda o número de dois irmãos, deverá ser avaliado pela equipe técnica se a família acolhedora é a melhor alternativa. O tempo máximo de acolhimento é de dois anos e é realizado por meio de guarda provisória.

No município de Criciúma existe a Lei municipal nº 5233 de 19 de novembro de 2008, entretanto ainda não houve regulamentação para que se possa oferecer o serviço, somando-se a este item, a falta de equipe específica também é outra problemática para efetivação do serviço.

A república na modalidade de acolhimento institucional se caracteriza como:

Serviço de acolhimento que oferece apoio e moradia subsidiada a grupos de jovens entre 18 a 21 anos em situação de vulnerabilidade e risco pessoal e social; com vínculos familiares rompidos ou extremamente fragilizados em processo de desligamento de instituições de acolhimento, que não tenham possibilidade de retorno à família de origem ou de colocação em famílias substitutas e que não possuam meios para auto sustentação. Com a estrutura de uma residência privada, deve receber supervisão técnica e localizar-se em áreas residenciais da cidade, seguindo o padrão sócio econômico da comunidade onde estiverem inseridas. (CONANDA & CNAS, 2009, p.94)

O número máximo de usuários por equipamento é de seis (6) jovens e devem ser organizadas em unidades femininas e masculinas, sendo que o custeio pode ser subsidiado e gradativamente assumido pelos próprios jovens. Mesmo a Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais estabelecendo a república como alternativa de acolhimento institucional, no município de Criciúma - SC ainda não há previsão de implantação do serviço por vários motivos, considerando a complexidade de manter a estrutura e não existindo demanda que justifique a implantação do serviço.

Existe ainda no município de Criciúma uma alternativa com o intuito de evitar a institucionalização que é o Programa Guarda Subsidiada instituída por meio da Lei nº 5.866, de 20 de junho de 2011, destinado às crianças e adolescentes que estejam com seus direitos violados e em situação de risco pessoal e social, necessitando de afastamento do convívio familiar imediato, porém acolhidos por suas famílias extensas e/ou ampliadas, evitando, assim, o acolhimento institucional e o não desmembramento do grupo de irmãos. De acordo com a lei:

- I – família extensa ou ampliada: aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança e o adolescente convivem e mantêm vínculos de afinidade e afetividade;
- II – convivência familiar e comunitária: o direito assegurado às crianças e aos adolescentes de terem condições protegidas e saudáveis para o seu desenvolvimento e estabilidade nas dimensões do indivíduo e da sociedade: físico, psíquico e social.

Pressupõe a existência da família e da comunidade, como espaços capazes de propiciar à criança e ao adolescente a proteção e a efetivação dos direitos próprios à condição da pessoa em desenvolvimento e, tendo como matriz o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que impõe à família, à sociedade e ao Estado, o dever de assegurar o direito à vida, à saúde e à convivência familiar e comunitária. (CRICIÚMA, Lei nº 5.866 de 20 de junho, 2011).

O Programa Guarda Subsidiada Provisória é um instrumento de garantia de convivência familiar e comunitária e visa auxiliar no custeio de despesas geradas com os cuidados de crianças e adolescentes inseridas em famílias extensas que não disponham de recursos financeiros suficientes para o provimento de suas necessidades básicas. Atualmente existem (17) dezessete crianças e adolescentes inseridas em (9) nove famílias no município de Criciúma.

3. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

É inquestionável a responsabilidade da família no cuidado para preservar a convivência familiar perante o Estatuto da Criança e Adolescente - ECA, que se posiciona contra as antigas formas de acolhimento conhecidas como educandário, orfanatos ou internatos.

Como exemplo, pode-se destacar o parágrafo único do artigo 101, que afirma que o acolhimento institucional será feito em caráter excepcional e provisório. No mesmo sentido, o artigo 23 destaca que: “a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou suspensão do poder familiar”, na sequência, o parágrafo único ressalta que não havendo fato que motive a retirada da criança ou adolescente de sua família, ela deverá permanecer, sendo a família apoiada por meio de programas de inclusão.

Todavia, para que a família possa exercer a sua função de proteção, deverá também ser protegida, necessitando de oportunidades de desenvolvimento material e humano, sendo a comunidade e o Estado agentes subsidiários para criarem mecanismos que auxiliem nesta proteção em âmbito familiar, como está previsto no artigo 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Os direitos expressos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente devem ser respeitados e efetivados entre as esferas governamentais (União, Estado, Municípios, Distrito Federal e sociedade civil); eles visam assegurar um bom desenvolvimento pessoal, intelectual e social para todas as crianças e adolescentes.

E caso ainda assim, houver o afastamento temporário ou definitivo da criança e adolescente do seio familiar, cabe ao acolhimento institucional realizar um trabalho focado em promover a reinserção familiar, seja na família de origem ou na substituta, sempre visando os princípios da excepcionalidade e brevidade.

O número de crianças e adolescentes acolhidas em todo o país ainda é alto, não existe a cultura do respeito aos princípios acima citados, e morosidade de procedimentos administrativos e judiciais são a maior causa da demora na resolutividade do retorno ao convívio familiar e comunitário:

É evidente que a burocracia não é um processo rápido, pois ela deve procurar evitar equívocos, como por exemplo, colocar crianças e adolescentes em famílias substitutas num prazo mínimo, sem garantias de um bom ambiente de convivência. Ou ainda, não se esgotem todas as tentativas para que a criança ou o adolescente permaneça (volte) para a sua família biológica. A demora, no entanto, repetidas vezes, é o período utilizado por esta “burocracia” é esquecido em meio a procedimentos inúteis, dificultando a solução do problema. Por outro lado, a morosidade que atravessa todo o processo de institucionalização, e que envolve todo o percurso (desde a autuação do pedido de providências até a destituição do poder familiar) acarreta um elevado número de crianças e adolescentes “esquecidos” nas instituições à espera por uma família substituta ou para retornar a família biológica que, independentemente de sua origem, possa assegurar um ambiente afetivo, propício ao seu desenvolvimento pleno, garantido o caráter de prioridade absoluta prevista para estes sujeitos (FANTE & LATIF, 2007).

Observa-se uma grande dualidade, de um lado a preocupação para evitar que crianças e adolescentes sejam colocadas em famílias que não ofereçam garantia de direitos previstos em lei e também a afetividade necessária, do outro lado a demora por consequência dessa preocupação que muitas vezes acaba violando o direito de convivência familiar e comunitária, pois mantém as crianças e adolescentes por tempo excessivo nos acolhimentos institucionais. Registra-se também, como um grande desafio entre a legislação e a relevância do princípio da convivência familiar e o cotidiano, sobretudo por parte do Estado, ente responsável para garantir a efetividade do direito fundamental das crianças e adolescentes.

Dentre outras dificuldades que contribuem para o não atendimento a brevidade do acolhimento e que pode ocasionar a demora na permanência nas entidades, pode-se citar o comodismo dos pais, pois seus filhos estão sendo acolhidos, alimentados, vestidos e

escolarizados, assim não assumem as responsabilidades inerentes e muitas vezes não tem nenhum comportamento buscando superar as dificuldades que originam o acolhimento.

Por outro lado, o Sistema de Proteção entende que para atender o melhor interesse da criança e do adolescente, o acolhimento institucional é a alternativa mais apropriada, uma vez que, na busca por familiares, encontram as seguintes situações: parentes sem nenhum vínculo com a criança e o adolescente, pais presos e condenados há muitos anos, pais em recuperação de dependência química ou alcoolismo, avós com idades avançadas e na maioria doentes sem possibilidade de cuidar.

E ainda, nos casos da família se sentir pressionada pelo Sistema de Proteção, não desejando e/ou não querendo a guarda, acabam por aceitar “por obrigação” e deste momento em diante não existe afetividade para com a criança e adolescente, mas sim um favor, um ato de caridade, podendo em muitas vezes decorrer em violência, negligências e abusos contra a criança e o adolescente.

Considerando ainda, o princípio da brevidade do acolhimento institucional, o Estatuto da Criança e Adolescente determina prazo de seis meses até no máximo dois anos para a permanência nos acolhimentos institucionais, conforme disposto no artigo 19 do ECA:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (BRASIL, Estatuto da Criança e Adolescente - Lei 8069 de 13 de julho, 1990).

O tempo médio de permanência das crianças e adolescentes no acolhimento Institucional ainda está muito distante do ideal, ou seja, do previsto em Lei. Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pode-se comprovar a triste realidade do não cumprimento da Lei e violação dos direitos de crianças e adolescentes em nosso país.

Por meio da Resolução nº 71/2011, que determina que todos os promotores com atribuição na área da infância não infracional, elaborassem e fossem emitidos relatório

periódicos e anuais dos acolhimentos institucionais do país com o intuito de obter o diagnóstico com o máximo de informações inerentes a aplicabilidade das Orientações Técnicas de 2009.

Essa estratégia nacional tem como principal finalidade a redução dos índices de institucionalização, bem como reordenar o monitoramento e avaliação dos serviços de acolhimento e fomentar a elaboração dos planos individuais e projeto político-pedagógicos, considerando um grande marco no que se refere o trabalho em rede. O número de entidades de acolhimento institucional no Brasil é de 2.754, sendo que até março de 2013 os promotores inspecionaram 86,1%, totalizando 2.370 (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2013).

Entretanto, no universo de entidades de acolhimento institucional pesquisado, o percentual de crianças e adolescentes que permaneceram no serviço até o período de seis meses não chega a 20%. Em torno de 50% dos atendidos permanecem no serviço entre 6 meses a 2 anos e um número bastante alto, correspondente a aproximadamente 35% dos acolhidos, são mantidos nas entidades por mais de 2 anos, o que corresponde a mais de 10 mil crianças e adolescentes (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2013, p. 51).

Com esses índices, em tempo superior ao determinado, cabe questionar onde pode se melhorar para reduzir estes números. Na esfera do Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e Adolescente, reserva uma grande missão ao Juiz de solucionar os possíveis conflitos individuais, mas também as omissões do Estado, dos pais e da sociedade. A prioridade absoluta estabelecida na Constituição Federal de 1988 prevê que as políticas públicas devem assegurar os direitos fundamentais como convivência familiar, saúde, educação, dignidade e etc.

E quando o Estado, por meio do Poder Executivo, não implementar as políticas públicas inerentes às crianças e adolescentes, caberá ao Judiciário quando provocado, intervir junto ao Executivo para o atendimento dos direitos que estão sendo violados, isto não significa que o Judiciário irá controlar ou implementar políticas públicas, pois esta função é do agente público que foi eleito. Caberá ao Judiciário, por meio das ações civis públicas, darem eficácia aos preceitos constitucionais.

Por fim, o envolvimento do juiz da infância e da juventude no dia-dia do serviço de acolhimento institucional para crianças e adolescentes é de extrema importância o contato direto com os acolhidos, oportuniza ao juiz uma maior sensibilidade e entendimento da realidade, necessidade e angústias das crianças e adolescentes que estão temporariamente longe do convívio familiar, os quais esperam ser “socorridos”. O juiz precisa ter um perfil diferenciado dos demais juízes, ou seja, um perfil muito mais humanizado com o intuito de

reverter, na medida do possível, à dramática situação das crianças e adolescentes privados da convivência familiar e comunitária.

4. CONTEXTUALIZAÇÃO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL NO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA- SC

Existem atualmente no município de Criciúma, dois Serviços de Acolhimento Institucional para crianças e adolescentes, os quais são oferecidos sob a modalidade de Abrigo Institucional. A primeira é a entidade não governamental Associação Beneficente Nossa Casa e a segunda é a entidade governamental Acolhimento Provisório Lar Azul, sob a gestão da Secretaria Municipal de Assistência Social.

A Associação Beneficente Nossa Casa, segundo histórico contido no Projeto Político Pedagógico (PPP), foi criada no dia cinco 05 de junho de 1999, como pessoa jurídica de natureza filantrópica e inaugurada no dia 01 de setembro de 1999, por um grupo de pessoas da sociedade civil do município de Criciúma. Possui uma diretoria executiva, sendo composta por um número mínimo de seis (6) membros da comunidade local, que exercem suas funções gratuitamente. A diretoria é eleita em Assembléia Geral com gestão de dois anos, podendo ser reeleita em conjunto ou separadamente.

A equipe técnica é composta por uma coordenadora (40 horas), uma assistente social (30 horas), uma psicóloga (30 horas) e uma pedagoga (40 horas). Composto ainda, a equipe de funcionários, 1 (um) motorista, 2 (duas) cozinheiras, 2 (duas) serviços gerais e 13 (treze) educadores sociais.

Sua capacidade de atendimento instalada é para até 20 (vinte) crianças ou adolescentes, sendo que a faixa etária para o sexo feminino é entre 0 (zero) e 18 (dezoito) anos de idade e para o sexo masculino é entre zero (0) e 6 (seis) anos de idade.

Das 20 (vinte) vagas oferecidas, 15 (quinze) são reservadas para acolhidos do município de Criciúma e as outras 5 (cinco) são divididas entre os municípios de Siderópolis e Forquilha, sendo que o município de Balneário Rincão está em negociação para firmar convênio. O valor cobrado desses municípios é de dois salários mínimos por vaga, bem como para o município de Criciúma, quando o número de acolhidos ultrapassar o número firmado no convênio que é de 15 (quinze) crianças ou adolescentes.

Atualmente funciona em imóvel próprio, construído e planejado para ser acolhimento institucional e está localizada em área residencial, não possuindo placa de identificação. Porém, a construção não se assemelha a de uma residência, remetendo ao

padrão de instituição. Mantém-se financeiramente por meio de convênio federal, estadual, municipal e doações da sociedade. Não existe acessibilidade, sendo que está sendo realizado projeto para implantação.



A Instituição de Acolhimento Provisório Lar Azul se destinada a adolescentes do sexo masculino, com idade entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Era uma organização não governamental denominada “Casa do Caminho”. Inicialmente era coordenada pela igreja católica e atendia no bairro Vila Zuleima em estrutura que remetia totalmente aos moldes de instituição. Após, foi mantida pela “Fundação Casa do Caminho” até 14 de junho de 2007. Devido dificuldades de ordem administrativas e técnicas, bem como por estar em desacordo com a Lei 8.069/90 Estatuto da Criança e Adolescente – ECA foi repassada a responsabilidade para o município de Criciúma, por meio da Lei nº 5.232, de 19 de novembro de 2008. Até dezembro de 2008, permaneceu nas instalações da antiga Fundação Casa do Caminho, no bairro Vila Zuleima, quando foi alugada uma casa no bairro Michel, de acordo com o que estabelece os atuais pressupostos de atendimento à criança e o adolescente em instituição de acolhimento.

Houve uma segunda mudança, trocando o endereço em 2011 para o bairro Paraíso e, atualmente está localizada no centro da cidade, em imóvel alugado, em área residencial. Não possui placa de identificação, as instalações são amplas e oferecem espaço necessário para o desenvolvimento das atividades previstas no Caderno de Orientações Técnicas. Não oferece, porém, acessibilidade para o atendimento de crianças e adolescentes com deficiência, pois é cercada de escadas.



A equipe técnica é composta por uma coordenadora (40 horas), uma assistente social (30 horas), uma psicóloga (30 horas) e uma pedagoga (40 horas). Compondo, ainda, a equipe de funcionários: 4 (quatro) educadores sociais, 2 (duas) cozinheiras, 1 (uma) serviços gerais e 1 (um) motorista.

As duas instituições estão em desacordo com o Caderno de Orientações Técnicas do Conanda/MDS/2009 p. 68, em relação às especificidades, onde orienta que devem ser evitadas as especializações e atendimentos exclusivos, tais como adotar faixas etárias muito estreitas e direcionar o atendimento apenas a determinado sexo.

Existe, no município, uma lacuna no atendimento para crianças do sexo masculino, compreendida entre a faixa de 7 (sete) e onze anos de idade, que não é contemplada em nenhuma das unidades de atendimento.

Ambas possuem inscrição no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA, bem como o Projeto Político Pedagógico – PPP e o Plano de Trabalho do ano em curso que estão em construção. Não existe previsão de capacitação introdutória e nem continuada, apenas capacitações com no máximo 16 (dezesesseis) horas de aperfeiçoamento para os técnicos, sendo que os educadores sociais não são contemplados. Todas as crianças e adolescentes possuem prontuários, assim como Plano Individual de Atendimento – PIA, os quais são, segundo os técnicos, construídos em um prazo de 15 (quinze) dias após o acolhimento e revistos e reavaliados em período que varia de 3 (três) a 6 (seis) meses. Os objetos de uso pessoal são conservados de forma individualizada e nenhuma das 2 (duas) instituições no momento da visita, estava acima da capacidade de atendimento.

Os vínculos empregatícios e remunerações são precários, gerando rotatividade e conseqüente prejuízo ao trabalho, não permitindo continuidade de ações e melhorias nos serviços prestados. Também não é oferecida capacitação permanente e formação continuada, tampouco admissão por meio de concurso público. Não existe Plano de Cargos, Carreira e Salários PCCS's.

4.1 O PERFIL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES ATENDIDAS NOS ACOLHIMENTOS INSTITUCIONAIS DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA-SC

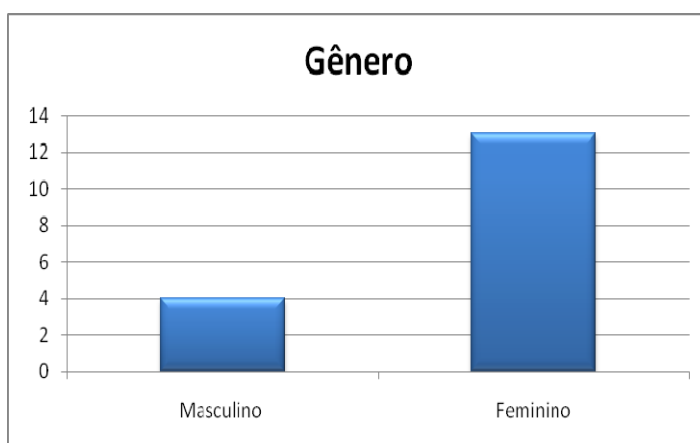
4.1.1 ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE NOSSA CASA

A Associação Beneficente Nossa Casa atendia no momento da visita dezessete crianças e adolescentes.

Destes, existe 5 (cinco) grupos de irmãos, sendo que dois grupos são de gêmeos. O outro grupo é composto por cinco (5) irmãos e, os outros dois (2) grupos, com dois (2) irmãos cada um. Apenas 1 (um) grupo de irmãs é do município de Forquilha, os demais acolhidos pertencem ao município de Criciúma.

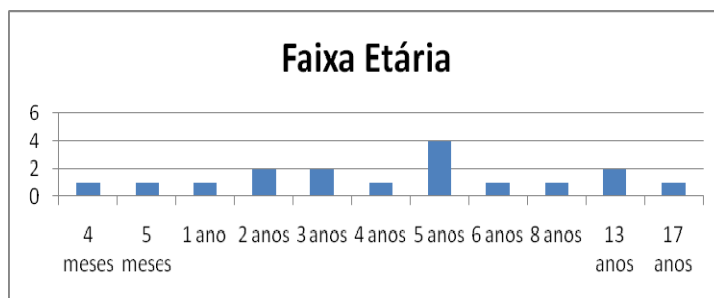
A seguir serão apresentados alguns números coletados nos Serviços de Acolhimento Institucional da Associação Beneficente Nossa Casa:

Das dezessete crianças e adolescentes acolhidos, observa-se que os do sexo feminino são em maior número.



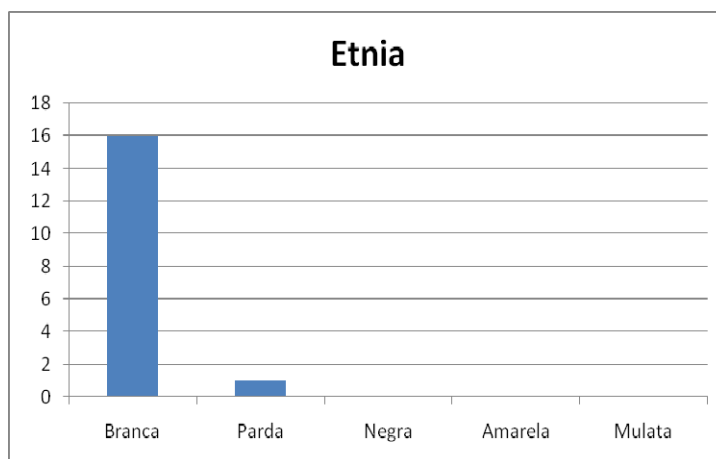
Fonte: Córdova e Pelegrini, 2014.

A faixa etária é bastante diversificada, podendo observar que se encontram acolhidas crianças e adolescentes desde os 4 (quatro) meses até os 17 (dezessete) anos de idade.



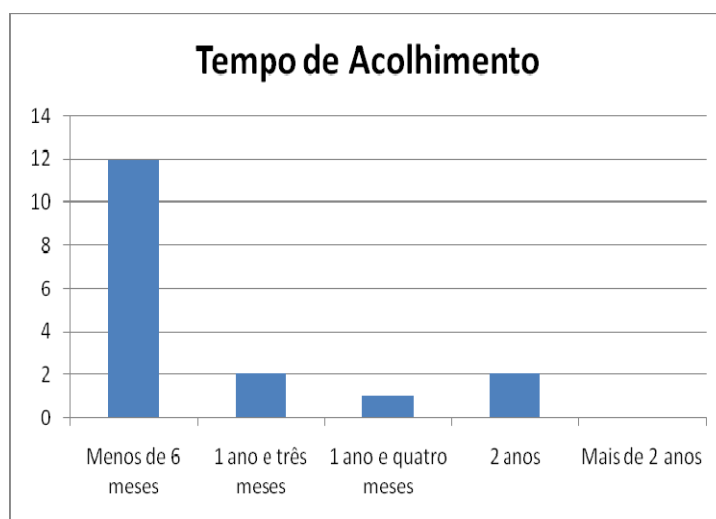
Fonte: Córdova e Pelegrini, 2014.

Neste caso, os números são contrários aos números nacionais e também em relação à outra entidade de acolhimento do município, já que apenas 1 (um) é pardo, não contando com nenhum de raça negra.



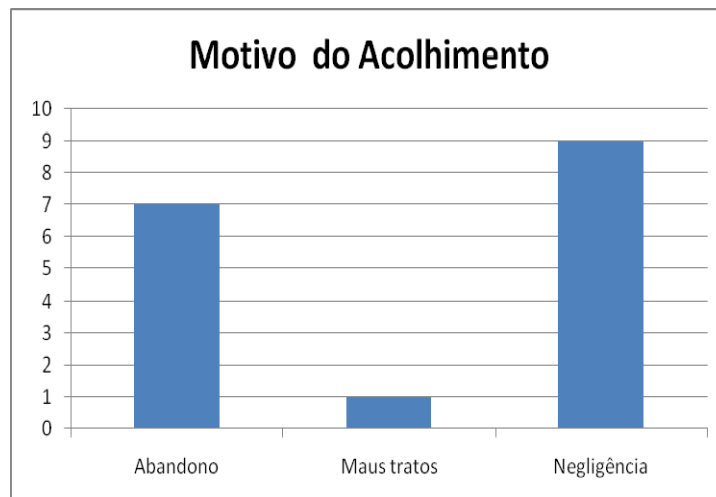
Fonte: Córdova e Pelegrini, 2014.

O tempo de acolhimento está dentro do previsto no art.19 § 2º, do ECA, o qual o tempo máximo de permanência é de 2 (dois) anos. Em relação ao tempo de acolhimento, a entidade apresenta um dado positivo, pois a maioria está acolhida há menos de 6 (seis) meses.



Fonte: Córdova e Pelegrini, 2014.

A negligência e o abandono são as maiores causas de acolhimento, se igualando aos índices nacionais.



Fonte: Córdova e Pelegrini, 2014.

Todos frequentam escola ou Centro de Educação Infantil – CEI, com exceção de três crianças com idade entre 4 (quatro) meses e 1 (um) ano e cinco (5) meses. Quando possível, permanecem na escola da comunidade de origem. Duas adolescentes frequentam o CRAS do território. A maioria recebe visita de algum parente, sendo na maior parte da avó.

O tempo de permanência dos acolhidos, no momento varia entre 1 (um) mês e 2 (dois) anos, tendo como motivo da demora de desligamento, no caso de maior tempo de acolhimento, a espera pelo processo de Destituição do Poder Familiar.

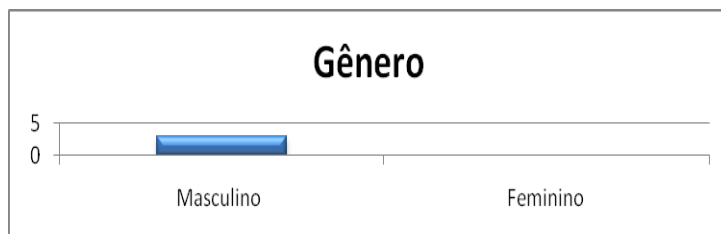
Para que o retorno ao convívio familiar e comunitário seja possível, quer seja para a família de origem, extensa ou substituta, alguns aguardam que suas situações sejam analisadas e os encaminhamentos realizados. Os motivos da espera variam desde o curto tempo de acolhimento, onde muitas vezes ainda não tiveram condições de tomar uma decisão sobre qual o melhor encaminhamento, observando que todas as possibilidades de reinserção na família de origem ou extensa sejam esgotadas visando os princípios da excepcionalidade e da brevidade. Outro motivo é a Destituição de Poder Familiar, o que segundo os técnicos, muitas vezes se prolonga por morosidade judiciária, causando prejuízos às crianças. Por fim, o aguardo dos resultados de exames de saúde para a inclusão no Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo – CUIDA.

Enfim, todos têm sua situação analisada e informada ao Judiciário, por meio de relatórios, PIA e também por audiência concentradas, muitas vezes realizadas na própria instituição com a participação da equipe técnica do acolhimento, formada por profissionais da área da saúde, educação, assistência social, Ministério Público e Poder Judiciário, com o objetivo de analisar de forma mais detalhada, porém de forma coletiva as situações para que as providências que estão sendo tomadas por parte da equipe e do Sistema de Garantia de

Direitos sejam agilizadas e viabilizadas proporcionando mais brevemente o retorno ao convívio familiar e comunitário.

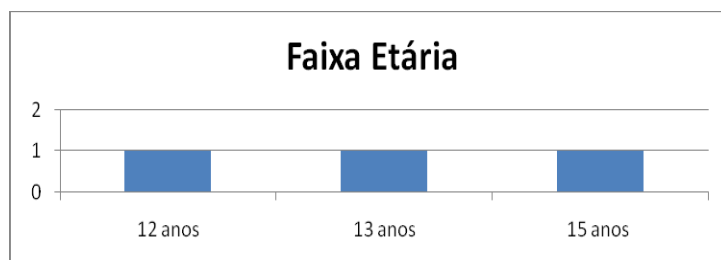
4.1.2 ACOLHIMENTO PROVISÓRIO LAR AZUL

Percebe-se que no momento da visita havia apenas 3 (três) adolescentes , todos do sexo masculino, por ser uma especificidade da instituição.O número baixo de acolhidos é um dado importante, pois demonstra um indício que o princípio da excepcionalidade está sendo observado.



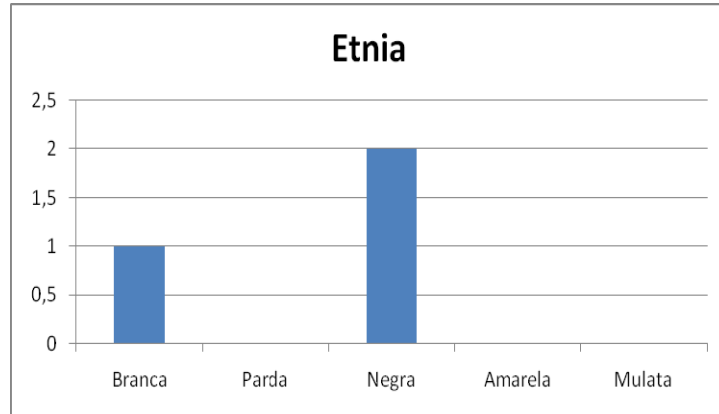
Fonte: Córdova e Pelegrini, 2014.

A faixa etária está de acordo com a legislação da entidade sendo que se observa que cada adolescente possui uma idade diferente.



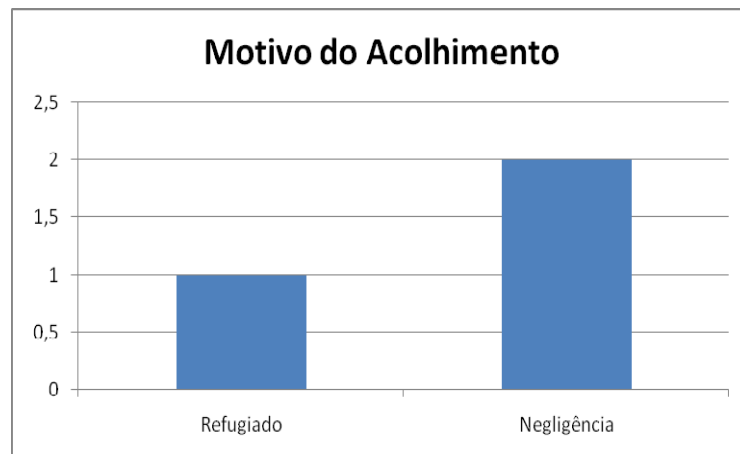
Fonte: Córdova e Pelegrini, 2014.

Neste caso, o que se verifica é que o índice se assemelha à realidade nacional, onde a maioria é negra. Diferente da outra entidade do município, onde a maioria é branca.



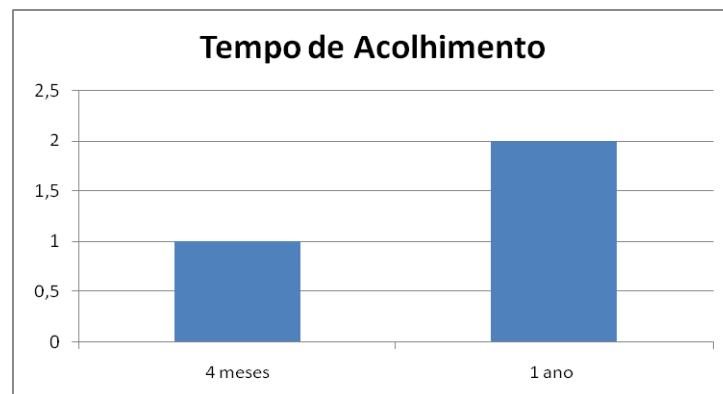
Fonte: Córdova e Pelegrini, 2014.

O motivo do acolhimento também se iguala a índices nacionais, sendo a negligência apontada como maior causa.



Fonte: Córdova e Pelegrini, 2014.

O tempo de acolhimento está dentro do previsto no art.19 § 2º, do ECA, o qual estabelece que o tempo máximo de permanência é de 2 (dois) anos.



Fonte: Córdova e Pelegrini, 2014.

Não há na instituição grupo de irmãos. O adolescente de 12 (doze) anos frequenta o 6º ano escolar, o Centro de Referência de Assistência social - CRAS e o Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS, é órfão de mãe e o pai tem o Poder Familiar Destituído. O motivo do acolhimento é negligência e abandono. Não há previsão de desligamento, porém a perspectiva é de inserção em família extensa junto a um tio.

O adolescente de 13 (treze) anos de idade não frequenta a escola e está em tratamento no CAPS I, devido transtorno de conduta e transtorno bipolar, sendo que já teve 3 (três) internações psiquiátricas. Frequenta ainda o CREAS. O motivo do acolhimento é negligência e abandono. Os pais não têm o poder familiar destituído e não existe perspectiva de retorno ao convívio familiar.

O adolescente de 15 (quinze) anos de idade é órfão de pai e mãe, natural da África, República de Gana, o qual está na situação de refugiado e veio ao Brasil na intenção de trabalhar para auxiliar financeiramente a avó, uma vez que em seu país é permitido que adolescente exerça função laboral. A situação do adolescente está sendo acompanhada pela Polícia Federal, pela Procuradoria da República e pelo Ministério Público Estadual. Frequenta a escola de idiomas para aprender português.

Os adolescentes desta instituição apresentam um perfil de difícil adoção devido à idade e a condição a qual se encontram. Muitas vezes são usuários de substâncias psicoativas, autores de atos infracionais e demais vulnerabilidades. A escolaridade é defasada, sendo que em algumas vezes não é possível a inclusão, como também a permanência nas escolas. A colocação em família extensa encontra muitas barreiras também pelos mesmos motivos, além do enfrentamento da recusa de acolhimento por algum familiar. Existem ainda, muitos entraves no tratamento de saúde mental e para drogadição de adolescentes, sendo que as equipes têm dificuldades para trabalhar estas questões, como também, muitas vezes, além de adolescentes ali estarem por serem negligenciados por pais usuários de substâncias psicoativas, são acolhidos também na instituição, usuários de substância psicoativa que acabam violando os direitos de quem ali está para ser protegido.

5 CONCLUSÃO

Após estudo e análise da bibliografia referenciada e da pesquisa realizada para contextualizar e traçar o perfil das crianças e adolescentes dos acolhimentos institucionais do município de Criciúma SC, tendo como objetivo identificar o tempo de permanência destes

nos referidos equipamentos, percebe-se que os paradigmas após as novas legislações são outros.

As equipes técnicas trabalham para que a convivência familiar e comunitária seja valorizada, quando entendem que a medida de proteção aplicada em relação ao acolhimento tem o objetivo de preparar para o retorno ao convívio familiar e comunitário, fortalecendo os vínculos, tendo em vista a importância destes para a construção de um desenvolvimento saudável.

Crianças e adolescentes são respeitados como sujeitos de direitos, pois se percebe que nas instituições de acolhimento não são mais tratados de forma assistencialista como se este fosse o lugar adequado para permanência e educação ideais, longe das vulnerabilidades econômicas como acontecia anteriormente. Segundo relato dos técnicos é possível perceber alguns equívocos, como por exemplo, a visão por parte de alguns genitores que ao perceberem que seus filhos estão com as necessidades básicas supridas, ou seja, alimentação, vestuário, matrícula e permanência nas escolas, bem como a saúde sendo assistida, acreditam que ali podem se desenvolver e permanecer, ignorando a importância da afetividade e da convivência familiar e comunitária.

Há existência de Planos Individuais de Atendimento – PIA e prontuários, onde é realizada avaliação e acompanhamento regularmente junto ao Ministério Público e Poder Judiciário; os pertences são conservados de maneira individualizados, proporcionando assim a construção de suas identidades; as crianças e adolescentes na medida do possível acessam a rede de serviços como CRAS, CREAS, escolas, postos de saúde, Centro de Atendimento Psicossocial Infantil - CAPS'I, entre outros.

Uma das dificuldades relatadas é em relação ao atendimento da saúde mental do município, como também da pouca capacitação das equipes para saber enfrentar situações de dependência química por parte dos acolhidos, no caso, mais especificamente em relação aos adolescentes do sexo masculino.

A possibilidade de opção do Serviço de Acolhimento em República como forma de conquistar autonomia não é levada em consideração, pois não existe no município a disponibilidade deste equipamento. Os relatos dos profissionais são de que os adolescentes sem perspectivas de retornarem ao convívio familiar e que permanecem nas instituições até atingirem a maioridade são preparados gradativamente por meio de inserção em benefícios bem como, encaminhados ao mercado de trabalho para alcançarem autonomia e sobreviverem sozinhos após a institucionalização, porém é perceptível a dificuldade destes

encaminhamentos devido o grau de escolaridade, bem como a conquista da autonomia no caso de adolescentes usuários de substância psicoativa devido à dificuldade do tratamento.

O acompanhamento de egressos é outro dado importante para que a institucionalização não volte a acontecer e o convívio familiar e comunitário seja garantido, porém, sabe-se das limitações que as equipes técnicas enfrentam no dia-a-dia para realizar este trabalho da forma mais adequada.

Em relação aos desafios do trabalho em acolhimentos institucionais se percebe que os técnicos, apesar de muitas vezes culpabilizarem as famílias pela situação de negligência e abandono, ainda assim conseguem perceber a deficiência de políticas públicas que atendam as necessidades com o intuito de fortalecer as famílias em suas funções protetivas e prevenir a institucionalização. A falta de capacitação e formação continuada é outro desafio enfrentado pelas equipes, que muitas vezes não conseguem dar continuidade e qualidade aos atendimentos, sendo agravado pela alta rotatividade dos profissionais desmotivados pela precariedade dos vínculos e os baixos salários.

Um dado de alta relevância é que o número de crianças e adolescentes que excede o tempo de acolhimento é quase nulo, contrariando os números de acolhimentos nacionais, levando a concluir que o trabalho realizado pelas equipes na busca da convivência familiar e comunitária é respeitada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. (1988). **Constituição Federal da República do Brasil**. Brasília.

BRASIL. (1990). **Estatuto da Criança e Adolescente** - Lei 8069 de 13 de julho 1990. Brasília.

BRASÍLIA - Distrito Federal, S. E. (2006). **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília.

CONANDA, C. N., & CNAS, C. N. (2009). **Orientações Técnicas Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes**. Brasília.

CRICIÚMA. (2008). Lei Municipal de Criciúma, nº 5232 de 19 de novembro de 2008 - **Lei da Família Acolhedora**. Criciúma.

CRICIÚMA. (2011). Lei Municipal de Criciúma nº 5.866 de 20 de junho - **Lei da Guarda Subsidiada**. Criciúma.

FANTE, A. P., & LATIF, A. C. (2007). **Convivência familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado** (jan/jun. ed., Vol. 6). Porto Alegre: Revistas Textos e Contextos.

GUARÁ, I. M. (1998). **Trabalhando Abrigos**. São Paulo: Ministério da Previdência Social e Assistência Social, 2ª edição.

KREUZ, S. L. (2012). **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá.

MINISTÉRIO PÚBLICO, C. N. (2013). Relatório da Infância e Juventude - Resolução nº 71/2011: **Um olhar mais atento aos serviços de acolhimento para crianças e adolescentes no País**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público.

PEREIRA, T. d. (2004). **Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar**. Belo Horizonte: Del Rey.

RIZZINI, I. (2004). **A Institucionalização de Crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: Ed. PUC- Rio.

RIZZINI, I. (2006). **Acolhendo crianças e adolescentes: experiência de promoção do direito a convivência familiar e comunitária no Brasil**. São Paulo: Cortez.

RIZZINI, I. (2011). **O século perdido: Raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil**. São Paulo: Cortez.

SANTOS, M. I. (2004). **Gênero e representação: uma contribuição para os estudos da representação à luz do conceito de gênero**. FORTALEZA: EDUECE.

O Programa Nacional de Conservação e Uso Sustentável do Bioma do Cerrado: Apontamentos ao Decreto nº 5.577/2005

Tauã Lima Verdán Rangel¹

Resumo: Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Quadra assinalar que a segunda parte do inciso I do §1º do artigo 225 da Constituição de 1988 traz à baila o manejo dos recursos naturais. Cuida reconhecer que o substantivo *manejo*, acompanhado do adjetivo *ecológico*, permitem o reconhecimento do caráter técnico-científico no trato dos recursos naturais.

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Cerrado. Bioma Natural.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 O Programa Nacional de Conservação e Uso Sustentável do Bioma do Cerrado: Apontamentos ao Decreto nº 5.577/2005

¹ Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*². Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a

² VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”³. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”⁴. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os

³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 jul. 2015.

⁴ VERDAN, 2009, s.p.

ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”⁵. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade⁶. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”⁷.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta

⁵ BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

⁶ MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível⁸.

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”⁹. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 jul. 2015.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981¹⁰, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*¹¹.

Nesta senda, ainda, Fiorillo¹², ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal¹³.

¹⁰ BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

¹² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

¹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”¹⁴. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988¹⁵ está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação

Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 jul. 2015.

¹⁴ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

¹⁵ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 jul. 2015: “*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*”.

Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade¹⁶.

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista.

¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna - Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 jul. 2015.

Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, insta mencionar, ainda, que o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras

Conceituais sobre o Tema

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “*recurso ambiental: 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*”¹⁷. Nesta esteira, o termo *fatores abióticos* abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo¹⁸. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “*é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora*”¹⁹. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em

¹⁷ BRASIL. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015

¹⁸ FIORILLO, 2012, p. 78.

¹⁹ REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infindáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, *caput* e §1º, incisos I, III e IV.

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.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade²⁰.

²⁰ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540, *“não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”*²¹. Verifica-se, assim, que o espaço

²¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória N° 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº

territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 jul. 2015.

4 O Programa Nacional de Conservação e Uso Sustentável do Bioma do Cerrado: Apontamentos ao Decreto nº 5.577/2005

Em sede de comentários introdutórios, cuida assinalar que as florestas, na condição de formações arbóreas densas, de alto porte, que recobrem área de terra de extensão variável, encontram-se alcançadas pela pluralidade de realidades contidas no vocábulo flora, sendo caracterizadas como recurso ambiental, em consonância com o ideário contido na Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, que, com clareza solar, destaca que “*recurso ambiental: 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*”²², definido no plano constitucional como bem ambiental. Denota-se, assim, que na contemporânea sistemática, impulsionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²³, as florestas desempenhar papel proeminente para o alcance da dignidade da pessoa humana, revelando-se como pilar de desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, notadamente em razão da biodiversidade existente.

Como bens ambientais, é possível destacar que “*as florestas não se submetem atualmente à tradicional interpretação, hoje superada, vinculada ao regime jurídico destacado pela relação jurídica de propriedade*”²⁴, como bem assinala Fiorillo, conquanto, evidentemente, estejam subordinadas ao regime jurídico-econômico do uso comum em proveito da orientação constitucional estabelecida a brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional. Salta aos olhos que as florestas, no cenário fortemente impregnado pelos direitos de terceira dimensão, cristalizados no princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, são alocadas como elementos inerentes ao desenvolvimento do indivíduo, em especial devido a concentrar a biodiversidade de espécies da fauna e da flora, bem como desempenhar a função de bem do uso do povo, sem

²² BRASIL. **Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

²³ Idem. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

²⁴ FIORILLO, 2012, p. 266.

qualquer titular individual, remetendo à coletividade a titularidade do bem.

Em razão do exposto, infere-se que a nova norma fixa critérios de índole econômica destinada a viabilizar os recursos florestais na condição de produtos e serviços, com o fito de compatibilizar as relações jurídicas de consumo com o uso racional e sustentável dos bens ambientais, atentando-se, imperiosamente, ao que é afixado nos artigos 1º e 3º da Carta de Outubro de 1988. Desta feita, incumbe ao Estado democrático de direito, em razão da competência que lhe foi imposta pelo Texto Constitucional de 1988, gerir as florestas, obedecendo aos comandos constitucionais e sempre objetivando usar os bens ambientais em proveito da orientação indicada pelo sistema jurídico vigente. Ora, neste cenário, não há que se falar no desenvolvimento de uma visão na qual o Estado se apropria apenas do bem ambiental, mas sim uma ótica pautada em uma gestão de florestas, a fim de otimizar a sua utilização, propiciando a materialização do objetivo maior, consistente na concreção da dignidade da comunidade.



Figura 01. O Bioma do Cerrado. Disponível em: <<http://www.centraldocerrado.org.br/cerrado>>. Acesso em 23 jul. 2015.

Em um primeiro momento, ao analisar o *cerrado*, cuida salientar que se trata do segundo maior bioma da América do Sul, ocupando uma área de 2.036.448 km² (dois milhões, trinta e seis mil e quatrocentos e quarenta e oito

quilômetros quadrados), cerca de 20% (vinte por cento) do território nacional²⁵, abrangendo áreas dos estados de Goiás, Tocantins, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Bahia, Maranhão, Piauí, Rondônia, Paraná, São Paulo e Distrito Federal, além dos enclaves do Amapá, Roraima e Amazonas. Neste domínio ambiental, encontram-se as nascentes das três maiores bacias hidrográficas da América do Sul, quais sejam: Amazônica/Tocantins, São Francisco e Prata, o que resulta em um robusto potencial aquífero e a sua pungente biodiversidade. Trata-se, pois, de importante bioma, eis que encerra biodiversidade substancial, tanto no que concerne à fauna quanto à flora, carecendo, pois, de tutela jurídica, notadamente em decorrência do feixe axiológico advindo do corolário do meio ambiente ecologicamente equilibrado, princípio de matriz constitucional. Ao lado disso, é possível salientar que:

Considerado como um *hotspots* mundiais de biodiversidade, o Cerrado apresenta extrema abundância de espécies endêmicas e sofre uma excepcional perda de habitat. Do ponto de vista da diversidade biológica, o Cerrado brasileiro é reconhecido como a savana mais rica do mundo, abrigando 11.627 espécies de plantas nativas já catalogadas. Existe uma grande diversidade de *habitats*, que determinam uma notável alternância de espécies entre diferentes fitofisionomias. Cerca de 199 espécies de mamíferos são conhecidas, e a rica avifauna compreende cerca de 837 espécies. Os números de peixes (1200 espécies), répteis (180 espécies) e anfíbios (150 espécies) são elevados. O número de peixes endêmicos não é conhecido, porém os valores são bastante altos para anfíbios e répteis: 28% e 17%, respectivamente. De acordo com estimativas recentes, o Cerrado é o refúgio de 13% das borboletas, 35% das abelhas e 23% dos cupins dos trópicos²⁶.

Tecidos estes comentários, cuida assinalar que o Decreto nº 5.577, de 08 de novembro de 2005, instituiu, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, o Programa Nacional de Conservação e Uso Sustentável do Bioma Cerrado - Programa Cerrado Sustentável, com a finalidade de promover a conservação, a restauração, a recuperação e o manejo sustentável de ecossistemas do bioma cerrado, bem como a valorização e o reconhecimento de suas populações tradicionais. Compete ao Ministério do Meio Ambiente promover a supervisão e articulação institucional para a implementação do Programa Cerrado Sustentável. igualmente, foi criada a Comissão Nacional do Programa Cerrado Sustentável - CONACER, que atuará como instância consultiva e colegiada, competindo-

²⁵ BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Bioma do Cerrado. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

²⁶ Ibid.

lhe: (i) acompanhar e avaliar a implementação do Programa Cerrado Sustentável, inclusive a execução de suas ações; (ii) propor medidas e acompanhar, no que afetem o bioma cerrado, a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, a Política Nacional de Recursos Hídricos, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, a Política Nacional do Meio Ambiente, a Política Nacional de Combate à Desertificação e a Política Nacional sobre Mudança do Clima; (iii) promover a articulação entre programas, projetos e atividades relativas à implementação do Programa Cerrado Sustentável e promover a integração de políticas setoriais relacionadas com o bioma cerrado; (iv) identificar a necessidade e sugerir ao Ministério do Meio Ambiente a criação ou alteração de instrumentos legais e de políticas necessárias à execução do Programa Cerrado Sustentável; (v) identificar e propor áreas geográficas e ações prioritárias para a implementação do Programa Cerrado Sustentável; (vi) identificar, propor e estimular ações de capacitação de recursos humanos, fortalecimento institucional e sensibilização pública; (vii) propor critérios gerais de elaboração e seleção de projetos no âmbito do Programa Cerrado Sustentável; (viii) criar e coordenar câmaras técnicas com a finalidade de promover a discussão e a articulação em temas relevantes para a implementação do Programa Cerrado Sustentável; (ix) acompanhar e subsidiar a implementação de planos e programas que objetivem a proteção do bioma Cerrado; (x) apresentar proposta de regimento interno ao Ministro de Estado do Meio Ambiente.

A CONACER reunir-se-á, em caráter ordinário, semestralmente, por convocação do Presidente. A Comissão poderá reunir-se em caráter extraordinário, por convocação de seu Presidente, ou a requerimento de metade mais um de seus membros. As reuniões plenárias serão abertas com quórum mínimo de metade mais um de seus membros. A Comissão deliberará por maioria simples, e seu presidente votará somente em caso de empate. O regimento interno estabelecerá as regras de organização e funcionamento da CONACER. Poderão participar das reuniões da CONACER, a convite de seu Presidente, representantes de outros órgãos e entidades da administração pública e de organizações não-governamentais, bem como pessoas físicas e representantes de pessoas jurídicas que, por sua experiência pessoal ou institucional, possam contribuir para os debates. A participação na CONACER será de relevante interesse público e não ensejará qualquer tipo de remuneração.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

_____. **Decreto nº 4.339, de 22 de agosto de 2002**. Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

_____. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 jul. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 23 jul. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 23 jul. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio**

Grande do Sul. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 23 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011.** 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

UNIVERSIDADE BRÁZ CUBAS

MICHELE DE ROSA
RGM: 258.870

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NA ATUAL POSIÇÃO
CONCRETISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE
INJUNÇÃO.**

UNIVERSIDADE BRAZ CUBAS

Michele de Rosa
RGM: 258.870

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NA ATUAL POSIÇÃO
CONCRETISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE
INJUNÇÃO.**

Trabalho de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Universidade Braz Cubas, como requisito
parcial para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito, orientado pelo
professor Leonardo Jose Rafful.

Rosa, Michele de
Abstrativização do controle difuso na atual posição concretista do supremo
tribunal federal no mandado de injunção/
Michele de Rosa. – Mogi das Cruzes: UBC, (2015).

48 p.

Monografia (graduação) – Universidade Braz Cubas,
(2015) Orientador: Leonardo Jose Rafful.

1. Controle de constitucionalidade
2. Mandado de Injunção
3. Posição Concretista

Michele de Rosa
RGM: 258.870

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NA ATUAL POSIÇÃO
CONCRETISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE
INJUNÇÃO.

Trabalho de Curso aprovado em/...../....., na Universidade Braz Cubas, pela
Banca Examinadora constituída pelos professores:

Prof. Orientador

Prof.

Prof.

ROSA, Michele de. **Abstrativização Do Controle Difuso Na Atual Posição Concretista Do Supremo Tribunal Federal No Mandado De Injunção**. 48 p. TCC, Curso de direito, São Paulo, UBC, 2015.

RESUMO

O respaldo desta pesquisa vem no momento em que confrontamos no mandado de injunção nos limites de sua especificidade por estar no controle difuso, a posição não concretista e a posição concretista que vem ocupando cada vez mais espaço. Na posição não concretista, quando estamos diante de uma lacuna, ou seja, falta norma regulamentadora, o mandado de injunção somente poderia obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão junto com a mora do poder omissor, dando efeito meramente declaratório na decisão. Daí a necessidade de mudança, notando-se uma abstrativização por parte do poder judiciário no controle difuso em relação ao mandado de injunção, para que direitos constitucionalmente previstos pudessem ser exercidos, assim a partir de 2007 vem o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos MI's 670, 708 e 712, adotando de fato a posição concretista, possibilitando o poder judiciário de aplicar lei por analogia, e até mesmo fixar prazo para o poder legislativo legislar. O objetivo deste trabalho é analisar que a teoria não concretista durante muito tempo fez com que o Mandado de Injunção não produzisse resultados práticos, pois era uma visão muito conservadora do Supremo e impedia o judiciário de aplicar uma lei para suprir a norma faltante, tendo como resultado a frustração constitucional, ou seja, posto a falta de regulamentação do dispositivo constitucional, fez do direito "letra morta", valendo-se de um direito constitucionalmente assegurado como se amenos existisse.

Palavras – Chave: Controle de Constitucionalidade. Mandado de Injunção. Posição Concretista.

SUMÁRIO

Introdução	05
SEÇÃO 1 - OS ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	07
1.1. A natureza da constituição e os princípios norteadores do controle de constitucionalidade	08
1.2 O controle de constitucionalidade brasileiro e suas peculiaridades	11
1.3 O controle concentrado baseado no modelo Austríaco	12
1.4 O controle difuso baseado no modelo norte-americano	17
1.4.1 Da reserva de Plenário.....	19
1.4.2 Do papel do Senado.....	21
1.5 Espécies de inconstitucionalidade	24
1.5.1. Inconstitucionalidade Material.....	24
1.5.2. Inconstitucionalidade Formal	25
1.5.3. Inconstitucionalidade Total e Parcial.....	25
1.5.4. Inconstitucionalidade por Ação	25
1.5.5. Inconstitucionalidade por Omissão	25
SEÇÃO 2 - DELINEAMENTOS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	27
2.1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	27
2.2. Mandado de injunção	30
2.3. Diferenças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão	33
SEÇÃO 3 –A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	35
3.1. A posição tradicional sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no mandado de injunção	36
3.1.1. Posição Não Concretista.....	37
3.2 A mudança jurisprudencial: o efeito concreto no reconhecimento de inconstitucionalidade no mandado de injunção	37
3.2.1. Posição Concretista Geral	39
Considerações Finais	41
Referências	45

INTRODUÇÃO

Por muito tempo a Constituição Federal sofreu com a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, pelo fato de encontrarmos muitas normas de eficácia limitada, cuja aplicabilidade é mediata, exigindo-se assim a regulamentação da matéria no âmbito infraconstitucional, o que muitas vezes com a inércia do legislador acabava dificultando ou impedindo o exercício de um direito previsto constitucionalmente.

Assim, o Supremo Tribunal Federal passa por uma revitalização do seu modo de julgar, aplicando a teoria concretista aos seus julgados no Mandado de Injunção que faz parte do controle difuso, permitindo que decisões que, pela antiga concepção somente poderiam se dar entre as partes do litígio, atingissem terceiros que não participaram da lide.

Vê-se então um progresso no efeito das decisões de mérito do Mandado de Injunção na jurisprudência e no STF, uma vez que já se passam mais de 20 anos de vigência da Constituição Federal e ainda encontramos dispositivos sem uma regulamentação apropriada, e um exemplo disso é o próprio Mandado de Injunção que veio para dar fim a essa falta de regulamentação e o próprio remédio não têm lei específica que o regule, ficando dependente de jurisprudências e de aplicação analógica no que couber da lei do Mandado de Segurança nº 8038/90 art. 24, parágrafo único.

Dessa maneira analisaremos o STF diante de uma omissão do Poder Legislativo, tomando medidas concretas no controle difuso a fim de efetivar direitos constitucionalmente assegurados, com a finalidade de proteger a normatividade da constituição sem ser considerado como legislador positivo e respeitando o princípio da separação de poderes.

Pretende-se também dar ênfase que o Mandado de injunção durante muito tempo não demonstrou resultados práticos ou satisfatório para a população, movido pela omissão do legislador que ficava inerte quando comparado com uma norma que dependesse de regulamentação por parte do poder público, ressaltando aqui questão grave quanto uma inconstitucionalidade por ação é deixar de criar um ato normativo assegurado pela constituição (ato omissivo).

Logo, torna-se indispensável para todo aquele que deseja trabalhar em uma das carreiras jurídicas, estudar e entender quais são os métodos que o STF busca quando realiza o controle de constitucionalidade, especialmente em se tratando do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, instituto relativamente novo, levando a questionamentos, já que o controle difuso e concreto faz parte da vida profissional de qualquer operador do direito.

Diante disso o objetivo dessa monografia será a de compreender em uma análise geral e crítica o que levou o STF a deixar de lado um posicionamento que acompanhava por muito tempo, por uma posição mais concreta, com efeitos práticos.

Com isso poderemos observar na primeira seção os aspectos peculiares gerais do controle de constitucionalidade brasileiro, uma vez que o Brasil não adota apenas um controle, e sim os dois existentes, difuso e concentrado, tendo um sistema misto. Descrevendo também os tipos de inconstitucionalidades.

Na segunda seção será analisado as ações que visam defender o ordenamento jurídico das inconstitucionalidades por omissão no sistema difuso e no sistema concentrado, falando sobre o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e suas principais diferenças.

Concluindo com a terceira seção evidenciando a mudança do posicionamento do STF, observando o julgado histórico dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, onde se obteve uma resposta do judiciário inovadora na busca de um direito assegurado constitucionalmente, porém esquecido pelo legislador.

SEÇÃO 1 - ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade vem para proteger os direitos fundamentais, os direitos das minorias e tem por finalidade verificar a compatibilidade entre qualquer ato normativo e a Constituição, é um dos principais mecanismos para manter a ordem, o funcionamento harmônico do ordenamento jurídico e isso só é possível graças à Supremacia da Constituição, a rigidez constitucional e a presunção de constitucionalidade das leis, que são os princípios gerais que regem o controle de constitucionalidade.

Com relação às constituições brasileiras, a de 1824 não mencionou nenhum tipo de controle de constitucionalidade, a de 1891 optou pelo controle difuso, logo na constituição de 1934 manteve o controle difuso e acrescentou o papel do senado, a reserva de plenário e a Representação de Inconstitucionalidade Interventiva Federal conhecida como RI, em 1937 a constituição não cuidou do papel do senado e tampouco da RI Interventiva Federal, mantendo apenas a reserva de plenário e o controle difuso. Na constituição de 1946 trouxe de volta as novidades trazidas da constituição de 1934 até chegar à constituição atual de 1988 onde adota o controle misto, abordando os dois sistemas de controle, difuso e concentrado.

O controle de constitucionalidade difuso é aquele que qualquer juiz ou tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo que contrarie a constituição. Sua forma de realização se dá pela via incidental, uma vez que a matéria principal aqui não será a de resolver a inconstitucionalidade da lei, mas a de resolver o caso concreto, assim a inconstitucionalidade se resolveria de maneira incidental, como se fosse consequência da resolução da lide em juízo, tendo por esse motivo efeito apenas inter partes.

Já o controle de constitucionalidade concentrado é realizado pela via principal, ou seja, se analisa a questão da inconstitucionalidade diretamente no pedido, sendo ela o objeto da ação, não havendo partes ou lide, mas a preocupação dos legitimados ativos na lesão que poderá se formar aos direitos e garantias previstos na constituição, com isso os efeitos das decisões são erga omnes, ou seja, para todos.

O controle pode se dar no aspecto formal, ou seja, no momento do processo de criação da lei, onde há uma sequência pré-determinada de atos processuais dentro da constituição como por exemplo a iniciativa, aprovação das casas, o quorum, a

sanção etc. e se algum desses atos não for obedecido em suas regras constitucionais haverá um vício de inconstitucionalidade formal. O controle também pode se dar no aspecto substancial/material, a lei aqui pode ter sido aprovada perfeitamente pelo processo de criação, porém se houver alguma incompatibilidade quando a matéria, esta lei também será inconstitucional.

Esse controle prevê como meio de realizar esta finalidade uma série de instrumentos aptos à declaração de inconstitucionalidade, que reconhecem a norma contrária à Constituição como inválida, detectando quais regras ou atos infraconstitucionais não podem produzir efeitos. Também temos a chamada inconstitucionalidade por omissão, quando um ato expresso e exigido pela constituição não é constituído, aqui se incluem as leis do legislativo, atos editados do executivo e até mesmo as normas do regimento interno do poder judiciário, assim como os atos administrativos oriundos desses mesmos poderes.

Importante ressaltar a diferenciação feita por Barroso¹, destacando que a jurisdição constitucional é gênero e o controle de constitucionalidade é espécie; a primeira sendo a aplicação direta da Constituição por juízes e tribunais quando a norma discipline determinada situação de vida e a segunda quando a Constituição se der como referência, como parâmetro de validade e interpretação da norma jurídica.

1.1 A natureza da constituição e os princípios norteadores do controle de constitucionalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é classificada segundo a maior parte da doutrina inclusive pelo doutrinador Pedro Lenza² como; Promulgada, Escrita, Analítica, Formal, Dogmática, Rígida, Eclética e Normativa (pretende ser).

Promulgada quanto à origem, pois é aquela constituição que se deu por meio de uma Assembléia Nacional Constituinte, eleita diretamente pelo povo, e havendo a participação do povo também fica conhecida como democrática.

É escrita quando à forma porque está organizada em um único documento, solene e codificada, diferentemente da constituição costumeira onde seus textos são esparsos.

¹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 24.

² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p. 93.

Analítica quanto à extensão, uma vez que são abordados todos os assuntos que os representantes do povo entendam fundamentais, muitas vezes abordando coisas que nem precisariam estar na constituição, podendo perfeitamente serem colocadas em normas infraconstitucionais.

Formal quando ao conteúdo, tendo como critério o processo de sua formação e não o conteúdo.

Dogmática quando ao modo de elaboração, sendo elaborada em um só momento pela Assembléia Nacional, levando em conta o momento histórico e os valores que ali se encontravam, diferentemente da Histórica onde aparentemente parece nunca estar pronta, constituindo-se ao longo do tempo, tendo, por exemplo, as constituições costumeiras.

Rígida quanto à alterabilidade, que como já dito, terá o processo para a sua alteração de forma mais dificultosa do que o processo de alteração de normas não constitucionais.

Eclética quando ao dogma, onde a constituição é formada por ideologias que se conciliam entre si, buscando um equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho, das forças políticas e sociais.

Normativa quanto à correspondência com a realidade, é aquela real e efetiva, onde se vê uma correspondência entre a realidade política do estado e a constituição, embora alguns autores, como Guilherme Penã de Moraes³, colocam que a constituição “pretenda ser” normativa, onde para ele ainda não há uma correspondência entre a realidade da constituição e a política do estado no presente, ainda nos encontramos na busca para alcançar este objetivo.

A Constituição está no topo do ordenamento jurídico, sendo ela a norma de validade para os demais atos normativos. Assim, as normas inferiores só serão válidas se compatíveis com a constituição, caracterizando o princípio da supremacia da constituição. É a lei suprema do estado, onde podemos encontrar a própria estrutura e organização de seus órgãos além das normas fundamentais.

Desse princípio, extraímos a idéia de que todos os elementos do sistema jurídico (leis, medidas provisórias, resoluções, decretos autônomos, sentenças judiciais, atos administrativos) devem estar de acordo com o elemento normativo ápice, que é o texto constitucional. Qualquer ato normativo ou administrativo incompatível com as disposições de nossa carta magna será considerado

³MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de Direito Constitucional**, p. 69.

inconstitucional e, por efeito, não terá validade, não podendo (ou não devendo) produzir efeito algum.

Em outras palavras, a Constituição é o fundamento do ordenamento jurídico, devendo todo este ordenamento estar de acordo com sua “viga mestre”. Qualquer elemento inferior que desobedeça ao elemento superior estará corrompido por um vício insanável de nulidade.

Em razão disso encontramos mais um princípio norteador do controle de constitucionalidade, é o princípio da rigidez constitucional, pois entre as classificações da constituição, em razão de sua alterabilidade, é considerada rígida. O autor Pedro Lenza⁴ ainda afirma ter a hipótese de ser considerada superrígida.

Sendo a constituição rígida, o processo para a sua alteração se dará de forma mais árdua, mais dificultosa do que o processo de alteração de normas não constitucionais, normas infraconstitucionais. Sua rigidez está tipificada em seu artigo 60. Por ser rígida, chega-se a noção de que os atos infraconstitucionais contrários à Constituição não são aptos a modificar o seu texto, pois somente uma Emenda Constitucional, em alguns casos, poderá realizar esse feito. Logo, se um ato normativo ou administrativo não pode mudar a Constituição, conclui-se que este ato está, na verdade, subordinado à Carta Magna. Afinal, se não fosse desta maneira, não havendo hierarquia entre as leis infra e a constituição e então não falaríamos em inconstitucionalidade da norma e sim em revogação.

Em se tratando da superrigidez, levamos em conta além de um processo mais dificultoso para a sua alteração, excepcionalmente algumas matérias são imutáveis, as chamadas cláusulas pétreas encontradas no artigo 60 §4º;

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

Porém não tem sido uma teoria adotada pelo STF, uma vez que tem admitido a sua alteração se não tendente a abolir os direitos ali resguardados. Como exemplo, podemos identificar a inclusão, através da Emenda Constitucional 45 de 2004, do

⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p. 86.

inciso LXXVIII do artigo 5º em relação à celeridade processual, ampliando o texto constitucional original dos direitos e garantias fundamentais.

Fica caracterizado pelo princípio da supremacia da constituição quando até mesmo o poder público está submetido a ela, portanto se porventura o próprio estado praticar um ato contrário à Constituição, haverá mecanismos para contornar esta situação. Um destes mecanismos, por exemplo, é o controle de constitucionalidade que irá verificar a compatibilidade de seus atos com a constituição, dando-se assim o real estado democrático de direito.

E por fim o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, onde iremos observar que as normas originárias, primárias que são aquelas que nasceram do Poder Constituinte Originário gozam de presunção absoluta de constitucionalidade, não podendo ser declaradas inconstitucionais uma vez que irá servir de parâmetro para as demais leis, e as normas derivadas com as emendas e as normas infraconstitucionais, tais como leis ordinárias, medida provisórias, leis delegadas etc. gozam de presunção relativa de constitucionalidade, ou seja, nascem produzindo seus efeitos, mas podem a qualquer momento serem declaradas inconstitucionais.

1.2 O controle de constitucionalidade brasileiro e suas peculiaridades.

A constituição de 1988 é dividida em três elementos, preâmbulo, corpo fixo e atos das disposições constitucionais transitórias, pelo qual o parâmetro do controle de constitucionalidade se dará apenas no corpo fixo e em algumas normas do ADCT como exposto;

O preâmbulo já foi matéria julgada pelo STF e se pode concluir que o mesmo é desprovido de normatividade, é apenas fonte de interpretação, representando um sentimento político e não jurídico, e assim não serve como parâmetro do controle e também não é considerado norma de observância obrigatória nas constituições estaduais. Vejamos jurisprudência sobre o assunto;

CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre.

I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404).

II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa⁵.

⁵STF: ADI 2076 AC. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 15.08.2002, DJ 08.08.2002

O corpo fixo, ou seja, a parte dogmática possui normatividade e assim pode perfeitamente servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

E por fim os atos das disposições constitucionais transitórias são formados por normas com eficácia exaurível no tempo, seu objetivo era o de regulamentar a passagem do ordenamento anterior com a chegada da nova constituição, em regra todas as normas do ADCT servem de parâmetro para o controle exceto aquelas que já tenham exaurido seus efeitos jurídicos, servindo apenas como declaração histórica perdendo assim sua normatividade segundo. Contudo não há hierarquia entre as normas do corpo fixo e as normas do ADCT e ambas servem como parâmetro do controle de constitucionalidade das leis⁶.

Com relação às constituições brasileiras e o controle de constitucionalidade, a de 1824 não mencionou nenhum tipo de controle de constitucionalidade, a de 1891 optou pelo controle difuso, logo na constituição de 1934 manteve o controle difuso e acrescentou o papel do senado, a reserva de plenário e a Representação de Inconstitucionalidade Interventiva Federal conhecida como RI, em 1937 a constituição não cuidou do papel do senado e tampouco da RI Interventiva Federal, mantendo apenas a reserva de plenário e o controle difuso. Na constituição de 1946 trouxe de volta as novidades trazidas da constituição de 1934 até chegar à constituição atual de 1988 onde adota o controle misto, abordando os dois sistemas de controle, concentrado e difuso.

1.3 O controle concentrado baseado no modelo Austríaco.

O controle concentrado se originou na constituição Austríaca em 1920 e diferentemente do controle difuso onde todos os órgãos do poder judiciário podem exercer o controle de constitucionalidade, aqui o controle é concentrado e é exercido apenas por um único órgão dado como; Tribunal Constitucional e terá como função principal a de exercer o controle de constitucionalidade de forma objetiva.

Sua realização é dada pela via principal, ou seja, se analisa a questão da inconstitucionalidade diretamente no pedido, sendo ela o objeto da ação e sendo os

⁶LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p.161.

efeitos das decisões são erga omnes, ou seja, seus efeitos transcendem as partes e atingem aqueles que estão fora da ação. Sendo o processo objetivo, a discussão se dá em torno da validade da lei, e não há lide entre as partes, diferentemente do controle difuso.

Uma vez que os legitimados aqui apresentados não estão em busca de defender interesse próprio ou individual, mas estão ali para defender o ordenamento jurídico, a supremacia da constituição⁷.

O controle concentrado brasileiro dado como já mencionado, pela influência Austríaca apenas o Supremo Tribunal Federal poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo que for incompatível com a constituição, e terá como efeito dessa decisão erga omnes.

Utilizar-se-á para tanto as ações do controle concentrado tais elas; Ação declaratória de Constitucionalidade, Ação direta de Inconstitucionalidade, Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental para assim mantendo o ordenamento jurídico em harmonia. Ressaltando que nenhuma delas admitem a desistência do pedido.

A ação declaratória de constitucionalidade surgindo com a EC 3/93 tendo como objeto lei ou ato normativo primário federal, sendo o Procurador Geral da República fiscal da lei, e tendo como legitimados ativos os encontrados no Art.103 I à XI da CF.

Possui esta ação natureza ambivalente dúplice ou fungível, pois tanto na ADC com na ADI poderá se declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade segundo a lei nº 9868/99 art. 24;

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, jogar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, jogar-se-á procedente ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

A ação direta de inconstitucionalidade surgindo com a EC 16/65, onde antes era denominada como Representação de inconstitucionalidade (RI) e nessa época só poderia ser proposta pelo Procurador Geral da República, hoje são legitimados ativos os encontrados no Art.103 I à XI da CF e o Procurador Geral da República tem o papel de fiscal da lei, por fim tem como objeto da ação lei ou ato normativo primário federal ou estadual.

⁷BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 180.

De acordo com art. 26 da lei 9868/99 a decisão final em sentença de ADI é irrecorrível, não cabendo ação rescisória, salvo os embargos de declaração.

Não podendo ser declaradas sua inconstitucionalidade pela ADI; normas municipais ou distritais de natureza municipal, PECs ou projeto de lei, as normas pré-constituídas, uma vez que o Brasil não adota a teoria da inconstitucionalidade superveniente, leis já revogadas também não podem ser objeto desta ação, atos normativos secundários como portarias, decretos regulamentares, circulares, autos de infração etc.

A partir de 1988 o Brasil previu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tendo por análise de objeto a omissão inconstitucional total ou parcial, sendo o Procurador Geral da República fiscal da lei se este já não for o autor da ação, e tendo os mesmos legitimados ativos do Art. 103 I à XI da CF.

E por fim a arguição de descumprimento de preceito fundamental surgindo também na constituição de 1988 e regulamentada pela lei 9882/99, tendo por objeto lei ou ato normativo municipal com violação direta a CF, atos secundários, normas pré-constitucionais, possuindo natureza residual, sendo o Procurador Geral da República fiscal da lei se este já não for o autor da ação. Possuindo aqui também os mesmos legitimados ativos do Art. 103 I à XI da CF que vejamos a seguir;

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa;
V - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VI - o Governador de Estado;
VII - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VIII - o Procurador-Geral da República;
IX - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
X - partido político com representação no Congresso Nacional;
XI - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Esses são os legitimados ativos para o controle concentrado e são taxativos, e, no entanto diante de tantos legitimados ativos a doutrina trouxe do processo subjetivo para o processo objetivo o instituto da pertinência temática⁸, ou seja,

⁸BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 194

comprovação do interesse de agir. Dividiram-se então os legitimados ativos em Especiais e Universais.

Os legitimados ativos Especiais compreendidos nos incisos IV, V e IX só poderão propor as ações do controle concentrado se demonstrada a pertinência temática, comprovando assim que o objeto da ação está relacionado com o interesse de agir daquela categoria. Os demais legitimados ativos são os Universais que estão mencionados nos demais incisos tais eles; I, II, III, VI, VII e VIII, esses não precisam comprovar a pertinência temática podendo ajuizar qualquer das ações do controle concentrado.

Os Partidos Políticos mencionados no inciso VIII, não precisam ter representação nas duas casas do congresso nacional, bastando apenas em uma delas. Se por ventura, após proposta uma das ações do controle concentrado o partido vier a perder a representação em ambas as casas, o entendimento majoritário é o de que a ação irá prosseguir, pois em regra é preciso ter representação em uma das casas quando ao momento da propositura da ação. Concluindo-se então que a perda superveniente da representação política do partido no curso do feito não gera a extinção da ação sem julgamento de mérito.

Sindicatos e Federações Sindicais não possuem legitimidade ativa para propor as ações do controle concentrado, sendo este papel reservado a confederação sindical que está configurada no art. 535 da CLT. Dessa forma argumenta Barroso⁹“Na forma de legislação ordinária, as confederações deverão se organizar em no mínimo de três federações e deverão estar estabelecidas em pelo menos três Estados”

Importante também destacar que as Entidades de Classe de Âmbito Nacional são as que defendem o interesse de uma determinada classe ou categoria econômica ou profissional de âmbito nacional, comprovando este “âmbito nacional” se houver representantes em no mínimo nove estados brasileiros e precisam comprovar a pertinência temática com exceção o Conselho Federal da OAB.

Com relação à capacidade postulatória os legitimados ativos no art. 103 incisos I à VII da CF não precisam de advogados, no entanto os dos incisos VIII e IX precisam de advogado para apresentar em juízo as ações do controle concentrado.

⁹BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p.195

Por serem esses legitimados ativos do art. 103 da CF em um rol taxativo, não cabe a sua propositura pela população, nem por intervenção de terceiros, no entanto caberá a intervenção do *amicus curiae*, ou seja, o amigo da corte, que dará assistência no processo, defendendo a controvérsia constitucional e de acordo com Barroso¹⁰ é “a possibilidade de determinados órgãos ou entidades se manifestarem acerca de matéria levada a julgamento, em casos de relevância da discussão de representatividade do postulante”. Ressalvando que o relator pode deferir o *amicus curiae* uma vez que é ato discricionário.

Contudo ressalva Gilmar Mendes¹¹ que cada vez mais há um aumento na participação de terceiros interessados dando uma abertura na jurisdição em relação a resolução de questões constitucionais e segundo ele;

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação dada pela Emenda Regimental 29/2009, prevê para o Presidente ou Relator, em relação aos processos de sua competência, atribuição de convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevantes, discutidas no âmbito do tribunal¹².

Em regra o efeito das decisões dadas no controle concentrado é *ex tunc*, retroagindo na data inicial, no entanto se viu que em alguns casos isso poderia prejudicar a segurança jurídica do país, então foi criada a modulação dos efeitos que encontramos na lei nº 9868/99 art. 27 com seguinte redação;

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por se tratar de decisão *erga omnes* em alguns casos, por exemplo, uma lei de contribuição que depois de 5 anos é declarada inconstitucional pelo STF, por ter afetado várias pessoas desde a data de sua promulgação até o referido momento, a decisão de inconstitucionalidade afetaria a todos e assim surgiria o direito de restituição para todas essas pessoas com juros e correção monetária. Veja que não seria viável, uma vez que o dinheiro arrecadado já teria sido gasto e colocaria a economia do país em risco.

¹⁰BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 197.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p 1141.

¹²Ibidem, p 1140.

Assim, os efeitos que iriam retroagir seriam muito mais maléficos do que manter de forma temporal uma inconstitucionalidade prévia.

Dessa maneira por 2/3 dos ministros, com total de 8 julgadores é possível que se adote a Modulação dos efeitos das decisões e assim a sentença possuirá efeito ex nunc “dali para frente” ou ainda efeitos pró-futuro que continuará produzindo efeitos até um determinado período. Ressalvando que a modulação dos efeitos das decisões pode ser aplicada tanto no controle concentrado como no controle difuso de forma excepcional pelo Supremo.

Podendo-se concluir então que em regra os efeitos das decisões dadas em controle concentrado são erga omnes, porém há três exceções; quando o STF optar pela modulação temporal; pela maioria da doutrina quando o senado suspende a execução, que terá efeito ex nunc; e alguns ainda colocam quando houver decisão liminar no controle concentrado, que surtirá efeito ex nunc, estabelecido no art. 11§ 1º da lei nº 9868/99;

art. 11, § 1º, da Lei 9868/99: “A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa”.

1.4 O controle difuso baseado no modelo norte-americano.

Tudo começou com o famoso caso de “Marbury contra Madison” que foi decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, aparecendo assim os primeiros vestígios do controle de constitucionalidade difuso, tendo como principais fundamentos a supremacia da constituição, a nulidade das leis que contrariassem a constituição e que o poder judiciário seria o interprete final da constituição.

O caso aconteceu durante uma eleição presidencial dos EUA, onde Thomas Jefferson ganhou de John Adams, porém antes de sair do cargo nomeou vários juizes para cargos importantes e de sua influência e entre eles estava William Marbury sendo nomeado como juiz de paz, porém não deu tempo de formalizar a nomeação e John Adams saiu do comando. Com o novo presidente e seu novo secretário de justiça James Madison no poder, negaram o pedido de instituir Marbury.

Marbury então entrou com um “mandado de segurança” na corte americana exigindo o seu direito ao cargo. Porém o Congresso já havia revogado a lei que reorganizava o poder judiciário e assim extinguiu os cargos que haviam sido criados,

e foi nesse meio de tensões políticas que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar o caso que faria história.

A corte julgou procedente o pedido de Marbury deixando-o permanecer como juiz de paz, e concluiu pela primeira vez que a constituição falaria mais alto que as demais leis, já que cabia ao judiciário dizer o direito também caberia a ele fazer o controle de constitucionalidade, levando sempre em consideração a análise do caso em concreto. Fazendo-se com que a Corte tivesse a última palavra em relação à constitucionalidade do ordenamento.

Assim o modelo norte-americano adota o controle de constitucionalidade difuso, aquele que sua fiscalização se dará pelo poder judiciário por meio de quaisquer juízes e tribunais.

Sua forma de realização é pela via incidental, uma vez que o objetivo aqui não é o de resolver a inconstitucionalidade da lei, mas o de solucionar a lide, destacando que qualquer pessoa poderia ter legitimidade ativa; o autor, o réu, os interessados, o ministério público, o juiz e também o tribunal de ofício, tendo como regra de efeito da decisão inter partes, ou seja, apenas para as partes litigantes.

O sistema dos EUA é o Common Law, que se caracteriza pelos costumes onde uma decisão irá depender de outras decisões já tomadas em casos anteriores. Existe instituto do Stare Decisis, ou seja, “estar com as coisas decididas”, onde se dará o devido valor às decisões passadas, de forma que uma lide já decidida e analisada juridicamente deverá ser seguida e seus valores devem ser mantidos na medida do possível e nunca se ignorando o que já foi decidido

Ressalvando aqui a metáfora de Dworkin quando diz que o judiciário deve agir como um romance em cadeia.

(...) deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção(...) ¹³

O Brasil, já adotava o controle difuso desde sua primeira constituição republicana de 1891 e o controle concentrado é implantado pela EC 16/65, caracterizando um sistema misto, híbrido.

¹³DWORKIN, Ronald *apud* CANI, Livia Salvador. **A memória. A história e o romance em cadeia de Ronald Dworkin**. Disponível em http://www.derechoycambiosocial.com/revista039/A_MEMORIA_A_HISTORIA_E_O_ROMANCE_EM_CADEIA_DE RONALD_%20DWORKIN.pdf. Acesso em 19 de abril de 2015.

O Controle difuso é forma de atuação judicial no controle de constitucionalidade, onde os órgãos judiciários irão verificar se há ou não compatibilidade entre o ordenamento e a constituição, sendo analisado um caso em concreto e incidentalmente se resolverá a questão de inconstitucionalidade da lei, o autor Pedro Lenza menciona um excelente exemplo;

Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio!¹⁴

Desta forma podemos ver com mais clareza que no controle difuso a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo se dá de maneira incidental.

Tendo como efeito de suas decisões apenas inter partes, ou seja, somente para as partes envolvidas na lide, pois no momento que houver na sentença a declaração de inconstitucionalidade a lei ou do ato normativo tornaram-se nulos de imediato e terá efeito ex tunc, retroagindo seus efeitos no tempo de origem, e atualmente não impedindo que tenha efeitos ex nunc ou ainda pró-futuro com os novos posicionamentos do STF.

Ressalvando no controle difuso a sentença poderá passar a ter efeitos erga omnes se feita uma súmula vinculante como reza o art. 103-A da CF ou mediante instrumento de resolução pelo Senado Federal de acordo com art. 52, X da CF obrigando a todos.

1.4.1 Da reserva de plenário

Encontramos o princípio da reserva de plenário que servirá tanto para o controle difuso como para o controle concentrado, pois também se aplicará ao Supremo Tribunal Federal. Vejamos artigo 97 da constituição federal com a seguinte redação;

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Os tribunais possuem órgãos fracionários como seções, turmas e que não podem declarar separadamente a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, uma vez que será necessário o pleno do tribunal, ou órgão especial se houver, e por isso o nome de reserva de plenário, pois envolverá matérias reservadas exclusivamente ao pleno do tribunal.

¹⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, p. 249.

No entanto os órgãos fracionários poderão apenas por via de exceção declarar a inconstitucionalidade da lei se já houver precedente sobre a matéria no próprio tribunal ou do STF, podendo apenas nessas duas maneiras deixar de aplicar a lei ou declará-la inconstitucional, com fundamento no art. 97 da CF combinado com art. 481 parágrafo único do CPC.

Em relação ao juiz monocrático não se aplica a reserva de plenário uma vez que o mesmo não necessita da decisão da maioria dos tribunais ou do órgão especial para aplicar ou deixar de aplicar a lei, pois o juiz monocrático como o próprio nome já diz é um só e decide sozinho. E em relação à turma recursal em juizados especiais, que não se caracteriza como tribunal, pois apesar de órgão colegiado é formado por juízes de primeiro grau, não precisam também respeitar o princípio da reserva de plenário.

Importante ressaltar também que quando se tratar de uma norma pré-constitucional que se entenda incompatível materialmente com a constituição, não se aplicará a reserva de plenário, pois será revogada e não declarada inconstitucional.

Criada a súmula vinculante nº10 do STF que diz;

S.V nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Ou seja, o órgão não poderá deixar de aplicar a lei se não houver a votação da maioria absoluta para declarar a inconstitucionalidade, em razão da maior segurança jurídica.

Há uma importância de se ter a maioria absoluta do tribunal ou órgão colegiado para declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, pois se leva em conta que os três poderes; executivo, judiciário e legislativo são independentes e harmônicos entre si, não competindo a um mais do que o outro. E em razão disso se preza a maioria absoluta. Se dedicando assim a harmonia do ordenamento jurídico

Contudo, em razão da segurança jurídica já mencionada, os órgãos do poder judiciário devem respeitar as decisões proferidas por eles mesmos. Uma vez que não há hierarquia entre os juízes monocráticos, pois são da mesma instância, mas há hierarquia entre eles e os tribunais, que poderá inclusive fazer a correção da decisão tomada pelo juiz monocrático.

Na constituição brasileira encontramos mais precisamente em seu artigo 103-A encontramos a preferência ao instituto da Súmula Vinculante como forma de respeitar as decisões já tomadas e manter o ordenamento jurídico.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Podemos destacar que alguns princípios se destacam para a relevada importância da reserva de plenário, como; a presunção de constitucionalidade da lei, onde se presume sua constitucionalidade a partir de sua criação e o princípio da colegialidade indicando que as decisões de tribunais se embasaram pela vontade da maioria absoluta de seus membros.

1.4.2 Do papel do senado.

Encontrando-se presente no ordenamento jurídico desde 1934, hoje sendo encontrado na constituição de 1988 em seu art. 52, X da CF, apenas sendo aplicado no controle difuso, uma vez que o controle concentrado já produz efeito erga omnes.

Chegando ao Supremo Tribunal Federal através de recurso extraordinário, mandado de segurança, habeas corpus ou qualquer outra ação do controle difuso, poderá se for o caso declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, ficando obrigado a comunicar o Senado Federal sobre esta decisão.

O STF é obrigado a comunicar o Senado apenas em caso de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, em casos de ilegalidade ou revogação não é obrigado.

Encontramos no art. 178 do Regimento Interno do STF (RISTEF) estabelecido que será comunicado ao Senado Federal para efeitos do art. 52, X da CF. Vejamos;

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII2, da Constituição. 2 Atual dispositivo da CF/1988: art. 52, X.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Entende-se que o Senado Federal por meio de resolução poderá suspender a execução em todo ou em parte da lei declarada inconstitucional em relação à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Não se diferenciando entre leis federais, distritais, estaduais ou municipais¹⁵.

Ainda no art. 52, X da CF, quando menciona “no todo ou em parte” significa que o Senado Federal tem competência para restringir, ou até mesmo ampliar a extensão da decisão do STF. Claro, que o Senado aqui estará restrito apenas a decisão do STF, contudo se for declarado apenas a inconstitucionalidade parcial de uma lei, o Senado não poderá dispor da lei inteira, ficando restringido ao que foi decidido pelo Supremo.

Dessa maneira a partir do momento que o Senado Federal suspender a execução atingirá a todos passando a ter efeitos erga omnes, e valerá a partir da sua publicação na Imprensa Oficial.

No entanto a suspensão da execução da lei vale apenas para o controle difuso, uma vez que as sentenças dadas no controle concentrado já possuem efeitos erga omnes, fugindo também a esta regra os atos pré-constitucionais.

Interessante destacar que no caso de julgamento nos crimes de responsabilidade pelo presidente da república, após a Câmara fazer o juízo de admissibilidade o Senado é obrigado a instaurar o processo, pois de acordo com art. 52, I da CF é de sua competência fazê-lo e aqui não poderá se eximir.

Em relação ao efeito dado pelo Senado de suspender a execução da lei, o entendimento majoritário segundo o doutrinador Pedro Lenza¹⁶, o Senado Federal não está obrigado a criar a resolução para suspender “para todos” a execução da lei

¹⁵ MIRANDA, Pontes de apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, p. 253.

¹⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, p. 255.

declarada inconstitucional dada por decisão de caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que é dever discricionário, tento o Senado liberdade em relação ao art. 52, X da CF.

E uma vez criada a resolução, em razão da segurança jurídica o senado não poderá mais revogá-la.

No entanto pelo motivo do Senado Federal muitas vezes estar atarefado e com acúmulo de trabalho, surgiu à proposta dada pelo Ministro Gilmar Mendes junto com o ministro Eros Grauna Rcl 4.335/AC defendendo que o art. 52, X haveria sofrido uma mutação constitucional, ou seja, com o passar do tempo teria se dado outro tipo de interpretação a este artigo, a de que; o Supremo Tribunal Federal tem o poder de suspender a norma cabendo apenas ao Senado a competência de publicar aquela decisão.

Havendo aqui uma abstrativização do controle difuso, uma vez que haveria uma tendência do controle difuso de constitucionalidade deixar de ser concreto e passar a ser abstrato, não dependendo mais do Senado Federal para suspender os efeitos das decisões, porém ainda é um posicionamento de certa maneira recente e ainda não adotado de maneira definitiva, possuindo muitas críticas, de um lado princípios que a constituição segue e de outro uma omissão legislativa que coloca em risco a seriedade da constituição.

Em relação aos efeitos temporais da resolução do senado, temos; Jose Afonso Da Silva¹⁷indicando que os efeitos da inconstitucionalidade devem operar de maneira ex nunc, ou seja, do momento de sua publicação em diante. Não significando que o efeito da decisão dada pelo STF teve como efeito ex nunc, mas ex tunc e quando o senado criar a resolução para o resto da sociedade será de forma ex nunc

Já de outro lado encontramos Clémerson Merlin Cléve¹⁸sustentando que os efeitos da resolução do senado devem ser ex tunc, pois se contrário violaria o principio da igualdade entre as partes, uma vês que a decisão do STF foi pela inconstitucionalidade incidental (já que no controle difuso) não faria sentido que na resolução do Senado viesse com efeito ex nunc.

¹⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 54.

¹⁸CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 122.

1.5 Espécies de inconstitucionalidade.

Sendo a constituição suprema entre os Estados, segue aqui o raciocínio que toda lei ou ato normativo que contrarie a constituição será necessariamente nulo, tornando o procedimento de inconstitucionalidade indispensável para o balanceamento do ordenamento jurídico. Contudo não significa que a constituição seja completa e acabada, mas que possui de certo modo flexibilidade que permite seu conteúdo subsistir, perdurar no tempo.

Contudo na doutrina dentre várias classificações, uma delas defendida pelo Barroso¹⁹ define as espécies de inconstitucionalidade em material quando dispões sobre o conteúdo, formal em relação ao procedimento, por ação ou por omissão dependendo da conduta do legislador se comissiva ou omissiva, podendo a inconstitucionalidade se dar em toda ou parcialmente ao corpo do texto da lei ou do ato normativo.

Também temos na doutrina a classificação das inconstitucionalidades em originárias e supervenientes, aonde irão levar em consideração o momento da sua edição.

O ordenamento jurídico brasileiro não é aceito pela atual jurisprudência do STF a teoria a inconstitucionalidade superveniente, e por isso a norma anterior à Constituição não é declarada inconstitucional, mas é não recepcionada e revogada. Assim vale destacar a citação feita pelo Gilmar Mendes dos argumentos do Ministro Brossard;

(...) O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente²⁰ (...)

1.5.1. Inconstitucionalidade material.

A inconstitucionalidade material ocorrerá em vícios no conteúdo da lei ou ato normativo, ou seja, se o conteúdo ali manifestado violar norma ou princípio da constituição deverá ser declarado inconstitucional em razão da matéria.

¹⁹BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p.47.

²⁰BROSSARD, Paulo. **A Constituição e as leis anteriores**, in Arquivos do Ministério da Justiça nº 180, 1992, p. 125 apud MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1078.

1.5.2. Inconstitucionalidade formal.

A inconstitucionalidade formal se dá quando ocorre um vício no momento do processo legislativo ou em relação às regras de competência.

Podendo ser classificada segundo Barroso²¹ como; Subjetiva onde o vício será de iniciativa ou de competência; Objetiva onde o vício será de rito ou de procedimento ex; se o projeto era para ser proposto no Senado e foi proposto na Câmara dos Deputados; pode ser Orgânica, onde o vício será de competência federativa; e por fim do tipo Formar de Maneira Propriamente Dita, que incluirão todos os eventuais vícios do processo legislativo, incluindo a iniciativa, discussão, votação etc.

1.5.3. Inconstitucionalidade total e parcial.

Há inconstitucionalidade total quando houver um vício que recaia sobre toda a lei ou ato normativo elaborado, invalidando assim todo o dispositivo. Geralmente quando ocorre um vício formal o procedimento se dá de maneira total.

Também é possível se dar a inconstitucionalidade de maneira parcial, onde irá afetar apenas parte do dispositivo, podendo rescindir até mesmo em uma única palavra. Ressalvando que o vício material recai tanto total como parcialmente.

1.5.4. Inconstitucionalidade por ação.

Ocorre a inconstitucionalidade por ação quando é elaborada uma nova norma e a mesma viola a constituição. O ato aqui praticado pelo poder legislativo se dá de maneira incompatível com o texto constitucional.

Surgindo aqui a chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade que veio com o intuito de expulsar as normas que possuem algum vício de validade e que acabaram ingressando no ordenamento jurídico.

1.5.5. Inconstitucionalidade por omissão.

Contrariamente a inconstitucionalidade por ação que ocorre com uma ação positiva dentre os três poderes, a inconstitucionalidade por omissão é gerada quando quem tem o poder de legislar não o faz, ficando inerte.

Porém a simples inércia do legislador não caracteriza por si só a inconstitucionalidade por omissão, uma vez que é necessário um comportamento

²¹BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 48.

inerte diante de uma obrigação jurídica de conteúdo positivo, assim como menciona Barroso citando as palavras de Canotilho; “A omissão legislativa para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”.²²

O papel do legislador em legislar é discricionário, todavia nos casos previstos na constituição haverá o dever do órgão legislativo editar a norma reguladora e em caso de inércia estará configurada a inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por omissão é um fenômeno relativamente novo, onde se encontra ainda em desenvolvimento pela doutrina, mencionando Barroso que;

“(…) O instrumental desenvolvido para o combate as leis inconstitucionais – isto é, a atos comissivos praticados em desacordo com a constituição – não tem sido suficiente nem adequado para enfrentar a inconstitucionalidade que se manifesta através de um *non facere*”²³

Uma vez que o tema de inconstitucionalidade por omissão somente passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro a partir da constituição atual de 1988 e para o combate a essa omissão foram criados o mandado de injunção pelo controle difuso que se encontra no Art.5º, LXXI da CF e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no controle concentrado mencionado no Art. 103 §2º da CF.

²²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 2011, p. 1004apud BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 55.

²³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 54.

SEÇÃO 2 – DELINEAMENTOS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.

Com relação às inconstitucionalidades por omissão temos no controle difuso o mandado de injunção e no controle concentrado a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a existência de ambos se dá por meio de uma síndrome que acompanha a constituição por muito tempo, a síndrome da inefetividade das normas constitucionais pelo motivo de haver muitas normas de eficácia limitada no corpo da constituição que não conseguem produzir seus efeitos sem a interferência do poder público.

As normas de eficácia limitada têm como característica ser indireta, mediata e não integral, ou seja, ela dependerá de complementação por parte do poder público para poder produzir seus efeitos.

Dentre as normas de eficácia limitada encontramos as programáticas e as institutivas ou de natureza organizatória. As programáticas são aquelas que estabelecem programas sociais onde dependerá a atuação do estado, como por exemplo, as normas que determinam que o estado irá garantir a todos o exercício de direitos culturais, acesso às fontes de cultura nacional (art. 215 da CF). E as institucionais ou organizatórias são aquelas que prevêm um órgão ou entidade e que sua real existência dependerá de uma lei específica.

Havendo inércia do legislador em relação à norma de eficácia limitada estará configurada a inconstitucionalidade por omissão, pois estará claro a obrigação do legislador legislar, no entanto em relação as normas programáticas será possível se falar em omissão constitucional se caso a inércia do poder público ferir a dignidade da pessoa humana, inviabilizando o direito de se ter o mínimo existencial.

Desta forma se viu a necessidade da criação do mandado de injunção e da ADO, para que os direitos previstos na constituição pudessem ser exercidos pelo seu titular, uma vez que até então eles estariam apenas previstos e seu exercício impedido por falta de norma que o regulamentasse, uma vez que estariam estabelecidos em norma de eficácia limitada.

2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

As constituições brasileiras sempre sofreram com a síndrome da inefetividade de das normas constitucionais, surgindo então na constituição de 1988 no controle

concentrado a chamada ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) para combater esta inefetividade no controle concentrado.

O que se buscou com a ADO foi o objetivo de dar efetividade a normas que dependiam de regulamentação, para que seu exercício pudesse ser concretizado, ou seja, estamos falando aqui das normas de eficácia limitada que dependem de complementação por parte do poder público e que nas palavras de Gilmar Mendes;

Ela é fundamental sobre tudo para a concretização da constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelece no art. 1^a da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição²⁴.

Uma vez que há no ordenamento jurídico previsão de norma de eficácia limitada e o legislador fica inerte a esta situação não criando norma regulamentadora, faz com que tal sistema se torne ineficaz, e assim encontramos a ADO no art. 103§2º da CF;

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O tipo de inconstitucionalidade combatido por esta ação é matéria relativamente nova no ordenamento jurídico, uma vez que nossa doutrina estava acostumada com a inconstitucionalidade por ação, onde uma lei ou ato normativo criado pelo órgão competente afronta, ofende a constituição e assim é declarada sua inconstitucionalidade.

Todavia, a inconstitucionalidade por omissão que é caracterizada quando não existe este ato positivo do ente estatal, o órgão competente não cria a norma regulamentadora de um direito já previsto na constituição entendendo-se que tão cruel como criar uma lei que desrespeite a constituição é deixar de criar uma lei que seja boa para a população.

²⁴MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p 1125.

“A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar²⁵” que juntamente com o entendimento do STF a omissão inconstitucional se dá como um inadimplemento de um dever constitucional que o legislador tem de legislar.

Um grande exemplo que encontramos hoje na constituição de 88 de uma norma efetivada no ordenamento jurídico o qual ainda não se criou uma norma regulamentadora é a do art. 18,§4 o qual dispões;

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Onde uma lei estadual pode criar um município desde que em um período fixado por uma lei complementar federal. No entanto há uma lacuna, pois está lei complementar federal não foi feita até o exato momento. Logo só poderá ser discutida e analisada em sede de ADO, uma vez que este artigo está na parte de organização político administrativa do estado.

Tendo como objeto dessa ação a “mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competente para a concretização da norma constitucional²⁶”, não tendo apenas em vista a atividade legislativa, mas também a atividade administrativa (prazo de trinta dias) que pudesse afetar a efetividade de norma constitucional²⁷, porém se a constituição atribuir mera faculdade de edição de norma pelo legislador, não caberá qualquer controle judicial.

A omissão normativa aqui é caracterizada como total ou parcial; total quando o legislador tendo o dever jurídico legislar fica inerte, deixando um vazio normativo segundo Barroso²⁸ que como exemplo pode-se citar o art. 37, VII da CF, já a omissão parcial é firmada quando o legislador elabora a lei, porém de maneira

²⁵MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1295.

²⁶Ibidem, p. 1291.

²⁷Ibidem, p. 1291.

²⁸BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 57.

insuficiente deixando de incidir para determinada categoria, violando-se aqui o princípio da isonomia²⁹.

Ressaltando que a ADO tem sua competência dirigida diretamente ao STF, onde seus legitimados ativos irão defender o interesse público, como se fossem verdadeiros guardiões da constituição e uma vez proposta não caberá sua desistência.

2.2 Mandado de Injunção.

No Brasil o Mandado de Injunção foi a garantia criada no controle de constitucionalidade difuso para dar efetividade e aplicabilidade total as normas constitucionais, já que a constituição sofria com a ineficácia das normas constitucionais e foi instituído a partir da constituição de 1988 e está situado no art. 5º, LXXI da CF;

At. 5, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

O Mandado de Injunção, assim como os outros remédios constitucionais visa proteger interesses dos cidadãos, porém buscando com sua especificidade, garantir a concretude dos direitos subjetivos daqueles que não conseguem exercê-lo por falta de norma regulamentadora que não foi criada pela autoridade competente para legislar, objetivado de uma omissão inconstitucional.

De acordo com o doutrinador Tácito L. Maranhão Pinto, podemos colocar alguns requisitos para se impetrar esse remédio constitucional, tal sejam eles;

- 1.A inexistência de regulamentação, por lei ou ato normativo, que defina as condições do exercício dos direitos constitucionais tutelados pelo instituto do Mandado de Injunção (“direitos a liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”)
- 2.A inviabilidade do efeito exercício destes direitos em decorrência da norma regulamentadora.³⁰

É curioso ver que o próprio Mandado de Injunção não tem lei que o regule, se utilizando da analogia para o que couber da lei do Mandado de Segurança lei nº 12.016/09, sendo esta regra posta na lei nº 8.038/90, parágrafo único do art. 24, que vejamos a seguir;

²⁹BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 59

³⁰PINTO, Tácito L. Maranhão. **O Mandado de injunção; Trajetória de um Instituto**, p. 33.

Art. 24, parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica

Dessa maneira, existe o Mandado de Injunção Individual, que pode ser impetrado por qualquer pessoa que tenha seu direito subjetivo violado, nacional ou estrangeira e a doutrina vem reconhecendo o Mandado de Injunção Coletivo, seguindo aqui por analogia a lei do Mandado de Segurança³¹ que se utiliza da lei. 12.016/09 art. 21;

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial

O mandado de injunção também se vale da lei do mandado de segurança quando em relação à intervenção do ministério público que por sua vez será obrigatório.

Não é admitida em sede de MI a tutela de urgência, e por se tratar de um remédio constitucional seu rito é o sumário e não é necessária a produção de provas, mas sim a mera juntada de documentos.

Sua competência irá depender do órgão que cometeu a omissão constitucional e não editou a norma regulamentadora, então, por exemplo, se a competência de elaboração é do Presidente da república, do Congresso Nacional será julgado no Supremo Tribunal Federal, já se, se tratar de órgão federal da administração pública direta ou indireta, será julgado no Superior Tribunal de Justiça, e assim por diante.

Em relação aos efeitos desse remédio, em meados de 1990, o Supremo Tribunal Federal tinha seu posicionamento defendendo que após a declaração da mora do poder omisso em sentença referente ao Mandado de Injunção, o judiciário deveria comunicar o poder competente a necessidade de se fazer a norma reguladora faltante³².

Se caracterizando assim a posição não concretista, sedo a mesma adotada até o final de 2006, ficando o Poder Judiciário com o papel de dar mera ciência da mora o órgão omisso.

³¹BAHIA, Flávia Martins. **Direito Constitucional Teoria e Prática**, p. 24.

³²QUARESMA, Regina. **O Mandado de Injunção e a Ação de inconstitucionalidade por Omissão**, p.77.

Essa posição fazia com que o Mandado de Injunção não tivesse efeitos práticos, e fazia também com que ele se aproximasse ainda mais da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, onde o Judiciário da ciência a mora do poder omissor.

Isto gerava muitas críticas na doutrina, pois o impetrante vinha até o judiciário reclamar que havia mora do poder omissor, e saía dele com a confirmação do que já sabia desde o início em uma sentença declaratória, defendiam então uma posição mais concreta, onde pudesse haver do judiciário uma resposta mais satisfatória e que de fato resolvesse o problema da norma reguladora faltante.

Gerando também críticas por outro lado pela doutrina, onde sustentava que se o Judiciário desse uma resposta mais concreta estaria infringindo a separação de poderes, assim com sustenta Volney Zamenhof;

Concluindo, tem-se como certa a ineficácia social do mandado de injunção, posto que trata-se de um instituto que exorbitou o lineamento das limitações dos Poderes, razão pela qual o Judiciário não tem a obrigação de interferir em atos de exclusiva competência do Legislativo e, além disso, o legislador constituinte originário – na tentativa de construir um instrumento que viesse a coibir a inércia de determinadas normas constitucionais, carentes de regulamentação – provocou a distorção da concepção da tripartição dos Poderes. (...)

Logo, diante destes argumentos e levando-se em consideração análises de decisões já proferidas pelo Judiciário, entende-se que o mandado de injunção é um instituto carente de eficácia social³³.(...)

Entretanto, após 2007 o STF começou a adotar a posição concretista, como uma forma inovadora e inédita no ordenamento jurídico para resolver o problema de ineficácia das normas constitucionais, indo além de declarar a mora do poder omissor. Surgindo também um “novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera a poder que se oculta³⁴”.

A posição concretista se divide em Geral e em Individual, a posição geral deixa ser viável ao juiz suprir a norma reguladora faltante, e é vista pela primeira vez no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 706 e 712, é a posição totalmente oposta à da não concretista, onde se julgou a falta de norma regulamentadora sobre o direito de greve dos servidores públicos, encontrado previsão no art. 37, VII que dispõe;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

³³SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do Mandado de Injunção**, p. 95.

³⁴Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, p.26.

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

E, no entanto após 26 anos de constituição, está “lei específica” ainda não foi criada, e se o Supremo não houvesse adotado esta posição, até hoje os servidores públicos não poderiam exercer o seu direito à greve.

Está lacuna, no entanto pode ser discutida em ADO e também em MI, pois são lacunas de norma constitucionais fundamentais.

Logo quando falamos que o Mandado de Injunção se torna um instrumento concreto, não queremos dizer que seja sinônimo de controle concreto, mas que no Mandado de Injunção quando se fala de concretização é no sentido de dar efetividade ao próprio instrumento, continuando ele no controle difuso.

2.3 Diferenças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Ambas as ações, a Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção foram criadas com o intuito de acabar com a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, porém uma do controle concentrado e outra do controle difuso.

O Mandado de Injunção tem origem do modelo norte americano, já a ADO tem origem do modelo europeu mais precisamente do direito português, ambas foram introduzidas no ordenamento jurídico em 1988.

A natureza jurídica do MI; é de um remédio constitucional que cria um processo subjetivo, ou seja, com pretensão resistida de interesse, há um conflito, já a ADO é uma ação do controle concentrado de constitucionalidade e forma um processo objetivo, ou seja, sem partes, sem lide, sem pretensão resistida de interesse, objetivando defender a supremacia da constituição.

Em relação à extensão, o MI visa defender direitos constitucionalmente assegurados, porém dependentes de regulamentação, já a ADO visa defender normas constitucionais em geral dependentes de regulamentação. Abrangendo aqui tudo que pode ser discutido em sede de MI pode ser discutido em ADO, mas a recíproca não é verdadeira.

A omissão normativa em sede de MI será de uma norma primária, faltando a lei que regulamente diretamente o direito previsto na constituição. Na ADO a omissão pode ser de norma primária ou secundária.

Há diferenças também em relação à legitimidade ativa, onde em Mandado de Injunção Individual será qualquer pessoa interessada, Mandado de Injunção Coletivo; art.5º inc. LXX e em sede de ADO os caracterizados no art. 103 I a IX.

O órgão competente para julgamento do MI não é definido, dependendo do pólo passivo, ou seja, a quem compete legislar sobre aquele tema, exemplo se for de competência do Presidente da República a ação tramitará no STF, Já a ADO só poderá ser julgada no STF.

A cautelar não é admitida em sede de MI, no em tanto em relação à ADO pode, sendo admitido pela lei nº 9868/99 art. 12-F.

Em detrimento dos efeitos das decisões, o MI em regra produz efeitos inter partes e a ADO efeito erga omnes. Sendo que em ambas as ações é possível se discutir a omissão normativa total ou parcial.

SEÇÃO 3 – A MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Por muito tempo a Constituição Federal sofreu com a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, pelo fato de encontrarmos muitas normas de eficácia limitada, cuja aplicabilidade é mediata, exigindo-se assim a regulamentação da matéria no âmbito infra-constitucional, o que dificulta ou impede a sua eficácia perante a sociedade, pela inércia do poder legislativo.

Em 2007 ocorreu uma mudança jurisprudencial sobre as omissões inconstitucionais em sede de Mandado de Injunção com o julgamento das MI's nº 670, 708 e 712. Até então era adotada a posição “não concretista” onde a Corte apenas alegava a mora do poder omissivo do legislativo nas decisões finais. Após 2007, todavia, passou-se a adotar a posição “concretista geral” que determina, além da alegação da mora do poder omissivo do legislativo, a aplicação analógica de lei já existente para suprir omissões normativas com efeito inter-partes ora erga omnes.

Os três mandados de injunção foram impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Públicos Civis do Espírito Santo (Sindpol), Sindicato dos Trabalhadores em Educação de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep). Foi fundamento comum de todos os remédios constitucionais a falta de lei que regulamentasse a greve no serviço público, assim os três foram julgados juntos.

Como meio para resolver este conflito, o Supremo Tribunal Federal sustentou que não seria aceitável e muito menos razoável a falta de regulamentação do direito de greve no serviço público por parte do Congresso Nacional, e passaram a adotar a posição concretista, declarando a mora do poder omissivo do legislativo e aplicando por analogia no que couber a lei de greve dos empregados de empresa privada Lei nº 7.783/89, baseando-se no argumento que seria dever do STF dar efetividade às cláusulas constitucionais, pois pelo contrário acarretaria pela inércia do legislativo a descrença da constituição federal.

Ocorre que o Mandado de Injunção faz parte do Controle de Constitucionalidade Difuso tanto por consequência o efeito da sentença interpartes, porém por sua vez a Corte aplicou efeito erga omnes, um efeito que é característico do Controle de Constitucionalidade Concentrado, havendo aqui a abstração do controle difuso.

Assim, o Supremo Tribunal Federal passa por uma revitalização do seu modo de julgar. Partindo de um ativismo judicial (o que ensejou críticas por parte da doutrina, que acusa a corte suprema de querer ser um “legislador positivo”). O STF vem aplicando técnicas abstrativas aos seus julgados de controle difuso de constitucionalidade, permitindo que decisões que, pela antiga concepção, somente poderiam se dar entre as partes do litígio, atingissem terceiros que não participaram da lide.

3.1 A posição tradicional sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no mandado de injunção.

Até 2007 tanto nas ações direta de inconstitucionalidade por omissão como em sede de Mandado de Injunção, o STF adotava uma posição considerada como “Não Concretista” posição está muito conservadora, aonde chegando ao final da ação, na sentença apenas se declarava a mora do poder omisso, não se adotando nenhum outro meio para suprir a norma faltante.

Muito curioso, pois a sentença declarava o que os legitimados ativos da ação já sabiam antes de ajuizar a ação; que o poder público estaria em mora. Sendo então que esta declaração não fazia diferença na vida real, pois só estaria confirmando o óbvio. Vejamos um julgado que demonstra essa posição;

“(…) O MANDADO DE INJUNÇÃO NEM AUTORIZA O JUDICIARIO A SUPRIR A OMISSAO LEGISLATIVA OU REGULAMENTAR, EDITANDO O ATO NORMATIVO OMITIDO, NEM, MENOS AINDA, LHE PERMITE ORDENAR, DE IMEDIATO, ATO CONCRETO DE SATISFAÇÃO DO DIREITO RECLAMADO: MAS, NO PEDIDO, POSTO QUE DE ATENDIMENTO IMPOSSIVEL, PARA QUE O TRIBUNAL O FAÇA SE CONTEM O PEDIDO DE ATENDIMENTO POSSIVEL PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSAO NORMATIVA, COM CIENCIA AO ÓRGÃO COMPETENTE PARA QUE A SUPRA³⁵(…)”

“(…) 2. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional ja criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora³⁶(…)”

Defendendo assim a mera faculdade do legislador legislar, e o grande problema que se encontrava era que quando se declarava na sentença que o poder omisso estava em mora, este continuava não legislando, colocando em risco a segurança jurídica do ordenamento jurídico, e por essas razões esse tema veio

³⁵STF, MI 168, Rel. Min.Sepúlveda Pertence, j. 21.03.1990, DJ 20.04.1990.

³⁶STF, MI 444 QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29.09.1994, DJ 04.11.1994.

sofrendo alterações com o tempo em relação ao Mandado de Injunção, tornando-se um remédio muito mais efetivo.

3.1.1 Posição Não Concretista.

Esta posição é a mais antiga e mais conservadora de todas, onde na busca de ir ao judiciário com intuito de poder usufruir de um direito já previsto, a sentença do STF apenas alegava ao órgão público a mora de sua omissão, contribuindo que prevalece a síndrome da inefetividade das normas constitucionais e nada era feito para sanar o problema na prática, uma vez que somente com a declaração de mora do poder omisso não era hábil para sanar o problema.

“De acordo com a posição não concretista o Poder Judiciário não poderia suprir a omissão da norma faltante, tampouco determinar prazo para o legislador elaborar a lei, restando a sentença tendo efeito penas de declarar a mora legislativa³⁷”.

Desta maneira o mandado de injunção não parecia surgir efeito algum, uma vez que nada se poderia fazer até então para o legislador elaborar a lei. Desta forma se entrava no judiciário e se saía dele com a certeza que já tinha desde o início, que havia mora do poder público, com esse embasamento encontramos o julgado do MI nº 444 mencionado pela doutrinadora Flávia Bahia;

“O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (STF, MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.03.1990, DJ 20.04.1990) e no mesmo sentido: “Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora³⁸”

3.2 A mudança jurisprudencial: o efeito concreto no reconhecimento de inconstitucionalidade no mandado de injunção.

Desde 2007 começaram a surgir posições concretistas por parte das interpretações do Supremo Tribunal Federal. Em sentido amplo as posições concretistas são aquelas que não se limitam a apenas declarar a mora do poder público, dando mais efeitos práticos e concretos.

³⁷BAHIA, Flávia Martins. **Direito Constitucional Teoria e Prática**, p. 26.

³⁸BAHIA, Flávia Martins. **Direito Constitucional Teoria e Prática**, p26 apud STF, MI 444-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29.09.1994, DJ 04.11.1994.

Surgindo então três principais posições; a posição concretista geral adotada pelo STF nos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712 em relação ao art. 37, VII, da CF, que diz respeito a greve dos servidores públicos.

Posição concretista individual direta, onde pode se aplicar a analogia de lei já existente para resolver um caso em específico, porém tendo efeito interpartes. Vemos essa posição sendo adotada no Mandado de Injunção individual nº 721 em relação ao art. 40 §4, III da CF;

(...) APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91³⁹.

E por fim a posição concretista intermediária adotada pelo STF por unanimidade na ADI 3.682 em relação ao art. 18 §4 da CF. “De acordo com essa teoria o Poder Judiciário além de comunicar a omissão ao órgão competente deverá fixar-lhe prazo para a edição da norma faltante⁴⁰”;

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15 /1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inertiadeliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser

³⁹STF, MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.08.2007, DJ 29.11.2007.

⁴⁰BAHIA, Flávia Martins. **Direito Constitucional Teoria e Prática**, p. 28.

contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios⁴¹.(...)

Com essa nova corrente afirma o doutrinador Pedro Lenza⁴² que os principais argumentos para essa mudança seriam; a força normativa da constituição, o princípio da supremacia da constituição, o STF como guardião da constituição, entre outros.

Colaborando assim para que dessa forma possa se colocar um fim à síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada e tornar o Mandado de Injunção um instrumento eficaz.

3.2.1 Posição Concretista Geral.

A posição não concretista geral foi adotada pelo STF nos mandados de injunção nº 670, 708 e 712 que abordam o tema da greve em relação aos servidores públicos art. 37, VII da CF e por essa razão o Supremo reuniu ambos em um único julgamento

O STF recebeu esses três mandados de injunção decidindo de maneira inédita, declarando além da mora do poder público, que até a criação da lei de greve do servidor público, se aplicaria no que couber a lei de greve do empregado de empresa privada, transcendendo dessa maneira os efeitos dessa decisão para todos os servidores públicos e não somente para aqueles que impetraram o mandado de injunção, dando efeitos subjetivos erga omnes. Observando aqui a ementa do Mandado de Injunção 708;

(...) 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo

⁴¹STF, ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007, DJ 05.09.2007.

⁴²LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p. 257.

específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes⁴³ (CF, art. 2o) (...)

Podendo-se observar que essa decisão transcendeu, foi além das partes ali envolvidas, oras se estávamos diante de um mandado de injunção no controle difuso não haveria de se falar apenas em efeitos inter partes? Com essa decisão estamos diante do sistema difuso com efeitos subjetivos erga omnes sem a apreciação do Senado Federal, ficando claro certa abstrativização do controle de constitucionalidade brasileiro.

E mesmo o STF não admitindo a tese da abstrativização do controle de constitucionalidade, se prova aqui que houve uma abstrativização do controle difuso em relação ao mandado de injunção na posição concretista geral e que poderá perfeitamente servir de referência para os próximos julgados. Como regra encontramos nas palavras do doutrinador Pedro Lenza;

O efeito erga omnes da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante (EC nº 45/2004) e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do art. 52, x da CF/88, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal⁴⁴.

Por isso a abstrativização aqui tem o sentido de difundir, vemos o modelo de controle de constitucionalidade difuso perder em parte suas características para o controle concentrado, afinal pela primeira vez se vê um mandado de injunção com efeito erga omnes sem a presença do Senado Federal, e tudo isso para que o

⁴³STF, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, DJ 30.10.2008.

⁴⁴LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p.258.

ordenamento jurídico não passe a imagem de uma simples folha de papel sem efeito prático, uma vez que o legislador ficou inerte.

Considerações Finais.

O controle de constitucionalidade brasileiro é misto, adotando os dois sistemas existentes, o difuso e o concentrado, sendo o controle essencial para que o ordenamento jurídico funcione de maneira mais completa e harmônica possível, se baseando sempre na lei maior, a Constituição Federal.

E assim nos deparamos com o Princípio da Supremacia da Constituição, onde qualquer elemento inferior que a desobedeça estará corrompido por um vício insanável de nulidade sendo o mesmo inconstitucional.

Em relação às inconstitucionalidades damos aqui uma maior observância na inconstitucionalidade por omissão que é relativamente nova no ordenamento jurídico ao nos depararmos com a inconstitucionalidade por ação que sempre foi tema com relevância para a doutrina.

E assim para combater esta inconstitucionalidade por omissão é que surgiu apenas na constituição de 1988 a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sendo utilizado no controle concentrado e o Mandado de Injunção no controle difuso, vindo para defender o ordenamento jurídico de um problema grave denominado como uma “doença” chamada de inefetividade das normas constitucionais, só que direcionando para os direitos subjetivos;

“A falta de determinação política dos poderes constituídos em dar concretude ao projeto constitucional em vigor também constitui uma das mais graves disfunções do direito constitucional contemporâneo: A síndrome da inefetividade das normas constitucionais⁴⁵”.

Porém o que ocorria era que o mandado de injunção quando impetrado, apenas obtinha do poder judiciário a declaração de mora do poder omissor “posição não concretista”, e o que se veio observando é que não bastava apenas essa declaração, pois se continuava sem a elaboração da lei, não surtindo efeitos na prática, pois não havia um meio de impor, ou até mesmo uma sanção para que o órgão omissor elaborasse a norma reguladora faltante.

⁴⁵BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p.62

E esse tema começou a ser muito debatido na doutrina, afinal o Mandado de Injunção “se destina a possibilitar o suprimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente⁴⁶.”

A segunda opção, caracterizada pela posição não concretista, se vê o Ministro Ricardo Lewandrowski no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 referente ao direito de greve dos servidores públicos, defender que o Mandado de Injunção deveria tão somente declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa e dar ciência ao órgão omissor para a elaboração da norma faltante⁴⁷. Uma vez que também não seria possível a utilização da analogia, pois para ele não haveria semelhança relevante entre o direito na esfera pública e privada.

Defendendo também no julgado dizendo; “estou convencido de que o Judiciário não pode ocupar o lugar do Poder ao qual o constituinte, intérprete primeiro da vontade soberana do povo, outorgou a sublime função de legislar⁴⁸”.

Porém, ficamos com a primeira opção, a posição denominada como concretista, já que a segunda não possibilitava o exercício do direito subjetivo previsto na Constituição. E essa corrente é adotada de forma inédita também no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 que diz respeito ao direito de greve dos servidores públicos que ainda não tinham como exercê-lo por falta de norma reguladora.

Vemos defendendo a posição concretista o Ministro Gilmar Mendes onde nesse referido julgado dos três mandados de injunção menciona que o tema referente a greve dos servidores públicos não haviam recebido um mínimo tratamento satisfatório pelo Poder Legislativo e assim ressalva ;

“(...) Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel do legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.⁴⁹”

Defendendo também que solucionar a falta de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos é de caráter obrigatório, uma vez que não é

⁴⁶BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 164.

⁴⁷Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, p. 53.

⁴⁸Ibidem, p. 57.

⁴⁹Ibidem, p. 31.

dado ao legislador o poder de decidir de concede ou não um direito já previsto constitucionalmente. E por essa razão aqui sim, se estaria diante de uma possível violação ao princípio da separação de poderes, com a omissão legislativa e não em relação ao judiciário buscar uma posição concretista para defender a supremacia da constituição.

Ficando assim a posição não concretista ultrapassada, uma vez que a posição concretista vem para solucionar de maneira bem mais efetiva a questão da inefetividade das normas constitucionais e dar vida ao Mandado de Injunção que passa “a impedir o desprestígio da própria constituição⁵⁰”.

Não afrontando de maneira nenhum princípio constitucional, pois se está a reunir esforços na busca de uma maior efetividade da constituição como um todo⁵¹.

Também acompanhando a posição do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Celso de Mello;

“(...) não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República⁵²(...)”

Desse modo, a greve tipificada no art. 37, VIII da CF, mesmo sendo considerada norma de eficácia limitada, ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que enquanto não fosse editada a lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, estes se utilizariam por analogia no que couber a lei de greve dos empregados de empresa privada, até o momento em que o legislador criasse a lei específica faltante.

Contudo, até agora o legislativo não criou a tal lei regulamentadora, o que torna a posição concretista ainda mais viável, pois do contrário até hoje estaria o servidor público sem seu direito de greve regulamentado.

A despeito da grande evolução do posicionamento do judiciário, como muito recente e tendo ainda muito do que se discutir, a posição concretista ainda não é a

⁵⁰Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, p. 67.

⁵¹Ibidem, p. 38.

⁵²Ibidem, p. 74.

regra, todavia ficando este julgado como um marco histórico e servindo de referência pra os próximos julgados.

Assim, não se está aqui a defender que o Judiciário deveria entrar na esfera do legislativo e assumir a sua função, mas que o mesmo deveria atuar de maneira eficaz uma vez que se depare com a omissão legislativa, mesmo o legislativo se encontrando muitas vezes em dificuldades políticas.

Por fim, mesmo estando em um país onde a descrença em seus governantes do Legislativo é quase unânime, decisões como estas nos trazem a esperança de volta, para que nossos direitos previstos constitucionalmente possam ser exercidos e que a constituição federal deixe de ser nominalista e se torne cada vez mais normativa.

Referências;

BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ªEd., São Paulo: Saraiva, 2012.

BAHIA, Flávia Martins. **Direito Constitucional Teoria e Prática**. Salvador – BH, Juspodivm, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Editora Brasília Jurídica v.207, nº1, pag.1-109. Brasília, DF, 2007.

CANI, Livia Salvador. **A memória. A história e o romance em cadeia de Ronald Dworkin**. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista039/A_MEMORIA_A_HISTORIA_E_O_ROMANCE_EM_CADEIA_DE RONALD_%20DWORKIN.pdf> Acesso em: 19-04-2015.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

JUNIOR, André Puccinelli. **Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador**. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ªEd., São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 3ªEd.,Niterói RJ: Editora Impetos. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ªEd.,São Paulo:Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional; Tomo II Constituição e Inconstitucionalidades**. 3ªEd., Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ªEd.,Niterói RJ: Impetus, 2008.

PINTO, Tácito L. Maranhão. **O Mandado de injunção; Trajetória de um Instituto**. São Paulo: LTr, 2002.

QUARESMA, Regina. **O Mandado de Injunção e a Ação de inconstitucionalidade por Omissão**. 3ª Ed., Rio de Janeiro, Forense 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ªEd., São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do Mandado de Injunção**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.