

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 427

(ano VII)

(26/08/2015)

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



26/08/2015 Juliano Ryzewski

» [Receita Federal tem prazo de um ano para julgar e restituir empresas](#)

ARTIGOS

26/08/2015 Vladimir Pol zio Júnior

» [O \(novo\) constitucionalismo e a garantia da liberdade de comprar e vender drogas recreativas](#)

26/08/2015 Mariana Carolina Cruz de Santana

» [A reforma agrária como movimento social responsável pela efetiva o do Princípio da Fun o Social da Propriedade](#)

26/08/2015 Ismael de Córdova

» [Inclusão social sob a  tica da Lei n  8213/1991 - exigência de percentual de pessoas com deficiência nas empresas](#)

26/08/2015 Gabriel de Oliveira Silva

» [A inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1  da Lei da A o Civil Pública](#)

26/08/2015 Tau  Lima Verdun Rangel

» [Anota es   Lei n  11.906/2009: Breves Comentários ao Instituto Brasileiro de Museus](#)

26/08/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Da tutela antecipada: conceito, requisito e distin o se comparada à tutela cautelar](#)

RECEITA FEDERAL TEM PRAZO DE UM ANO PARA JULGAR E RESTITUIR EMPRESAS

JULIANO RYZEWSKI: Advogado.

Não são raras as vezes que as empresas contribuintes protocolam junto à Receita Federal do Brasil pedidos de restituição de valores referentes, por exemplo, a devolução dos 11% do INSS Retido na Fonte, ressarcimento de PIS e COFINS, Imposto de Renda, valores pagos indevidamente, entre tantos outros, os quais a Administração Tributária Federal leva anos analisando o processo administrativo sem realizar a restituição dessas importâncias.

Essas empresas buscam a restituição desses valores por meio do procedimento eletrônico denominado de Pedido de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação (PER/DCOMP). Por conseguinte, as empresas requerem junto à Receita Federal, por intermédio de vários PER/DCOMP, a restituição de diversos valores, porém, no entanto, passam-se meses e anos e, ao consultar o andamento de seus processos administrativos, a resposta é a mesma: "em análise".

As explicações dos Órgãos Administrativos Federais para a morosidade na tramitação desses processos de restituição são frequentemente repetidas: existência de inúmeros pedidos de ressarcimento pendentes de apreciação, escassez de servidores, lacuna nos preenchimentos dos cargos nos colegiados, entre outras tantas desculpas.

Entretanto, o que a maioria das empresas e contribuintes não sabe é que a Receita Federal tem o prazo máximo de 360 dias para proceder no

juízo desses processos, a contar do protocolo do pedido, defesa ou recurso, de acordo com o artigo 25 da Lei n. 11.457 de 2007, que prevê:

“Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.”

Ademais, a Receita Federal vem descumprindo uma garantia constitucional estabelecida no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 que dispõe: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Assim, diante dessas garantias legais e constitucionais, as empresas vêm se socorrendo do Poder Judiciário a fim de receber esses valores, o que tem sido amplamente aceito pelos nossos Tribunais, existindo, inclusive, casos em que houve a determinação liminar para que a Receita Federal julgasse imediatamente os processos paralisados em no máximo 15 ou 30 dias.

Dessa forma, caso a empresa já tenha efetuado o pedido de restituição junto à Receita Federal e estando o seu processo administrativo paralisado por mais de quatro ou cinco meses sem julgamento, deve o contribuinte promover ação judicial o mais breve possível, com o objetivo de dar imediato andamento ao seu processo administrativo e obter a restituição desses valores ainda dentro do mesmo ano em que procedeu ao protocolo do pedido.

O (NOVO) CONSTITUCIONALISMO E A GARANTIA DA LIBERDADE DE COMPRAR E VENDER DROGAS RECREATIVAS

VLADIMIR POLÍZIO JÚNIOR: Doutorando em Direito e Mestre em Direito Processual Constitucional pela Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ), Argentina. Defensor Público Estadual no Estado do Espírito Santo. Autor de inúmeros artigos em livros, revistas e publicações especializadas, e das seguintes obras: Lei de Acesso à Informação- manual teórico e prático, 1ª ed, 2015; Novo Código Florestal, 2ª ed., 2014; Meio Ambiente e os Tribunais, 1ª ed., 2014; Crimes Contra a Vida e os Tribunais, 1ª ed., 2014; Crimes Contra o Patrimônio e os Tribunais, 1ª ed., 2014; Liberdade de Expressão e os Tribunais, 1ª ed., 2014.

RESUMO: O artigo desenvolve o estudo sobre o cabimento da restrição legal ao uso, à produção, à compra e à venda de drogas recreativas dentro da moderna interpretação constitucional, onde os princípios ocupam um papel de extrema relevância e, nessa perspectiva, objetiva analisar a constitucionalidade da atual Lei Antidrogas. A conclusão é que a ilegalidade das atividades relacionadas às drogas ilícitas, além de não impedir sua disponibilização no mercado, refletindo apenas no preço e na baixa qualidade dos produtos, viola o constitucional direito individual da pessoa que queira utilizar, produzir ou comercializar essas substâncias; o Estado, em uma sociedade democrática e de direito, não deve criminalizar as atividades relacionadas às drogas recreativas, mas sim regular esse mercado e atuar na educação e conscientização sobre os nefastos efeitos causados à saúde pela utilização imoderada de qualquer droga.

PALAVRAS- CHAVE: drogas ilícitas; drogas recreativas; legalização das drogas; inconstitucionalidade da Lei nº 11.343; direitos fundamentais.

THE (NEW) CONSTITUTIONALISM AND THE FREEDOM WARRANTY OF BUY AND SELL RECREATIONAL DRUGS

ABSTRACT: The article develops the study on the pertinence of the legal restrictions on the use, production, purchase and sale of recreational drugs within the modern constitutional interpretation, where the principles play an extremely important role and, in this perspective, it aims to analyze the constitutionality of the current Drug Law. The conclusion is that the illegality of illicit drugs related activities, besides not preventing their availability on the market, resulting only in price and in products' low quality, violates the constitutional right of the individual who wants to use, produce or trade these substances; the State, in a democratic society of law, should not criminalize the recreational drugs related activities, but it should regulate the market and act in education and in raising awareness about the harmful health effects caused by immoderate use of any drug.

KEYWORDS: illicit drugs; recreational drugs; drugs legalization; unconstitutionality by Law n. 11,343; fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Lei Antitóxico; 3. Do Alcance do Direito Penal; 4. Da Dignidade da Pessoa Humana; 4.1 Da Necessária Motivação do Ato Administrativo; 5. Do Novo Direito Constitucional; 6. Proibir Não, Educar Sim; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A nova interpretação constitucional reconhece nos princípios um poder integrador natural apto a conferir a adequada temporaneidade às normas e aos próprios dispositivos postos na Carta Magna, o que relativiza a inércia legislativa no atendimento às demandas sociais. Por essa ótica, a Lei Antitóxico está fadada à inconstitucionalidade, primeiro, porque credita a ato administrativo a relativização de direitos fundamentais e, segundo, porque resulta uma atuação indevida do Estado na esfera íntima do cidadão, violando princípios consagrados pelos constituintes de 1988.

2. LEI ANTITÓXICO

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, é a atual norma que criminaliza o uso, a produção e o tráfico de drogas ilícitas. Ao contrário da anterior, Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, onde adquirir, guardar ou portar substância ilícita impunha pena de detenção de até 2 anos (art. 16), e a produção ou tráfico penas de reclusão entre 3 e 15 anos (art. 12), a novel legislação não restringe a liberdade dos usuários (art. 28), e aos produtores ou traficantes majorou a reprimenda para o mínimo de 5 anos, mantendo o limite de 15 anos de reclusão (art. 33).

As drogas ilícitas, a exemplo da lei anterior, não são descritas na novel produção legislativa. Nos termos do art. 66 da Lei nº 11.343, “drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial” são identificadas em “Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”. Assim, a Lei Antitóxico constitui exemplo do que denomina a doutrina norma penal em branco (RESTANI, 2010), sendo complementada por norma administrativa produzida pela vigilância sanitária, no âmbito do Ministério da Saúde.

3. DO ALCANCE DO DIREITO PENAL

Para Bianchini (2002, p. 41), “um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo na sociedade”. E explica:

A dificuldade encontra-se, exatamente, na identificação desta classe de bens. A determinação do que seria digno de tutela penal representa uma decisão política do Estado, que, entretanto, não é arbitrária, mas condicionada à sua própria estrutura. Em um Estado social e democrático de direito, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem.

Capez (2004, p. 10-11) lembra que

[...] a norma penal em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuam lesividade social.

De fato, em um Estado Democrático e de Direito, é fundamental submeter o tipo incriminador a uma profunda investigação ontológica,

porque crime não é necessariamente o que determina o legislador, por um conceito meramente formal, sendo imperativo indagar, antes, se essa conduta tipificada teria a potencialidade de representar um risco aos valores que fundamentam a sociedade (CAPEZ, 2004, p. 11). Isso porque a norma jurídica, leciona Capez (2004, p. 13), tem por escopo “a proteção de bens jurídicos a partir da solução dos conflitos sociais, razão pela qual a conduta somente será considerada típica se criar uma situação de real perigo para a coletividade”.

A doutrina reconhece a incidência de inúmeros princípios que limitam a atuação do direito penal. Acima deles, como valor-fonte dos direitos fundamentais, está a dignidade da pessoa humana, como já reconheceu o STF, no julgamento do RE nº 477.554, de lavra do Min. Celso de Mello (2011, p. 1), que em sua ementa assenta:

[...] O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Dentre esses princípios, estão o da lesividade e o da proporcionalidade mínima.

O princípio da lesividade aponta que o direito penal deve recair sobre condutas que efetivamente representem um prejuízo à vida em sociedade, conforme a presente a realidade social. Lúcido o escólio de Zaffaroni, Batista e outros (2003, p. 225-226), para quem:

a) O estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer alguma coisa diferente. Por essa razão, o estado paternalista é imoral. b) Em lugar de pretender impor uma moral, o estado ético deve reconhecer o âmbito da liberdade moral, possibilitando o mérito de seus cidadãos, que surgem quando eles têm disponibilidade da alternativa imoral: tal paradoxo leva à certa afirmação de que *o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade*, intimamente vinculada à diferença entre consciência jurídica e consciência moral. [...]. c) Como consequência do anterior, as penas não podem recair sobre condutas que são justamente o exercício da autonomia ética que o estado deve garantir, mas sim sobre condutas que a afetem. De acordo com essa opção moral (e o conseqüente rechaço do estado paternalista imoral), não pode haver delito que não reconheça, como suporte fático, um conflito

que afete bens jurídicos alheios, entendidos como os elementos de que outrem necessite para a respectiva auto realização (ser aquilo que escolheu ser, de acordo com sua consciência). (grifos no original)

Daí porque entendem Zaffaroni, Batista e outros (2003, p. 226-227) que o *princípio da lesividade* assegura que “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”. A conceituação sobre o que seria, pois, *bem jurídico* é imprescindível, embora, como advertam os autores, “habitualmente se proceda logo a uma indevida comparação entre *bem jurídico lesionado ou exposto a perigo* e *bem jurídico tutelado*” [1], ambos com conteúdo substancialmente diversos, “pois nada prova que a lei penal efetivamente tutele um bem jurídico”, já que “a única coisa suscetível de verificação é que ela confisque um conflito que atinge ou coloca em perigo o bem jurídico”. E completam:

A afirmação de que isso implica uma tutela corre por conta da agência política criminalizante, mas sua verificação não pode ser feita através da lei, mas sim da própria realidade social: o direito penal só manifesta a criminalização primária e a pretensão discursiva tutelar daquela agência; a sociologia é que verifica (como falsa ou verdadeira) a tutela. [...]. Essa distinção é tão necessária quão perigosa é sua equiparação, porque a ideia de bem jurídico tutelado

digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas. (2003, p. 227)

O **princípio da proporcionalidade mínima** impõe que o direito penal não deve se preocupar quando a lesão ao bem jurídico tutelado for diminuta ou quando a sanção for demasiada. Zaffaroni, Batista e outros ensinam:

A criminalização alcança um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito sobre cuja base opera é de lesividade ínfima ou quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito. Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau de lesão que tenha provocado. [...]. Simplesmente se afirma que o direito penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do

exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela praticou. (2003, p. 230-231)

Inúmeros outros princípios são reconhecidos na doutrina. Ao discorrer sobre os princípios que pautam o direito penal, Fernando Capez (2004, p. 18-19) aponta que o **princípio da adequação social** impõe que apenas as condutas que afrontem o sentimento social de justiça devem ser tipificadas. E explica:

Para essa teoria, o Direito Penal somente tipifica condutas que tenham certa relevância social. o tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos à categoria de infrações penais; por conseguinte, as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer este tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer do vício de inconstitucionalidade.

[...]

Critica-se essa teoria porque, em primeiro lugar, costume não revoga lei, e, em segundo, porque não pode o juiz substituir-se ao legislador e dar por revogada uma lei incriminadora em plena vigência,

sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, devendo a atividade fiscalizadora do juiz ser suplementar e, em casos extremos, de clara atuação abusiva do legislador na criação do tipo.

Indica Capez (2004, p. 19-22) o *princípio da intervenção mínima*, inspirado “na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias”. Por esse princípio, o legislador penal deveria se preocupar tão somente com as condutas que provoquem dano à vida em sociedade. E leciona:

Da intervenção mínima decorre, como corolário indescutível, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata

dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*).

Dessarte, a controvérsia reside na identificação das condutas relacionadas às drogas ilícitas utilizadas para deleite do usuário um fato típico, uma lesão tamanha à sociedade que exija a imposição de uma sanção. O fato de essa conduta permanecer tipificada não afasta, entretanto, a necessidade de que seja interpretada conforme a Constituição, para que dela se possa extrair um significado hodierno, de tal sorte a não se divorciar dos princípios que norteiam o Direito penal.

Eventualmente, condutas são descriminalizadas, porque o legislador se apercebe que o bem jurídico tutelado não reclama a aplicação de uma pena. Desse processo de despenalização de condutas são exemplos: (i) o uso pessoal de substâncias entorpecentes, que não mais sujeita o agente a pena privativa de liberdade (art. 28, Lei nº 11.343/2006), embora permaneça a nomenclatura de crime; (ii) o adultério, tipificado como crime no Código Penal pelo art. 240, foi expungido pela Lei nº 11.106/2005.

Com relação às drogas, a subjetividade do Estado na identificação precisa sobre o porquê de algumas drogas nocivas à saúde, como o álcool, a ayahuasca^[2] e o tabaco, serem lícitas, enquanto outras, como a maconha ou a cocaína, serem ilícitas, representa violação à isonomia, pois estabelece uma situação jurídica na qual, embora todas consistam em substâncias que, se utilizadas excessivamente, gerem dependência e sejam nocivas à saúde, as distinguem em dois grupos, o das legais e o das

ilegais, sem qualquer justificativa plausível. Essa falta de objetividade, aliada à incapacidade estatal de impedir a disponibilização das drogas recreativas aos que delas pretendem fazer uso, fomentando com isso a existência de um lucrativo mercado paralelo^[3], com distribuidores organizados à margem da lei controlando a produção e a distribuição de produtos com má qualidade aos usuários, corroboram na percepção de que a manutenção da ilegalidade não inibe o consumo e, ao revés, tonifica organizações criminosas especializadas em suprir a demanda desses produtos ilícitos. Pertinente a advertência de Karan (2009, p. 41), para quem as drogas não “geram criminalidade de violência, nem são os consumidores os responsáveis pela violência dos ‘traficantes’”, explicando que “Consumidores são responsáveis apenas pela existência do mercado, como o são os consumidores de quaisquer produtos. Responsável pela violência é sim o Estado, que cria ilegalidade e, conseqüentemente, gera criminalidade e violência”. Para a autora,

[...] ao tornar ilegais determinados bens e serviços, como ocorre também em relação ao jogo, o sistema penal funciona como o real criador da criminalidade e da violência [...], não são as drogas em si que geram criminalidade e violência, mas o próprio fato da ilegalidade que produz em série no mercado empresas criminosas – mais ou menos organizadas –simultaneamente trazendo, além da corrupção, a violência como outro dos subprodutos necessários. (KARAM, 2000, p.159)

Neste diapasão, não há lastro principiológico mínimo que avalize a tipificação de condutas relacionadas às drogas recreativas, como uso, produção e distribuição.

4. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre os fundamentos constitucionais estabelecidos pelo constituinte de 1988 está “a dignidade da pessoa humana” (art. 1, III). Esse princípio, como explica Moraes (2011, p. 24), “concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”, e repulsa a ideia “de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”.

A dignidade da pessoa humana contém um princípio implícito, que dele decorre naturalmente, que assegura a todos o direito de perseguir a felicidade. Nesse sentido ementa de lavra do Min. Celso de Mello, do STF, relator do RE nº 477.554 (2011, p. 1):

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da *dignidade da pessoa humana*, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito

constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da *busca da felicidade*, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - *Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.* Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado. (grifei)

Dessarte, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana constitui a garantia reconhecida pelos constituintes de 1988 de que o ser humano deve ser tratado com dignidade, a qual pressupõe respeito às suas convicções pessoais, porque ele possui o direito de ser feliz. No aspecto individual, essa dignidade se revela na não submissão ao interesse coletivo, de modo que a *busca da felicidade* não pode ser

obstada por eventual norma restritiva. Essa garantia, aliás, já estava consignada na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 1776, que no seu item 1 estabelecia:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem, por qualquer contrato, privar ou despojar sua posteridade; ou seja, o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, e de buscar e obter felicidade e segurança^[4]. (grifei)

A Carta Magna também dispõe, ao elencar os objetivos fundamentais republicanos, a obrigação de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Disso deflui que a promoção do bem comum, definido por João XXXIII (1963) como “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”, constitui o bem estar coletivo, sem diferenças entre uns e outros, e é o escopo primeiro e último do Estado Nacional. Sobre o tema, adverte Agra (2012, p. 181):

Quando a Constituição fala que não pode haver preconceito em relação a raça, sexo, cor, idade, origem etc., não está falando, de forma absoluta, que é impossível qualquer tipo de discriminação com base nestes elementos. Por exemplo, pode haver

diferenciação de sexo, possibilitando a inscrição de apenas mulheres, em um concurso para trabalhar como carcereira em um presídio feminino. Portanto, o que a Constituição veda são diferenciações com base nos elementos mencionados que não tenham um amparo lógico plausível que os justifique, que eles sejam alçados a critérios diferenciadores sem uma forte motivação que os ampare.

Lembra Ferraz Filho (2013, p. 8) que o bem comum, inerente a “todos os seres humanos”, constitui o “fim último da democracia constitucional brasileira”, advertindo que não se trata de “um ideal irrealizável”. Agra (2012, p. 129) lembra que os objetivos fundamentais constituem princípios de conteúdo polissêmico, “que impedem definições precisas acerca de sua essência”, concluindo que “formam as normas do *welfare state* brasileiro, isto é, são normas programáticas que têm o objetivo de criar um Estado de bem-estar social. Possuem eficácia mediata, no sentido de que o legislador infraconstitucional não pode afrontar o conteúdo de suas disposições”.

O princípio constitucional do bem comum, sem quaisquer formas de preconceito ou discriminação, portanto, reconhece o direito humano inerente a todos individualmente de não serem diferenciados indevidamente. Nesse mesmo sentido também dispõe o *caput* do art. 5º da Carta Política, encartado no Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, inserido no Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, de lavra do constituinte de 1988:

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:

[..]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Aponta Peña de Moraes (2013, p. 321) que

“Os direitos fundamentais, especialmente os direitos individuais, procedem à limitação do poder político na medida em que estatuem, relativamente ao Estado e aos particulares, um dever de abstenção, isto é, asseguram a existência de uma esfera de ação própria, inibidora de interferências indevidas, de forma que são satisfeitos por um abster-se ou não atuar”.

Seriam tais direitos, portanto, exemplos do que denominou Georg Jellinek *status negativus* ou *status libertatis*, porque consistiriam, os direitos individuais, decorrentes da inação estatal. Alexy (2012, p. 258), ao discorrer sobre essa teoria, aponta que nessa situação estariam apenas as ações consideradas, para o Estado, juridicamente irrelevantes, como “o

saborear de um vinho e o passeio em sua própria propriedade”. Isso porque ao conceito de *status negativo*, como aponta Novelino (2013, p. 381), atualmente são conferidos dois significados: (i) em sentido *stricto*, oriundo do pensamento de Jellinek, “diz respeito exclusivamente a liberdades jurídicas não protegidas”; (ii) em sentido *lato*, acolhido majoritariamente pela doutrina, “se refere aos direitos de defesa, ou seja, direitos a ações negativas do Estado que protegem o status negativo em sentido estrito”, ocasionando “uma obrigação negativa endereçada ao Estado para que deixe de fazer algo”.

Ciente das inúmeras críticas à teoria dos *status* de Jellinek, Alexy (2012, p. 270-271) lembra que “o legislador está vinculado aos direitos fundamentais”, sendo inaplicáveis essas teses “sob a vigência da Constituição alemã”. E adverte:

Mas isso não significa que o conceito de *status negativo* tenha se tornado obsoleto. Quando da discussão acerca do conceito de liberdade jurídica não-protégida foi demonstrado que as normas de direitos fundamentais devem ser concebidas também como normas permissivas. A partir dessa base é possível construir o conceito de *status negativo fundamental*. O conceito do *status negativo fundamental* [...] é constituído pela totalidade daquilo que lhe é facultado em virtude de uma norma constitucional permissiva. O *status negativo fundamental* pode ser violado também pelo

legislador, como, por exemplo, por meio de estabelecimento de normas proibitivas que contradigam uma norma de direito fundamental permissiva. O problema do conteúdo do *status negativo* é solucionável, portanto, por meio da introdução do conceito de *status negativo fundamental*. (grifei)

A doutrina de Alexy, ainda que amparada na realidade alemã, é pertinente ao estudo porque também a Constituição brasileira limita a atuação do legislador superveniente, adstrita aos direitos fundamentais nela consagrados. Os direitos e garantias individuais assegurados pelo constituinte de 1988, portanto, tutelam o que deve ser resguardado pelo Poder Público em favor dos indivíduos que compõem a sociedade, seja através da ação, normatizando e disciplinando o exercício de alguns direitos e garantias, seja por meio da inação, não diminuindo o campo da legalidade do que se é constitucionalmente assegurado.

Nesse diapasão, a ilicitude, e a consequente restrição ao uso, cultivo, preparo e venda de qualquer droga destinada à recreação, constitui interferência indevida do Estado sobre o direito humano fundamental de liberdade (art. 5º, *caput*, CF) e de inegável violação à garantia do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (inc. X, art. 5º, CF). O legislador penal, indiferente aos limites constitucionais para sua atuação, viola a dignidade da pessoa humana, notadamente no princípio que assegura a todos o direito de buscar a felicidade, o qual não

pode ser limitado com base na tradição ou em valores morais divorciados de força jurídica constitucional.

Há, pois, verdadeira discriminação (art. 3, IV, CF) aos que buscam a felicidade por meio de drogas consideradas ilícitas, porque tratados diferentemente dos que buscam a felicidade por meio de drogas lícitas. Qualquer droga, ainda que legal, possui potencialidade lesiva ao organismo humano; entretanto, a cadeia produtiva de uma se situa desabrigada da proteção jurídica e funciona na marginalidade, enquanto a outra atua livremente na sociedade. Essa discriminação não tem amparo constitucional, pois inexistente o imprescindível amparo lógico que seja plausível para justificá-lo.

Assim, a decisão pelo uso ou não de drogas recreativas constitui um direito individual que não interessa ao Estado, a não ser para regulamentar a cadeia de produção e distribuição dos produtos e, com isso, assegurar padrões mínimos de qualidade e pureza.

4.1 DA NECESSÁRIA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

A relação das drogas ilícitas, a que se refere a Lei nº 11.343, é apresentada pela Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 344, de 12 de maio de 1998. Todavia, nela inexistente motivação.

Motivo, como leciona Justen Filho (2009, p. 296-297), tem conceituação diversa de motivação, pois enquanto aquele consiste no “processo mental interno ao agente que pratica o ato”, a motivação se revela na formal exteriorização do motivo, propiciando controle sobre a regularidade do ato, ou seja, “na exposição por escrito da representação

mental do agente relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o conduziram a agir em determinado sentido”.

Essa debilidade da Portaria nº 344 foi apontada por Maciel (2013), em sentença de sua lavra:

A portaria 344/98, indubitavelmente um ato administrativo que restringe direitos, carece de qualquer motivação por parte do Estado e não justifica os motivos pelos quais incluem a restrição de uso e comércio de várias substâncias, em especial algumas contidas na lista F, como o THC, o que, de plano, demonstra a ilegalidade do ato administrativo.

Sem motivação, tal norma fica incapaz de poder complementar a norma penal do art. 33, *caput*, da lei 11343/06.

Ademais, ainda que houvesse qualquer justificativa ou motivação expressa do órgão do qual emanou o ato administrativo restritivo de direitos, a proibição do consumo de substâncias químicas deve sempre atender aos direitos fundamentais da igualdade, da liberdade e da dignidade humana.

Soa incoerente o fato de outras substâncias entorpecentes, como o álcool e o tabaco, serem não só permitidas e vendidas, gerando milhões de lucro para os empresários dos ramos, mas consumidas e adoradas pela população, o que demonstra também

que a proibição de outras substâncias entorpecentes recreativas, como o THC, são fruto de uma cultura atrasada e de política equivocada e violam o princípio da igualdade, restringindo o direito de uma grande parte da população de utilizar outras substâncias.

A falta de motivação adequada, sobre o porquê determinada droga é lícita ou ilícita não pode constituir simples discricionariedade, devendo ser fundamentada. Daí porque asseveram Neves e Segatto (2010) que qualquer droga, lícita ou ilícita, “possui consequências indesejáveis em qualquer idade. Legalizada ou não, o resultado biopsicossocial destruidor é enorme”. Todavia, se drogas lícitas há tão nefastas quanto as ilícitas, o critério para que determinada substância figure tanto numa como noutra relação deve ser objetivo e indubioso, e não decorrer de mero desejo da autoridade administrativa, pena de violar os princípios a que deve sujeitar-se a Administração Pública, notadamente a moralidade e a eficiência (art. 37, *caput*, CF). Oportuno o escólio de Martins:

Sabe-se que, para as drogas ilícitas, boa parte dos seus malefícios reside nas impurezas e na mistura de produtos altamente tóxicos e prejudiciais à saúde durante o seu processo de produção. Mas quanto às drogas lícitas também não se desconhece que podem causar danos aos indivíduos. A diferença é que sobre elas o Estado (e a sociedade) exerce o controle de qualidade nas esferas da produção e da circulação.

Destarte, também pelo aspecto formal pelo qual a relação das drogas ilícitas é apresentada há um vício insuperável, que não pode ser convalidado. Nela não há motivação qualquer. E ainda que houvesse, estar-se-ia diante de uma situação na qual um direito humano fundamental seria restringido por ato cunho administrativo, infralegal, porque emanado por órgão vinculado ao Ministério da Saúde.

5. DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL

Como evolução natural do desenvolvimento dos estudos sobre o alcance das disposições constitucionais, atualmente não se pode aturar, tamanha a evolução do constitucionalismo, palavras e expressões elencadas na Carta Magna desprovidas de resultado prático e efetivo, ainda mais quando expressam fundamentos principiológicos da República. Mello (2010, p. 958-959) lembra que princípio constitui “mandamento nuclear de um sistema”, funcionando como “verdadeiro alicerce”, que alcança as diversas normas “compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. E o autor é taxativo:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência

contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (MELLO, 2010, p. 959)

Sobre o papel do novo constitucionalismo, leciona Barroso (2013, p. 288-289):

O novo direito constitucional [...] tem sido referido, por diversos autores, pela designação de neoconstitucionalismo. O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. Dentro dessas balizas gerais, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas. Há quem questione a efetiva novidade dessas ideias, assim como seus postulados teóricos e ideológicos. Mas a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e

tribunais. Tão intenso foi o ímpeto das transformações que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções.

O Direito não é estanque, e a jurisprudência nacional, acompanhando a melhor doutrina, entende que o alcance dos direitos fundamentais não deve ser menor do que aquele adequado para atender as necessidades da sociedade em um determinado momento. Sem essa interpretação consentânea da Carta Política, os conflitos imanentes da própria evolução social não seriam enfrentados com justiça; mais que isso, os fundamentos pretendidos pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, como a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem comum, seriam lançados meramente à condição de normas programáticas. Preciso José Afonso da Silva (2013, p. 469) ao dispor sobre a eficácia dos direitos fundamentais, aduzindo que “a garantia das garantias consiste na eficácia e aplicabilidade imediata das normas constitucionais”. Oportuno escólio de Barroso (2013, p. 334-335):

A nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural. Ela não derrota a interpretação tradicional, mas vem para atender às necessidades deficientemente supridas pelas fórmulas clássicas. Tome-se como exemplo o conceito constitucional de família. Até a Constituição

de 1988, havia uma única forma de se constituir família legítima, que era pelo casamento. A partir da nova Carta, três modalidades de família são expressamente previstas no texto constitucional: a família que resulta do casamento, a que advém das uniões estáveis e as famílias monoparentais. Contudo, por decisão do Supremo Tribunal Federal, passou a existir uma nova espécie de família: a que decorre de uniões homoafetiva. Veja-se, então, que onde havia unidade passou a existir uma pluralidade.

A nova interpretação incorpora um conjunto de novas categorias, destinadas a lidar com as situações mais complexas e plurais [...]. Dentre elas, a normatividade dos princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade, segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio. Os fatos, por sua vez, passam a fazer parte da normatividade, na medida em que só é possível construir a solução constitucionalmente adequada a partir dos elementos do caso concreto. E o intérprete, que se encontra na contingência de

construir adequadamente a solução, torna-se coparticipante do processo de criação do Direito.

Essa evolução na *interpretatio* do Direito é essencial para que se possa adequar a vida em sociedade com o ordenamento jurídico. As normas devem adequar-se à sociedade, e não esta àquelas. Evidente que são dos legisladores, em um Estado Democrático de Direito, a atribuição republicana de criar, revisar e revogar leis; todavia, na hipótese de inércia do Poder Legislativo no cumprimento de suas atribuições, cabe ao Poder Judiciário, no exercício de suas também republicanas atribuições, extrair da norma um sentido que atenda aos anseios da sociedade, notadamente quando busca fundamento em princípios constitucionais.

O Min. Celso de Mello, por ocasião de seu voto no julgamento da ADPF nº 54/DF (2012, p. 359-360), destacou a função contramajoritária que cabe ao Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, de proteção de grupos vulneráveis contra “*excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica*” [5], assentando:

Esse aspecto da questão talvez explique a resistência que as correntes majoritárias de opinião, representadas no Congresso Nacional por expressivas bancadas confessionais, opõem às propostas de incorporação, ao sistema de direito positivo, de inovações fundadas tanto nas

transformações *por que passa* a sociedade contemporânea *quanto* nos compromissos que o Estado brasileiro *assumiu* no plano internacional.

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere ao tema ora em exame, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais.

Tal situação *culmina* por gerar um quadro de *submissão* de grupos vulneráveis à vontade hegemônica da maioria, *o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática* da instituição parlamentar, *pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão, por grupos majoritários, da minoria, definida tal expressão à luz do critério da vulnerabilidade das mulheres, que pode ser social, econômica e jurídica.*

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração

e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade, da intimidade, da autodeterminação pessoal, da liberdade e dos direitos sexuais e reprodutivos, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. (grifos no original)

O cerne da questão, pois, repousa na intolerância com os que comungam de pensamento diverso, o que é agravado quando este pensamento for contramajoritário. Infelizmente, o Brasil possui essa tradução: a escravidão de negros perdurou até 1888, enquanto os estadunidenses a repeliram em 1865[6] (NATIONAL ARCHIVES) e o Reino Unido em 1833[7] (NATIONAL ARCHIVES); o divórcio, aprovado no Brasil pela Lei nº 6.515/1977, havia em França desde 20 de setembro de 1792[8] (BORRILLO, 1986, p. 16).

Com relação às drogas recreativas, entretanto, não se pode ignorar, no plano internacional, legislações descriminalizantes, como no Uruguai, onde a Lei nº 19.172, de 20 de dezembro de 2013, permite o uso, cultivo e a comercialização de maconha em condições específicas pelo Estado, e na Holanda, “onde o consumo de droga na prática não é proibido. Arrogando-se de uma solução pragmática, não emocional nem dogmática, o centro de gravidade da actuação pretende-se localizado na saúde do consumidor, acreditando-se mais no controlo social que na eficácia da legislação”[9].

6. PROIBIR NÃO, EDUCAR SIM

O Brasil constitui um Estado laico, no qual dogmas de cunho religioso não podem obstar o direito individual, fundamentado na dignidade da pessoa humana, de buscar a felicidade. Entretanto, o exercício desse direito constitucional é fustigado por normas penais de criminalizam a posse, o uso, e as atividades relacionadas à produção e comércio de drogas recreativas. Pertinentes as colocações de Martins (2013):

A retirada das drogas da ilegalidade, colocando-as sob o controle do Estado, por meio da taxação de impostos e da qualidade dos produtos, não seria o caminho mais adequado, justo e economicamente viável para a sociedade? Afinal, esse é o recurso utilizado em relação às bebidas alcoólicas, ao tabaco e aos remédios. A quem interessa, então, manter na ilegalidade determinadas substâncias?

A resposta a essa questão não é simples e nem direta. Sinteticamente pode-se afirmar que a colocação das drogas na ilegalidade, e a sua condenação, responde a determinados interesses que no limite serve para a imposição de uma política de "tolerância zero", cuja liderança, que se pretende hegemônica para todos os países, tem sido encampada pelos Estados Unidos da América, no sentido da universalização de um discurso

proibicionista e condenatório de todo e qualquer tipo de uso de drogas consideradas ilícitas.

Ocorre que na Europa, a partir de 1980, um número significativo de países começa a perceber que a política de "tolerância zero", de condenação das drogas, não estava alcançando os resultados esperados, tanto na repressão da produção quanto na circulação delas.

Em Portugal, com o advento da Lei nº 30, de 29 de novembro de 2000, houve a “a descriminalização de todas as drogas, incluindo a *cannabis*, a cocaína e a heroína”, como lembra Martins (2013), que destaca:

No âmbito da lei que entrou em vigor em Portugal em 1º de julho de 2001, a mudança verificada diz respeito à descriminalização das drogas com repercussão no usuário, ou seja, a posse e o uso de drogas continuam proibidos, mas as consequências para o usuário, ao ser pego, referem-se a violações administrativas não mais tratadas no âmbito criminal.

Para além do acerto que Portugal obteve com a descriminalização das drogas, e do seu usuário, também é preciso ter claro que o peso dessa política recai na abordagem da saúde, exigindo do consumidor sua sujeição ao tratamento médico e, do

Estado, políticas adequadas para atender à demanda dos que se dispõem ao tratamento.

Ademais, resta destacar que para a União Europeia, e particularmente para Portugal, a política de "guerra às drogas", que recai em criminalização do usuário e na sua colocação na clandestinidade, tem se mostrado mesmo fracassada. Na política de "tolerância zero" quem ganha são os capitalistas das drogas, que têm no comércio ilícito um meio altamente lucrativo para a realização de seus interesses econômicos.

Por outro lado, a política de "guerra às drogas", que patrocina investidas militares, reforça a ideia de que os responsáveis pelo consumo de drogas, em nível mundial, são os países produtores e, nesse sentido, as invasões militares se justificam. Ocorre que essa mesma política de "guerra às drogas" não evidencia os interesses econômicos e políticos imbricados na questão.

Além disso, a política de "guerra às drogas" tem se mostrado desastrosa porque, ao promover a fumigação química de plantações, como as de coca, maconha e papoula, por exemplo, o resultado é um desastre ecológico para as terras cultiváveis localizadas próximas às áreas fumigadas, além da

perseguição aos pequenos agricultores, que têm no cultivo da coca seu meio de subsistência, como é o caso daqueles situados nos países andinos.

No contexto de uma política repressiva - antidrogas -, a experiência realizada por Portugal pode ajudar a pensar a realidade brasileira, contribuindo com uma abordagem menos preconceituosa sobre a questão.

Em sentido oposto, ao discorrer sobre a incapacidade do Estado em coibir o comércio de drogas ilícitas, Block (2010, p. 53) aponta que o erro das políticas estatais está em “se proibir as drogas, e não o vício propriamente”, arguindo que a ilegalidade apenas eleva o valor do produto e os malefícios à sociedade:

Quando uma mercadoria se torna ilegal, devem ser somados, a todos os custos normais de cultivar, colher, tratar, transportar, comercializar etc, os custos de burlar a lei e pagar pelas punições aplicadas quando somos apanhados. No caso do uísque clandestino (durante a lei seca nos anos de 1920), esses custos extras não eram tão excessivos, porque o cumprimento da lei era negligenciado, e a legislação não tinha apoio popular amplo. No caso da heroína, esses custos são enormes. [...]

Além de ter de pagar altos subornos à polícia, os comerciantes de drogas também precisam pagar

altos salários a seus empregados, pelos perigos que estes correm em contrabandear e manter em funcionamento as fábricas que preparam as drogas para a venda nas ruas. Eles também têm de exercer certo grau de paternalismo, cuidando daqueles empregados que são apanhados, subornando políticos, advogados e juízes para minimizarem as penas.(BLOCK, 2010, p. 53-54)

Para o autor, não se justifica a argumentação comumente utilizada de que a legalização das drogas, e em especial a heroína, “deteria o progresso e a civilização”, pautado nas experiências de britânicos e de chineses com drogas viciantes:

O argumento é que qualquer coisa que interfere com o progresso, como o uso disseminado da heroína, deve ser proibida. Mas existem outras coisas que interferem com o avanço do progresso e que a maioria das pessoas não gostaria que fossem proibidas- o lazer, por exemplo. Se os trabalhadores tirassem 90 por cento do ano em férias o “progresso” certamente vacilaria. Será que as férias longas seriam proibidas? Dificilmente. Além disso, a atual proibição da heroína não elimina o acesso à droga. Antigamente, só era conseguida nos guetos dentro das cidades; hoje em dia, pode ser comprada em

esquinas de ruas movimentadas dos subúrbios e nos pátios das escolas. (BLOCK, 2010, p. 55-56)

A experiência chinesa, lembra Block (2010, p. 56), decorre da época em que “os mercadores chineses foram *forçados* pela ‘diplomacia’ e canhoneiros a aceitarem o ópio. A legalização das drogas que viciam de forma nenhuma *força* as pessoas ao vício”[\[10\]](#).

Já a experiência britânica, ensina Block (2010, p. 56), onde as drogas são “ministradas legalmente, a baixo custo, por um médico ou clínica autorizada”, as estatísticas que apontam o aumento de consumo parte do equívoco de desconsiderar que, quando “ser viciado era ilegal, muitas pessoas relutavam em se declarar viciadas”, mas com a legalização do vício, e a conseqüente baixa dos preços das drogas, que passaram a ser disponibilizadas pelo Serviço de Saúde apenas aos que comprovassem a condição de dependentes, os usuários se assumiram como viciados. E completa:

Concluindo, devemos declarar que o vício em heroína pode ser um mal não mitigado, sem quaisquer aspectos que o redimam socialmente. Assim sendo, *os esforços para tornar públicos os males do vício só podem ser aplaudidos*. No entanto, a atual proibição da heroína e de outras drogas “pesadas” não serve a qualquer propósito útil. Ela tem causado incomensurável sofrimento e um grande motim social. Ao tentar manter essa lei viciosa, o agente da delegacia de narcóticos faz com

que os preços continuem elevados e acaba aumentando a tragédia. É somente o vendedor de heroína quem poupa vidas e alivia, até certo ponto, a tragédia. (grifei) (BLOCK, 2010, p. 56)

Ao analisar o problema das drogas no continente, em *El problema de las drogas em las Américas: alternativas legales y regulatórias*, a Organização dos Estados Americanos- OEA (2013, p. 5) reconheceu que: (i) o debate sobre as políticas de drogas foi intensificado, notadamente pela legalização da maconha no Uruguai e em dois Estados dos Estados Unidos da América^[11]; (ii) inúmeros membros da OEA “adotem sanções não penais ou tenham reduzido as sanções penais ou não sancionem a posse de substâncias controladas para uso pessoal, incluindo Argentina, Brasil e México”; (iii) “a despenalização *de facto* ou *de jure* da maconha para consumo pessoal é comum em muitos Estados dos Estados Unidos”; (iv) as evidências comprovam que “a redução de sentenças pela posse de quantidades pequenas tem pouco efeito sobre a quantidade de usuários”; (v) a legalização das drogas consideradas ilícitas poderia acarretar consequências negativas, como “complicar os esforços de prevenção, reduzir os preços e consequentemente ampliar o uso e a dependência”; (vi) com a suposição de que as estruturas regulatórias funcionem adequadamente, “a legalização poderia reduzir muitas das consequências negativas que atualmente mais preocupam a sociedade, como a violência, a corrupção e desordem pública resultante da distribuição de drogas”, além das doenças causadas pelo uso de agulhas compartilhadas e “do encarceramento de centenas de milhares de delinquentes de drogas de

baixa qualidade”; (vii) não existem dados suficientes para se aferir “com precisão os custos e benefícios, e é difícil predizer quanto a legalização reduziria a delinquência e outros danos ou aumentaria a quantidade de dependentes e o uso”, que provavelmente teriam variação “por país, por droga e pela natureza do regime de legalização adotado”, porque, além de inexistir Estado que tenha legalizado todas as drogas, exemplos históricos, como, “por exemplo, para o período em que a cocaína era legal em muitos países ocidentais”, tampouco “as comparações com a proibição do álcool proporcionam uma visão muito mais clara”^[12].

Nesse trabalho da OEA (2013), ao discorrer sobre os “potenciais resultados positivos da disponibilidade legal”, ficou consignado que a mortalidade entre os usuários e a criminalidade podem ser reduzidas com a descriminalização:

A condição de ilegalidade das drogas é a principal causa de overdose, pois cria incerteza quanto à pureza do que se compra e incentiva o uso de adulterantes que podem, por si só, surtir efeitos perigosos. Em um regime legal regulado, as drogas vendidas seriam de pureza conhecida e constariam seus ingredientes na etiqueta do produto. O HIV, de muito associado com a injeção de heroína, poderia reduzir-se consideravelmente se os consumidores de heroína já não tenham de esconder seus hábitos e compartilhar agulhas. O aumento do consumo e da dependência amainariam esses lucros, pois essas

drogas ainda apresentam riscos à saúde inclusive quando a pureza é conhecida e seu uso não tem de ser clandestino.

Outras consequências da legalização poderiam ser a redução da desordem nos mercados e da criminalidade, assim como a redução da corrupção no sistema de justiça penal e das autoridades políticas em geral. Isso supõe que os países sejam capazes de implementar e aplicar sistemas eficazes de regulamentação que não permitam o surgimento de um grande mercado paralelo de drogas.[...]

Talvez a melhor prova histórica se encontre no exame dos efeitos da proibição do álcool e sua abolição nos Estados Unidos, pois foram casos proeminentes e estiveram sujeitos a muitos estudos e investigações, e ao mesmo tempo suscitaram muita controvérsia. Por inúmeras razões não é uma analogia perfeita. Por exemplo, o público poderia comparar a proibição com a disponibilidade legal já que o álcool estava legal antes de 1919. A repressão nunca foi muito dura; em 1921 o Estado de Nova Iorque não conseguiu mais de 20 condenações pela violação da lei estatal de proibição de álcool, a qual foi derogada em 1923. Os estudos apontam que a proibição do álcool nos Estados Unidos conduziu a

uma redução substancial, aproximadamente de um terço, do consumo de álcool durante as primeiras etapas da proibição, mas com o transcurso do tempo se tornou menos efetiva, na medida em que a corrupção policial minou a aplicação da lei e sua autoridade moral. [...] Durante a época de proibição houve um grande aumento de homicídios, que muitos acadêmicos atribuem às brigas entre os traficantes de licores. A derrogação da proibição foi seguida de uma diminuição substancial dos índices de homicídio e, segundo a evidência, um modesto aumento do consumo de álcool[13]. (OEA, 2013, p. 40-41)

De toda sorte, considerando que a ilegalidade das drogas recreativas constitui indevida interferência do Estado no direito humano fundamental que tutela o indivíduo em sua liberdade pessoal de agir conforme suas convicções pessoais e, assim, buscar sua felicidade, não se pode descuidar da garantia constitucional à saúde, nos termos do art. 196, que dispõe: “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”.

Destarte, a atuação estatal, da mesma forma que com relação ao álcool[14]e ao tabaco[15], deve limitar-se a regulamentar os meios de produção, comércio, publicidade[16] e uso, de forma a gerir uma política

que minimize os nefastos efeitos das drogas ao usuário[17], informando, educando e disponibilizando tratamento adequado. O direito constitucional à saúde, pois, é satisfeito quando o Estado informa sobre os riscos à saúde advindos da utilização da droga, garantindo sua pureza e qualidade, e disponibiliza o tratamento adequado para quem quiser deixar o vício. Oportunas as observações de Tavares:

Realmente, o Estado deve promover políticas sociais e econômicas destinadas a possibilitar o *acesso universal igualitário* às ações e serviços para a *promoção, proteção e recuperação* da saúde. Ademais, deve preocupar-se igualmente com a prevenção de doenças e outros agravos, mediante a redução dos riscos (arts. 166 e 198, II). Por fim, o tema relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor, cujo dever é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se. (grifos no original) (2013, p. 718)

O que não se pode admitir é a interferência estatal em campo afeto à intimidade do ser humano, livre para decidir pela utilização ou não de algo nocivo à sua saúde. Pela simples lógica ilógica de aceitar essa intromissão, poder-se-ia, quiçá, endossar a normatização sobre o consumo de gordura permitido, dado o malefício que causa à saúde, responsável por cerca de 30% das mortes globais (SANTOS, et al, 2013).

7. CONCLUSÃO

A vontade do legislador, divorciada da contundência dos princípios que norteiam o Direito Penal, não basta para tipificar uma conduta. Assim, apenas quando o bem jurídico tutelado for relevante para a vida social cabe a tutela protetiva; mas não basta a relevância, é preciso que haja homogeneidade, pena de valorar ou desvalorar ações relacionadas a um mesmo bem jurídico, o que fere o princípio da isonomia. Essa a situação com relação às drogas recreativas, porque outras drogas, como o álcool, a ayahuasca e o tabaco são consideradas lícitas, embora nocivas à saúde, enquanto outras, como a maconha, a cocaína e a heroína são consideradas ilícitas.

Ademais, existe um limite para a atuação do poder estatal que, se ultrapassado, torna ilícita sua atuação. A *dignidade da pessoa humana* (art. 1, III, CF) como valor preponderante, geratriz do princípio segundo o qual a pessoa tem o direito de *buscar sua felicidade*, e conseqüentemente *de ser feliz*, aliada ao reconhecimento também constitucional da *liberdade individual* como direito humano fundamental (art. 5º, *caput*), bem como da inviolabilidade da intimidade e vida privada (art. 5º, X), asseguram um campo onde é vedada a atuação do legislador, que não pode restringir direitos fundamentais.

Há uma discriminação (art. 3º, IV, CF) em desfavor dos que buscam a felicidade por meio de drogas ilícitas, atingindo igualmente todos que participam de sua cadeia produtiva, sem amparo lógico que possa justificá-lo. Se há drogas que igualmente causam malefícios à saúde e

possuem capacidade de causar dependência, mas são legalizadas, não há constitucionalidade na distinção restritiva.

A Lei nº 11.343, portanto, padece de dois grandes vícios. O primeiro é com relação à forma, pois remete a descrição das substâncias à tabela confeccionada pelo Ministério da Saúde, ou seja, a limitação do direito humano fundamental ocorre por meio de portaria, como se fosse possível um ato administrativo restringir o alcance de um direito garantido pela Constituição. A segunda nódoa da norma, mais grave, advém da própria restrição nela contida, decorrente da atuação do legislador em campo no qual não lhe cabe atuar.

A função do Estado, em uma sociedade democrática e de Direito, é zelar pela sedimentação dos direitos e das garantias fundamentais de seus cidadãos. Daí a relevância da novel interpretação constitucional, pautada na extração máxima da carga axiológica dos princípios, para suprir adequadamente os reclamos da sociedade, notadamente quando o legislador permanece inerte ao imprescindível *aggiornamento* normativo frente à evolução social. O novo constitucionalismo avaliza a interpretação consentânea da Carta Política, dela extraíndo a exegese adequada para atender as necessidades da sociedade em um Estado onde a democracia e o Direito imperam como instrumentos do povo, soberano absoluto do Poder do Estado. Os princípios ocupam relevante destaque, contribuindo para a harmonização dos dispositivos constitucionais e como norte na extração do melhor sentido das normas infraconstitucionais; violação ao princípio, pois, é ainda mais gravoso ao ordenamento que o descumprimento de qualquer norma.

Na doutrina, é forte o entendimento de que a proibição das drogas recreativas resulta tão somente na elevação de seus custos, na baixa qualidade do produto, potencializando sua nocividade, e no efeito catalizador da corrupção, propiciado pela existência de um mercado consumidor que é suprido por grupos organizados que movimentam vultosas somas de capital, à margem da lei. Daí porque, no Direito comparado, há exemplos, em maior ou menor escala, de liberação regulada de drogas; a própria OEA reconhece essa viabilidade. A legislação penal brasileira, todavia, em que pese hodiernamente afastar a sanção de restrição da liberdade aos consumidores de drogas recreativas, agravou a punição daqueles que as produzem ou comerciam, ignorando que é a existência de um mercado consumidor que incentiva tais atividades.

À míngua de uma solução legislativa adequada, a inadequação normativa nacional sobre drogas recreativas não resiste à análise de sua constitucionalidade: viola o direito individual de autodeterminar-se; viola a dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente seu direito de buscar a felicidade; discrimina os que buscam a felicidade por meio de drogas tão nocivas e potencialmente viciantes quanto outras consideradas lícitas, sem qualquer critério lógico ou razoável. O que não obsta do Estado, evidente, regulamentar esse mercado que já existe, e vai continuar a existir, justamente porque há, e sempre haverá, quem queira utilizar substâncias ora proscritas, bem como adotar políticas públicas que busquem conscientizar sobre os efeitos de quaisquer drogas à saúde e incentivem tratamento aos dependentes.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.

BLOCK, Walter. **Defendendo o indefensável**. 2ª ed. Trad. Rosélis Maria Pereira. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

BORRILLO, Daniel. **La Luxure- L'orthodoxie matrimoniale comme remede contre lês errances de la passion**. Out. 1986. Disponível em: . Acesso em: 31 ago. 2014.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 29 ago. 2014.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: . Acesso em: 27 ago. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Decreto Lei nº 3.688**, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: . Acesso em: 03 out. 2014.

_____. **Lei nº 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias

entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Lei nº 9.294**, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: . Acesso em: 02 out. 2014.

_____. **Lei nº 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: . Acesso em: 04 out. 2014.

_____. **Lei nº 11.106**, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 01 set. 2014.

_____. **Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 344**, de 12 de maio de 1998. Disponível em: . Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. STF. **ADPF nº 54/DF**, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, por maioria, j. 12/04/2012, p. DJe 30/04/2013. Disponível em: . Acesso em: 26 ago. 2014.

_____. STF. **RE nº 477.554 AgR/MG**, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, por unanimidade, j. 16/08/2011, p. DJe26/08/2011. Disponível em: Acesso em: 12 ago. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, v. 1, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

D'ALAMA, Luna. Chá do Santo Daime ativa áreas da visão e da memória, aponta estudo. **G1**. ed. 25 ago. 2012. Disponível em: < <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2012/08/cha-do-santo-daime-ativa-areas-da-visao-e-da-memoria-aponta-estudo.html> >. Acesso em: 05 out. 2014.

ELIAS, Vivian Carrer. Número de fumantes cai 20% em seis anos no Brasil. **Revista Veja**, ed. 11/12/2013. Disponível em: . Acesso em: 03 out. 2014.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. In: Machado, Antônio da Costa (Org.). **Constituição Federal Interpretada**. 4ª ed. Barueri: Manole, 2013.

JOÃO XXXIII. **Carta Encíclica Pacem in Terris do Sumo Pontífice Papa João XXIII aos veneráveis irmãos patriarcas, primazes, arcebispos, bispos e outros ordinários do lugar em paz e comunhão com a sé apostólica ao clero e fiéis de todo o orbe, bem como a todas as pessoas de boa vontade**. 1963. Disponível em: < http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html#_ftn34>. Acesso em: 15 ago. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

EUA. **NATIONAL ARCHIVES**. Disponível em: . Acesso em: 31 ago. 2014.

_____. **The Virginia Declaration of Rights, 1776**. Disponível em: < http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html >. Acesso em: 10 ago. 2014.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas**, vol. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Legislação brasileira sobre drogas: história recente – a criminalização da diferença. In: ACSELRAD, Gilberta (org.) **Avessos do Prazer: drogas, aids e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

MACIEL, Frederico Ernesto Cardoso. **TJ/DFT**. Processo nº 2013.01.1.076604-6, Quarta Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, j. 09/10/2013. Disponível em: < <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=90&CDNUPROC=20130110766046>>. Acesso em: 30 set. 2014.

MARTINS, Vera Lúcia. A política de descriminalização de drogas em Portugal. **Serviço Social e Sociedade**, nº 114, abr./jun. 2013, São Paulo. Disponível em: . Acesso em: 28 set. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Maria Bernadete. A lei da oferta e da procura e os preços dos produtos e serviços. **Revista Virtual Direito Brasil**, v. 6, nº 1, 2012. Disponível em: <

<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav61/ensaios/op.pdf> >. Acesso em: 04 out. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Elcione Alves Sorna; SEGATTO, Maria Luiza. Drogas lícitas e ilícitas: uma temática contemporânea. **Revista da Católica**, v. 2, nº 4, jul./dez. 2010. Disponível em: . Acesso em: 29 set. 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.

OEA. **El problema de las drogas em las Américas: alternativas legales y regulatórias**. 2013. Disponível em: < http://www.cicad.oas.org/drogas/elinforme/informeDrogas2013/alternativasLegales_ESP.pdf >. Acesso em: 03 out. 2014.

PORTUGAL. **Lei nº 22**, de 28 de abril de 2014. Disponível em: . Acesso em: 01 out. 2014.

REINO UNIDO. **NATIONAL ARCHIVES**. Disponível em: . Acesso em: 31 ago. 2014.

RESTANI, Diogo Alexandre. **Lei Antidrogas: norma penal em branco – utilidade**. Disponível em: . Acesso em: 29 set. 2014.

SANTOS R.D., GAGLIARDI A.C.M., XAVIER H.T., MAGNONI C.D., CASSANI R., LOTTENBERG A.M. et al. I Diretriz sobre o consumo de gorduras e saúde cardiovascular. *Arquivos Brasileiros de Cardiologia*.

Revista da Sociedade Brasileira de Cardiologia. v. 100, nº 1, suplemento 3, janeiro 2013. Disponível em: . Acesso em: 05 out. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

URUGUAI. **Ley nº 19.172**, de 20 de dezembro de 2013. Disponível em: <
http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2013/12/cons_min_803.pdf>
. Acesso em: 01 out. 2014.

VEJA, Revista. **28 milhões de brasileiros vivem com um dependente químico**, ed. 03/12/2013. Disponível em: . Acesso em: 03 out. 2013.

YARAK, Aretha. Consumo frequente de álcool cresceu 20% nos últimos seis anos. **Revista Veja**, ed. 10/04/2013. Disponível em: . Acesso em: 03 out. 2014.

ZAFFARONI, E. Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, v. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

NOTAS:

[1] Grifos no original.

[2] Substância alucinógena do “Santo Daime”, a ayahuasca é utilizada em rituais religiosos no preparo de um chá, que “ativa uma região do cérebro relacionada à memória e outra ligada à visão, mesmo se a pessoa estiver com os olhos fechados” (D’ALAMA, 2012).

[3] Princípio elementar de economia é a lei da oferta e demanda, onde o preço varia conforme a quantidade de produto disponível. Como explica Miranda (2012, p. 1), “Nos períodos em que a oferta de um determinado produto excede muito à procura, seu preço tende a cair. Já em períodos nos

quais a demanda passa a superar a oferta, a tendência é o aumento do preço.”

[4] Tradução livre.

[5] Grifos no original.

[6] Com a aprovação da 13ª emenda à Constituição.

[7] Embora desde 1807 o comércio de escravos tenha sido abolido, a escravidão foi mantida em algumas colônias até 1843, quando então foi eliminada do Império Britânico.

[8] Suprimido pelo Código Civil de 1816, foi restaurado em 1884.

[9] Conforme Sumário da Lei nº 22, de 28 de abril de 2014, que confere nova redação ao Decreto Lei nº 15, de 22 de janeiro de 1993, de Portugal.

[10] Grifo no original.

[11] Em 06/11/2012, os eleitores de Colorado e Washington aprovaram a produção, venda e consumo de maconha (OEA, 2013, p. 32).

[12] Tradução livre.

[13] Tradução livre.

[14] A Lei nº 9.503, de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, estabelece limites ao consumo de “álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência” (art. 306) para a condução de veículo automotor. A embriaguez constitui contravenção penal, nos termos do Decreto Lei nº 3.688, de 1941 (art. 62). Conforme noticiou Veja (YARAK, 2013), “O número de brasileiros que ingerem bebida alcoólica frequentemente (uma vez por semana ou mais) aumentou 20% nos últimos seis anos — subiu de 45% para 54% entre bebedores. Os dados fazem parte da segunda edição do Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (Lenad), divulgado nesta quarta-feira pela Universidade Paulista de Medicina

(Unifesp). Segundo o estudo, metade da população brasileira não consome bebida alcoólica em nenhuma circunstância. Mas, dentro da outra metade (48%) que é consumidora, a ingestão nociva da bebida sofreu um aumento de 30%.”.

[15] A Lei nº 9.294, de 1996, estabelece que “É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público” (art. 2º, *caput*). Conforme noticiou Veja (ELIAS, 2013), “A prevalência de fumantes no Brasil diminuiu 20% nos últimos seis anos, passando de 19,3% em 2006 para 15,6% em 2012. A queda foi maior entre os adolescentes do que entre adultos e mais acentuada em homens em comparação com mulheres.”

[16] A Lei nº 9.294, de 1996, estabelece que “É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo” (art. 3º, *caput*)

[17] Conforme divulgou a Revista Veja (2013), “Ao menos 28 milhões de pessoas no Brasil moram com um dependente químico, estimam pesquisadores da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). Os autores do Levantamento Nacional de Famílias de Dependentes Químicos, divulgado nesta terça-feira, fizeram esse cálculo a partir de um estudo

anterior, segundo o qual 5,7% dos brasileiros, um contingente de mais de 8 milhões de pessoas, são dependentes de álcool, maconha ou cocaína. Ao considerar que os domicílios no Brasil são compostos por 3,5 pessoas, os cientistas chegaram ao número. ”

A REFORMA AGRÁRIA COMO MOVIMENTO SOCIAL RESPONSÁVEL PELA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

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

RESUMO: Com a Reforma Agrária o Estado passou a promover a redistribuição de terras com o objetivo de oportunizar o melhor aproveitamento das grandes propriedades, bem como possibilitar uma destinação que de fato atendesse aos princípios da justiça social e ao aumento da produtividade. Nessa perspectiva, a Reforma Agrária contribuiu para a relativização do direito à propriedade, consagrado na atual Constituição Brasileira, a fim de promover a efetivação do Princípio da Função Social da Propriedade, também celebrado na atual Constituição Federal. Posto isso, tem-se a Reforma Agrária, portanto, como um movimento social voltada a garantir a promoção do bem-estar da coletividade em detrimento de interesses particulares.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Agrária; Função Social da Propriedade; Estado; Desigualdade; Distribuição de terra.

1 INTRODUÇÃO

A concentração de grandes propriedades na mão de um número limitado de pessoas, bem como sua inutilização em decorrência da impossibilidade de se aproveitar espaços extensos de terra, contribuiu para a criação de uma política voltada a sua distribuição. Nessa

perspectiva, a Constituição Federal de 1988 buscou inserir no exercício do direito à propriedade alguns requisitos capazes de garantir sua plena utilização, bem como a efetivação de sua função social.

Nessa perspectiva, a Reforma Agrária objetiva garantir a efetivação do direito à propriedade, traduzido no exercício de sua função social, política e econômica, buscando, ainda, atender aos anseios sociais da coletividade, estimulando, através da desapropriação dessas áreas, a sua redistribuição, a fim de permitir o seu melhor aproveitamento e a utilização dos recursos que dela podem ser extraídos.

Desse modo, pode-se perceber que a Reforma Agrária surgiu como um movimento social responsável por possibilitar a redistribuição de extensas porções de terras que não apresentavam nenhuma destinação ou utilidade. Com efeito, vale mencionar que tal política serviu para modificar a estrutura agrária do país, antes voltada à concentração de terras na mão de um pequeno número de pessoas, permitindo, desse modo, o melhor aproveitamento desses espaços.

2 A REFORMA AGRÁRIA NO BRASIL

Historicamente o problema relacionado à má distribuição de terra começou a ocorrer em 1530 com a criação das capitanias hereditárias e do sistema de sesmarias. Nesse período houve a divisão de grandes porções de terras, as quais foram doadas a fim de que fossem administradas por um pequeno número de pessoas, fato esse que ajudou a definir por muitas décadas a estrutura fundiária no país.

Em 1822, com a independência do Brasil, a demarcação de imóveis rurais ocorreu através da lei do mais forte. Nesse contexto, vale destacar

a criação da Lei das Terras em 1850, a qual serviu para legalizar e contribuir ainda mais com o processo de concentração de terras. Sob tais assertivas, Silvia Opitz, informa que

A formação da propriedade rural no Brasil começou com a colonização portuguesa, que distribuiu o território em capitanias hereditárias que tinham extensões enormes. Com isso criou-se uma sociedade de latifundiários que somente foi tocada com a Lei das Terras de 1850, mas sem ferir o direito adquirido (2011, p. 190).

Com a instauração da República, em 1889, a situação ainda era a mesma, o poder política atrelava-se ao poder agrário, pois, eram os donos dos latifúndios quem dominava a política no país. Foi apenas no final da década de 1950 e início da década de 1960 que a situação agrária no Brasil começou a ser amplamente discutida e a tomar novos contornos.

A instauração da República, em 1889, um ano e meio após a libertação dos escravos, tampouco melhorou o perfil da distribuição de terras. O poder político continuou nas mãos dos latifundiários, os temidos coronéis do interior. Apenas no final dos anos 50 e início dos anos 60, com a industrialização do País, a questão fundiária começou a ser debatida pela sociedade, que se urbanizava rapidamente^[1].

Voltada a combater essa cultura agrária baseada no acúmulo de terras, a Reforma Agrária começou a ser delineada no país com a

promulgação da Lei 4.504 de 1964 – Estatuto da Terra, a qual foi responsável por regular os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, bem como por estabelecer os fundamentos da Reforma Agrária e da Política Agrária, conforme aduz o artigo 1º da referida norma.

Posto isto, a Lei 4.504/1964, conceitua Reforma Agrária em seu artigo 1º, § 1º, como sendo “um conjunto de medidas para promover a melhor distribuição da terra mediante modificações no regime de posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social, desenvolvimento rural sustentável e aumento de produção” [2]. Nessa perspectiva, pode-se perceber que suas principais funções baseiam-se na descentralização e democratização da estrutura fundiária, produção de alimentos, geração de renda, entre outros.

A Reforma Agrária inaugurou uma nova política voltada a combater as desigualdades existentes no campo através da distribuição de terras, o Estatuto da Terra ganhou amplitude e eficácia, culminando, inclusive, com o reconhecimento de alguns de seus dispositivos na Constituição Federal de 1988, fato esse que validou os novos ideais agrários emergentes.

3 O DIREITO À PROPRIEDADE

Com a previsão constitucional do direito à propriedade, tal direito foi elevado à categoria de direito fundamental. Ocorre que com a Constituição Federal de 1988 houve a inclusão de requisitos necessários à promoção da plena satisfação desse direito.

A atual Carta Política do Brasil prevê em seu artigo 5º, *caput*, e inciso XXII, ser a propriedade um direito de todos os indivíduos, sinalizando, outrossim, em seu artigo 184 a possibilidade de

desapropriação de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, quando os mesmos não estiverem atingindo sua função social. Nessa perspectiva, Cristiano Chaves ensina que

A garantia do direito de propriedade não se limita por consequência ao direito real, mas também incide em direitos obrigacionais, de conteúdo patrimonial. O conteúdo constitucional da propriedade (art. 5º XXII) abrange em seu manto os bens corpóreos e incorpóreos (art. 5º, XXII, XXIII e XXIX) que podem constituir objeto do direito desde que redutíveis a dinheiro. Em qualquer caso, a propriedade constitucionalmente tutelada será apenas aquela que revela adimplemento de sua função social (art. 5º, XXIII) (2014, p. 230).

A plenitude no exercício do direito à propriedade está atrelada à observância dos requisitos relativos à função social da propriedade estabelecidos no artigo 186 da Constituição Federal, requisitos esses também previstos no artigo 2º, § 1º, do Estatuto da Terra.

Ademais, o artigo 185 da Carta Política evidencia quais os parâmetros que inviabilizam a desapropriação para fins de reforma agrária ao descrever que

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.[\[3\]](#)

Nessa senda, faz-se oportuno salientar que a desapropriação está condicionada, ainda, ao pagamento de justa e prévia indenização à pessoa expropriada, não se constituindo, pois, em um procedimento arbitrário e apto a ensejar a redução patrimonial do indivíduo, como bem explicita Marques, na seguinte assertiva: “Na verdade, a prevalência do interesse público sobre o particular, que justifica a criação do instituto em análise, não deve ensejar a redução patrimonial do indivíduo, dele se retirando, pura e simplesmente, um bem, sem o correspondente reparo ao desfalque sofrido” (2011, p. 144).

O direito de propriedade é uma garantia constitucional que legitima a posse e o uso de determinada propriedade, desde que atenda sua função social. Diante disso, pode-se perceber que a possibilidade de intervenção do Estado no exercício desse direito baseia-se fundamentalmente na necessidade de se promover a destinação social inerente ao seu aproveitamento.

4 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O Princípio da Função Social da Propriedade surgiu através do artigo 2º, § 1º do Estatuto da Terra e foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, buscando promover a utilização das propriedades rurais, além de orientar as condutas capazes de promover uma destinação social adequada aos ditames da lei.

A função social da propriedade está prevista no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal e atribui ao exercício do direito à propriedade algumas obrigações necessárias a sua promoção, além de garantir a observância de três elementos que a fundamentam, quais sejam, o econômico, o social e o ecológico.

Nesse contexto, coube ao artigo 186 da Constituição Federal o reconhecimento dos critérios necessários ao atendimento da função social da propriedade, já elencados no artigo 2º, § 1º do Estatuto da Terra,

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.^[4]

Com a intervenção do Estado no exercício do direito à propriedade buscou-se promover a efetivação dessa norma constitucional, bem como de todas as normas voltadas à tutela dos direitos do homem, haja vista o fato do direito à propriedade estar associado a diversas garantias que o norteiam, a exemplo, o direito à vida, à igualdade, à dignidade, à alimentação, entre outros. Nesse aspecto, cabe mencionar a lição de Cristiano Chaves sobre esse tema,

Cumprir visualizar um Direito Civil constitucional, no qual princípios de caráter superior e vinculante criam uma nova mentalidade, erigindo como direitos fundamentais do ser humano a tutela de sua vida e de sua dignidade. Essas normas de grande generalidade e grau de abstração impõem inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas. Os limites da atividade econômica e a função social dos direitos subjetivos passam a integrar uma nova ordem pública constitucional e devem ser encarados como meios de ampla tutela aos direitos essenciais do ser humano (2014, p. 264).

Nessa perspectiva, calha reiterar o disposto no artigo 184 da Carta Política de 1988, o qual prevê a possibilidade de desapropriação de imóvel rural que não atende a sua função social,

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que **não esteja cumprindo sua função**

social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei[5].

Sob essa questão, tem-se a desapropriação, como o principal mecanismo de efetivação da Reforma Agrária no país, sendo ela amplamente utilizada como garantia do cumprimento das normas que regulam essa política agrária.

Com efeito, pode-se perceber que a adoção do Princípio da Função Social da Propriedade objetivou garantir os interesses da coletividade, os quais devem ser considerados em detrimento dos interesses individuais, a fim de possibilitar o bem-estar de um número maior de indivíduos que compõe a sociedade.

5 A REFORMA AGRÁRIA COMO MOVIMENTO SOCIAL RESPONSÁVEL PELA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Reforma Agrária baseia-se em um movimento social criado para promover a distribuição de terras, e com o escopo de garantir a efetividade da função social da propriedade e a redução das desigualdades no âmbito rural.

Historicamente os movimentos sociais sempre serviram como forma de reivindicação de direitos ou para demonstrar insatisfação com determinadas situações

Os movimentos sociais constituem um verdadeiro exercício de cidadania necessário e capaz de influenciar fortemente no combate às

desigualdades sociais e na aplicação das normas legais. Nessa perspectiva, Cecília Peruzzo^[6] esclarece o que leva à construção de tais movimentos, bem como o que os fundamenta, ao informar que

Movimentos sociais populares são articulações da sociedade civil constituídas por segmentos da população que se reconhecem como portadores de direitos, mas que ainda não são efetivados na prática. Esses movimentos se organizam na própria dinâmica de ação e tendem a se institucionalizar como forma de consolidação e legitimação social.

A problemática social que se perfaz em torno desse movimento atrela-se ao fato de que há grandes porções de terras concentradas nas mãos de um número limitado de pessoas, as quais acabam muitas vezes sendo esquecidas e inutilizadas, sem nenhum tipo de destinação ou uso. Nesse sentido, a luta pela redistribuição dessas propriedades vem tentar corrigir essa cultura latifundiária, além de promover a justiça social e o desenvolvimento da economia.

Como resultado da política da Reforma Agrária, surgiu o MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra, o qual luta pela redistribuição das propriedades que encontram-se concentradas nas mãos de um número pequeno de indivíduos e que não apresentam nenhum tipo de destinação social. Sobre essa questão, faz-se mister colacionar a seguinte assertiva,

O Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) é um dos mais importantes movimentos

sociais do Brasil, tendo como foco as questões do trabalhador do campo, principalmente no tocante à luta pela reforma agrária brasileira. Como se sabe, no Brasil prevaleceu historicamente uma desigualdade do acesso a terra, consequência direta de uma organização social patrimonialista e patriarcalista ao longo de séculos, predominando o grande latifúndio como sinônimo de poder. Desta forma, dada a concentração fundiária, as camadas menos favorecidas como escravos, ex-escravos ou homens livres de classes menos abastadas teriam maiores dificuldades à posse da terra[7].

Nessa perspectiva, esse movimento busca dar efetividade a um direito já reconhecido pela atual Constituição Federal, mas que ainda encontra limitações em seu exercício.

A insatisfação com a situação agrária no país é uma realidade explicitada através de diversos meios, sejam eles movimentos sociais, discursos, livros, ou afins. Nessa senda, Cristóvão Buarque, em sua obra “Reaja”, convoca seus leitores a reagir contra a situação agrária do país trazendo um apelo social em relação à postura que se deve tomar no que tange a essa questão, conforme demonstra a seguinte leitura “Reaja contra a maldade da estrutura agrária que sobrevive cercando terras sem homens e deixando de fora homens sem terra, sem emprego, sem comida” (2012, p.17).

Isto posto, tem-se que a distribuição das terras improdutíveis objetiva promover o seu melhor aproveitamento, o seu uso e, conseqüentemente, contribuir para a efetivação de sua função social, bem como para o aumento da produtividade, com o intuito de garantir o desenvolvimento da economia nesse setor.

A garantia do direito à propriedade está atrelada à efetivação de sua função social, haja vista, tratar-se de um direito fundamental voltado a promover não só o interesse individual, mas, principalmente o interesse da coletividade. Nessa perspectiva, observa-se que a constitucionalização do direito à propriedade fundamentou a necessidade de se garantir o bem-estar dos indivíduos em detrimento do interesse particular, objetivando o atendimento de interesses maiores, atribuindo ao exercício desse direito uma valoração socialmente útil.

6 CONCLUSÃO

A Reforma Agrária surgiu como um mecanismo capaz de permitir a modificação da estrutura agrária do país, a qual foi, por muitas décadas, alicerçada em uma política latifundiária voltada, basicamente, ao acúmulo de terras. Nessa perspectiva, buscou-se atender ao princípio social da propriedade, em que pese a necessidade de se promover o desenvolvimento agrário e a redução das desigualdades nesse setor.

O Estado passou a intervir nas questões relacionadas ao direito à propriedade para garantir o correto aproveitamento de grandes extensões de terra que se concentravam nas mãos de poucos. Nesse aspecto, a Reforma Agrária objetiva distribuir as terras que não têm nenhuma destinação, ou seja, que não atendem a sua função social, a fim

de que pudessem servir as suas reais finalidades, que são a justiça social e o aumento da produtividade.

Diante das discussões acima abordadas, pode-se concluir que a Reforma Agrária, como movimento social voltada a garantir a melhor distribuição de terras e seu melhor aproveitamento, é de grande valia, pois, além de possibilitar o desenvolvimento de seus beneficiários, ainda, contribui para a efetivação da função social da propriedade.

REFERÊNCIAS

BUARQUE, Cristóvão. Reaja. São Paulo: Garamond, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 10 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2014.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OPTIZ, Silvia C. B.; OPTIZ, Oswaldo. Curso completo de direito agrário. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOTAS:

[1] História da Reforma Agrária. http://www.incra.gov.br/reformaagraria_historia. Acessado em 04/06/2015.

[2] Reforma Agrária. <http://www.incra.gov.br/reformaagraria>. Acessado em 25.05.2015.

[3] Constituição Federal de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 26/05.2015.

[4] Constituição Federal de 1988.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 26/05.2015.

[5] Constituição Federal de 1988.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 26/05.2015.

[6] PERUZZO, Cecília M. Krohling. Movimentos sociais, cidadania e o direito à comunicação comunitária nas políticas públicas. Vol. 11. Revista Fronteiras – Estudos Midiáticos, janeiro/abril de 2009.

[7] Paulo Silvino Ribeiro. <http://www.brasilecola.com/sociologia/mst.htm>. Acessado em 04/06/2015.

INCLUSÃO SOCIAL SOB A ÓTICA DA LEI Nº 8213/1991 - EXIGÊNCIA DE PERCENTUAL DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NAS EMPRESAS

ISMAEL DE CÓRDOVA: Bacharel em Direito - Unesc/2010. Pós graduando em gestão empresarial e gestão de Pessoas Fucap/2012. Conselheiro de Direitos da Criança e Adolescente de Criciúma/SC - 2012. Coordenador de Projetos - Prefeitura Municipal de Criciúma/SC - 2012. Coordenador do Diagnóstico da realidade da criança e adolescente do município de Criciúma/SC - 2012.

Resumo: O contexto histórico das deficiências diz respeito ao estudo dos comportamentos da sociedade em relação às pessoas com essa deficiência ao longo do tempo. Este estudo demonstra as várias alternâncias de tratamento na sociedade. A análise de como era tratada a dignidade da pessoa, no âmbito das relações do trabalho e como as empresas estão cumprindo a legislação de inserção a pessoas com deficiência nas relações de trabalho.

Palavras-chave: deficientes – dignidade humana – relação de trabalho

Abstract: The historical context of the shortcomings with regard to the study of behavior of society towards people with this deficiency over time. This study demonstrates the various alternations treatment in society. The analysis of how the dignity of the person was treated in the context of labor relations and how companies are complying with the inclusion of legislation for persons with disabilities in labor relations.

Keywords: disabled - human dignity - working relationship.

I INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.213/91, Art. 93, afirma que as empresa que possui mais de 100 colaboradores, precisa terem em seu quadro um percentual específico de pessoas com necessidades especiais Nambu (2007). Porém, o que é necessário para que as empresas estejam preparadas para atender a esta lei.

Portanto, este trabalho visa discutir as adaptações necessárias para que as empresas possam cumprir com suas obrigações legais e proporcionar aos seus colaboradores, visitantes e clientes um ambiente seguro e confortável, adequado às necessidades de cada um na perspectiva da interação e a inclusão social.

Atualmente, percebe-se a importância da inclusão das pessoas com necessidades especiais na sociedade e conseqüentemente, nas organizações.

Temos visto muitos exemplos de superação das pessoas com necessidades especiais, em todas as áreas de trabalho, no entanto, sabemos que há certa resistência quanto à contratação dos mesmos.

Neste trabalho o objetivo é fazer um debate sobre a inclusão social e analisar qual o progresso que houve com o passar dos anos, enfocando a história das pessoas com necessidades especiais, quais eram a crenças e quais os preconceitos vividos por eles em várias eras? Demonstrando o que o preconceito é capaz de fazer com as pessoas.

Propõe-se também a apresentação de sugestões de adaptações para que as empresas possam receber as pessoas com necessidades especiais, e através do estudo das necessidades, mostrar que elas são capazes de se adaptar em diversas funções.

1.1 Entendendo “Deficiências”

As pessoas com deficiência são dotadas de algum tipo de deficiência de uma estrutura ou função psicológica ou anatômica que gere incapacidade para desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999). Ainda neste decreto-lei, encontra-se a definição para deficiência permanente, como sendo aquela que ocorre ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.

E, por fim, conceitua-se incapacidade como uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptáveis, meios ou recursos especiais para que a pessoa com deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

De acordo com Vital e Rezende (2008), as pessoas com necessidades especiais, possuem impedimentos físicos, intelectual ou sensorial, que dificultam sua interação com a sociedade.

Segundo Nambu (2007), o Artigo 4º, Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, alterado em 02 de dezembro de 2004 pelo Decreto 5.296, considera-se deficiente aquela pessoa que possui: Deficiência física, deficiência auditiva, deficiência visual ou deficiência mental.

Os deficientes são pessoas antes de tudo e que têm o mesmo direito à auto realização que quaisquer outras pessoas; cada um

obedecendo ao seu ritmo, à sua maneira e por seus próprios meios. Somente eles podem superar suas dificuldades e encontrar a si mesmos.

Possuem a mesma necessidade de amar e serem amados, de aprender, compartilhar, crescer e experimentar no mesmo mundo que todas as outras pessoas. Faz-se necessário dar a oportunidade de poderem vivenciar suas próprias experiências. Existe apenas um mundo e não há porque privá-los de perceber o mundo.

1.2 Deficiência Física

Segundo Nambu (2007) define-se, deficiência física, as alterações, parcial ou completa do corpo, causando o comprometimento das funções físicas. A seguir, algumas deficiências físicas e sua definição:

- a) Amputação – Quando há perda de um membro ou segmento dele.
- b) Paralisia cerebral – Quando uma ou mais áreas, do sistema nervoso, é lesionada, causando alterações psicomotoras, podendo haver ou não o comprometimento mental e intelectual.
- c) Paraparesia – Quando os membros inferiores perdem, parcialmente, suas funções.
- d) Tetraplegia – Perda total das funções, nos membros superiores e inferiores.
- e) Nanismo – O indivíduo tem uma estrutura pequena. Este problema é causado por má alimentação ou insuficiência endócrina. A característica principal é a baixa estatura.

- f) Hemiplegia – Há perda total das funções em um lado do corpo.

Assim define a legislação sobre a deficiência física:

- I- Deficiência física- alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzem dificuldades para o desempenho de funções (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004).

A definição de deficiência física comporta o algum tipo de alteração no corpo humano, o que de alguma forma dificulta a execução de qualquer tipo de atividade, o que é feito pelas pessoas sem deficiência física sem nenhum entrave.

1.3 Deficiência auditiva

De acordo com Nambu (2007), a deficiência auditiva, é aferida por audiograma em frequências de decibéis. Cada caso deve ser observado isoladamente, não existe o conceito de média.

Assim define a legislação sobre a deficiência auditiva:

b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004).

As pessoas com deficiência auditiva podem nascer ao adquirir essa deficiência ao longo da vida, geralmente encontrada na maior parte em idosos, a perda da audição pode ser parcial ou total. Em alguns casos existem no mercado vários tipos de aparelhos para melhorar ou corrigir. A linguagem dos sinais também é muito utilizada.

1.4 Deficiência visual

Segundo o site www.portadoresdedeficiencia.vilabol.uol.com.br, a deficiência visual é a diminuição da resposta visual, que pode ser causado depois de um tratamento clínico/cirúrgico, pode ser hereditário ou por uso de óculos convencionais.

Assim define a legislação sobre a deficiência Visual:

III- Deficiência visual- cegueira, na qual a acuidade é igual ou menor que 0,05 no melhor

olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores (Redação dada pelo Decreto n.º 5,296, de 2004);

Assim, o termo deficiência visual refere-se a uma situação irreversível de diminuição da resposta visual, em virtude de causas congênitas ou hereditárias, mesmo após tratamento clínico e/ ou cirúrgico e uso de óculos convencionais.

A diminuição da resposta visual pode ser leve, moderada, severa, profunda (que compõem o grupo de visão subnormal ou baixa visão) e ausência total da resposta visual (cegueira).

Segundo a Organização Mundial da Saúde reunida em Bangkok, no ano de 1992, o indivíduo com baixa visão ou visão subnormal é aquele que apresenta diminuição das suas respostas visuais, mesmo após tratamento e/ ou correção óptica convencional, e uma acuidade visual menor que 6/18 à percepção de luz, ou um campo visual menor que 10 graus do seu ponto de fixação, mas que usa ou é potencialmente capaz de usar a visão para o planejamento e/ ou execução de uma tarefa. Segundo Nambu (2007), deficiência visual caracteriza-se, basicamente, por cegueira. É a redução, perda total ou parcial da capacidade de ver.

1.5 Deficiência mental

De acordo com Nambu (2007), a deficiência mental manifesta-se antes dos 18 anos e é caracterizada por limitações de duas ou mais habilidades, como: Lazer, trabalho, saúde, comunicação, entre outras. Esta deficiência deixa o ser humano com um menor nível intelectual do que a média. Um exemplo trazido por Saad (2003) é a síndrome de Down, que também é conhecida como mongolismo, é caracterizado pelo atraso no desenvolvimento funcional, mental e físico.

Assim define a legislação sobre a deficiência Visual:

d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. Trabalho (Redação dada pelo Decreto nº 5,296, de 2004).

Destaca-se a diferença da doença e deficiência mental: a primeira consiste na anormalidade do comportamento que resulta o distúrbio mental. A segunda enfatiza uma carência do cérebro humano, apresentando atraso nítido em suas habilidades:

Doença mental: devemos entender qualquer anormalidade na mente ou no seu

funcionamento. A anormalidade perante o comportamento aceito de uma [sociedade](#) é indicativo de doença. A doença mental é conhecida no campo científico como [psicopatologia](#) ou distúrbio mental e é campo de estudo da [psiquiatria](#), [neurologia](#) e [psicologia](#).

Deficiência mental: corresponde a expressões como insuficiência, falta, falha, carência e imperfeição associadas ao significado de [deficiência](#) (latim - deficientia) que por si só não definem nem caracterizam um conjunto de problemas que ocorrem no [cérebro](#) humano, e leva seus portadores a um baixo rendimento cognitivo, mas que não afeta outras regiões ou [funções cerebrais](#). A principal característica da deficiência mental é a redução da capacidade intelectual ([QI](#)), situadas abaixo dos padrões considerados normais para a idade, se criança ou inferiores à média da população quando adultas. O portador de deficiência mental, na maioria das vezes, apresenta dificuldades ou nítido atraso em seu desenvolvimento neuropsicomotor, aquisição da fala e outras habilidades (comportamento adaptativo). (BRASIL, 1997).

A falta da assistência necessária e dos recursos apropriados ocasiona uma ampliação na dificuldade de sociabilização que pelo próprio deficiente mental já é imenso, assim ferindo Princípios Constitucionais como Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, da não discriminação entre outros.

No Brasil em 1854, Dom Pedro II deu um grande passo para mudar a situação das pessoas com deficiência física no Brasil, pois ordenou a construção de três organizações importantes: O Imperial Instituto dos Meninos Cegos; Institutos de Surdos-Mudos e o Asilo dos inválidos da Pátria.

Assim dessa forma seguindo as tendências mundiais o Brasil também retira por meio de instituições os seus deficientes do convívio social. Não é de se espantar que os primeiros atendimentos datem de 1954 provindos da iniciativa privada, como praticamente todas as políticas públicas no Brasil, somente seis anos mais tarde em 1960 o governo brasileiro decretou a Lei 4.020/61:

“A educação de excepcionais é enquadrada no sistema de ensino, visando à integração desses alunos na comunidade”.

Essa Legislação trás consigo um apoio financeiro através de políticas públicas e estabelece normas e diretrizes de ações para a integração de pessoas portadoras de deficiência.

2. Mitos sobre “deficiências”

Nambu (2007) apresenta alguns mitos muito comuns desta área: costuma-se imaginar, que quando uma pessoa tem necessidades especiais, ela é mais sensível, mais produtiva, mais revoltada, mais triste,

mais honesta, mais lenta ou que precisam de cuidados especiais. Porém, a verdade é que, ser sensível depende de cada um, independente de ter ou não.

A produtividade dependerá do ambiente oferecido, esta regra, aplica-se ao trabalhador que tem ou não necessidade especial.

A questão da revolta, também varia muito de pessoa para pessoa, pois é muito comum encontrarmos alguém que tem tudo perfeito em sua vida e mesmo assim, vive revoltado.

Já a honestidade deve ser muito bem avaliada, pois como todas as outras características, varia de pessoa para pessoa. Não é porque alguém possui Necessidade Especial que vai ser honesto ou não.

Outro mito, ainda por Nambu (2007), é que as pessoas com paralisia cerebral possuem também deficiência mental, enquanto a maioria delas possui seu intelectual normal ou até superior a média.

Pensar que os surdos são, obrigatoriamente, mudos. Nambu (2007), afirma que as pessoas com essa deficiência, apresentam todas as condições necessárias para poderem falar, porém nem sempre recebem o ensino adequado. Este ensino vale também para a leitura labial, afinal, esta não é uma característica natural em todas as pessoas com surdez.

Também de acordo com Nambu (2007), é comum pensar que os cegos tem a percepção do tato ou audição, mais aguçada, porém a verdade é que, como precisam utilizar muito esses sentidos no decorrer de sua vida, eles acabam ficando mais desenvolvidos.

Sobre os deficientes mentais, imaginam-se pessoas agressivas, dependentes ou doentes. De acordo com Nambu (2007), a agressividade

não se associa a deficiência e sim a forma que a pessoa administra a sua convivência, ela deve fazer tudo o possível, sozinho, deve-se ajuda-las apenas, no que realmente for necessário. É importante saber que deficiência mental é uma condição e não uma doença é muito importante não confundir.

2.1 Breve apresentação da convenção

De acordo com Vital e Resende (2008), no dia 10 de dezembro é comemorado o aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi criada no ano de 1948, com a expectativa de adaptar a sociedade para que tivesse liberdade, justiça e paz. Depois dos crimes cometidos, em especial na 2ª guerra mundial, os países vencedores deste cenário de horror formaram uma declaração para salvar e guardar a dignidade e os direitos humanos fundamentais.

Segundo Vital e Resende (2008), todos temos a obrigação de saber o 1º artigo desta declaração: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas as outras com espírito de fraternidade. Não teríamos maiores problemas se este artigo de fato fosse respeitado, não apenas com pessoas com necessidade especial física ou mental, mas também se funcionasse com as diferentes raças, posição social, nacionalidade ou religião.

No Brasil, a política de inclusão social das pessoas com necessidades especiais, existe desde a Constituição de 1988, originando a lei nº 7.853/1989, que foi regulamentada pelo decreto nº3. 298/1999. Documentos nacionais como este, junto a outros, destacando as leis

10.048 e 10.098 de 2000, e o decreto de acessibilidade nº 5.296/2004 nos colocam em igualdade com o ideário de inclusão da Convenção da ONU.

2.2 Tempos de Horror

Segundo o documentário, A Ciência e a Suástica, durante a 2ª guerra mundial, entre as décadas de 1930 e 1940, os nazistas, liderados pelo então ditador Adolf Hitler, investiram muitos recursos em pesquisas militares e biológicas, na esperança de purificar a raça ariana. Muitas pessoas com necessidades especiais possuíam diversos problemas, porém nem sempre estes problemas tinham natureza genética, mas não eram aceitas explicações em tempos de guerra. As pessoas com necessidades especiais eram levadas e, ou esterilizadas, quando não, mortas. Ainda de acordo com o documentário, nos hospitais, havia câmaras de gás secretas, onde as pessoas com necessidades especiais eram simplesmente assassinadas, suas famílias eram notificadas que seu falecimento ocorreu por um problema de saúde qualquer.

2.3 Preparando o local de trabalho

Segundo Nambu (2007), a lei nº 3.298/99, diz ser obrigatória a reserva de 5% das vagas, em concursos públicos, para pessoas com necessidades especiais.

De acordo com Nambu (2007), nas empresas privadas, a reserva é regulamentada pela lei nº 8.213/91, que em seu Art. 93 diz que, quando a empresa possuir cem ou mais colaboradores, ela, obrigatoriamente terá que preencher de 2% a 5% dos cargos oferecidos, para pessoas com necessidades especiais ou para os beneficiários reabilitados.

Ainda por Nambu (2007), para que a empresa esteja em dia com a lei, ela precisa seguir as seguintes determinações:

Empresas com até 200 funcionários, será necessário à inclusão de 2%;

Empresas que tenham entre 201 e 500 funcionários, a inclusão é de 3%;

Para empresas que tenham entre 501 e 1.000, a inclusão será 4%;

E, para empresas com 1.001 ou mais funcionários, a inclusão será de 5%.

De acordo com Nambu (2007), a dispensa do funcionário com necessidades especiais, poderá ocorrer, somente, após a contratação de outro funcionário com necessidades especiais.

2.3.1 Deficiência física

Para que o acesso de pessoas com cadeira de rodas seja possível, será necessário que todas as portas tenham um espaço livre de no mínimo 80 cm, incluindo os elevadores.

Segundo Nambu (2007) se faz necessário:

Sinalizar as áreas de circulação e elevadores, usando o Símbolo Internacional de Acesso.

De acordo com Nambu (2007), o relógio ponto deverá estar em uma altura de 80 cm do chão.

Nos banheiro deverão ter as seguintes adaptações:

- a) Maçanetas de modelo alavanca;

- b) Espaço adequado para manobras com cadeira de rodas;
- c) Portas de acesso ao banheiro e aos boxes com vão de 80 cm de largura, no mínimo;
- d) A pia deve estar em uma altura máxima de 80 cm do chão com um vão inferior de 70 cm;
- e) Sanitários contendo barras laterais
- f) Torneira de pressão;
- g) Espelhos com inclinação de 10 graus.

2.3.2 Deficiência visual

De acordo com Nambu (2007), adaptar o ambiente para pessoas com necessidades especiais visuais será necessário:

- a) Botoneira de elevador com signo em braile;
- b) Comunicação sonora, informando os andares, dentro dos elevadores;
- c) Em áreas de circulação, utilizar faixas com texturas diferenciadas para facilitação do percurso dos deficientes visuais;
- d) Identificar quais sinais são luminosos para que sejam acompanhados de som;

Implantação de sintetizadores (software) de voz nos computadores

2.3.3 Deficiência auditiva

Ainda de acordo com Nambu (2007), as adaptações para esta necessidade especial devem ser:

- a) Utilização de internet, mensagens ou celulares para envio ou recebimento de informações escritas;
- b) Para todos os sinais sonoros, serão necessários sinais luminosos.

3. CONCLUSÃO

O assunto Inclusão Social deve amplamente ser discutido nas empresas, pois como o ser humano naturalmente discrimina as pessoas com necessidades especiais e acaba, não intencionalmente, tirando as chances de estas pessoas serem inclusas no mercado de trabalho.

A dificuldade encontrada nas empresas está relacionada também na parte de treinamento, não das pessoas com necessidades especiais, mas dos colegas de trabalho, para que estes saibam lidar de forma adequada com a situação.

As empresas afirmam geralmente que, quando tem um colaborador com necessidades especiais na empresa, os colegas acabam fazendo o trabalho deles ao invés de ensiná-los e cobrar as tarefas deles. A contratação dessas pessoas também se torna complicada, pois quando estão em entrevistas ele não falam da real dificuldade, por medo de não serem contratados.

As adaptações necessárias são viáveis para as empresas, pois, em seu processo de crescimento, adaptaram-se as empresas para receber estes colaboradores, porém, analisando a fundamentação teórica deste trabalho, sabe-se que há muitas adaptações a serem realizadas nas empresas em geral, mas, em sua maioria são de fácil realização/execução,

basta às pessoas abraçarem a ideia como algo normal e necessário, e tudo acaba se tornando mais simples.

Destarte, pode-se observar que a legislação pertinente à inclusão da pessoa com deficiência não está ainda não está plenamente implementada, pois não basta apenas abrir vagas de emprego e recrutar o colaborador, mas também adequar o ambiente e também os demais colaboradores sem deficiência para uma relação justa e de igualdade preservando a dignidade da pessoa com deficiência.

Para as empresas que ainda não estão respeitando a lei cabe todo um apoio e incentivo para adequação necessária.

Este trabalho teve como base as evidências valorativas implementadas nas normas civis e constitucionais que, em seu ordenamento jurídico, protegem os interesses das pessoas com deficiência, afastando o preconceito e as discriminações, obrigando o Poder Público a editar normas e fazê-las cumprir.

Por sua vez, essas normas frequentemente não são conhecidas, e, por outro lado, a discriminação tem início em casa, com a família, movida por comportamentos muitas vezes em sentido defensivo, cuja aplicação é inadequada para a inclusão social.

A integração social das pessoas com deficiência precisa de uma eficácia nas políticas públicas, respeitando o tratamento especial nos serviços de educação, inserção no trabalho, lazer e saúde.

Ao pesquisar o tema nos deparamos com várias legislações que garantem os direitos aos deficientes, mas que nem sempre

tem sua eficácia e efetivação plena, mas é realmente um processo lento de conquistas de espaços na sociedade sem sombra de dúvidas.

Portanto, para uma concreta integração e inclusão da pessoa com deficiência no meio social será necessário um trabalho com objetivo de informar a população, como lidar com essas pessoas especiais, e assim acabar com o preconceito. Estimular relações sociais, através de programas educativo-informativos, mostrando para as pessoas sem deficiência que as pessoas deficientes podem trabalhar e serem produtivas, superando suas expectativas e que também devem ser protegidas pelo poder estatal em todos os seus direitos, proporcionando uma dignidade efetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL, M. d. (1997). **Educação Especial. Deficiência Mental**. Brasília: Secretaria de Educação Especial.

NAMBU, Taís Suemi. **Construindo um mercado de trabalho inclusivo**. Brasília, DF: Corde 2007.

VITAL, Flavia Maria De Paiva Vital e Ana Paula Crossara De Resende. **A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada**. Brasília, DF: Corde 2008 – UNESCO.

SAAD, Nader Suad. **Preparando o caminho da inclusão**. São Paulo, SP: Vetor, 2003.

Super Interessante, **A Ciência e a Suástica, Mentas brilhantes a serviço de Hitler** Volume 1 – Documentário/ DVD - editora Abril.

<<http://ies.portadoresdedeficiencia.vilabol.uol.com.br/DeficienciaVisual.htm>> - acesso em 16 de julho de 2012 – 18h50minh

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm - acesso em 19 de agosto de 2012 – 17h26minh

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

GABRIEL DE OLIVEIRA SILVA:

Advogado em São Paulo. Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). Pesquisador de temas ligados a Direitos Humanos, Direito Constitucional e Antropologia Jurídica.

RESUMO: O presente trabalho avalia o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347 de 1985 frente à Constituição Federal de 1988. Com a alteração legal trazida pela Medida Provisória 2.180, a Ação Civil Pública passou a não ser mais cabível em matéria relativa a tributos, FGTS e outros fundos. Devido à restrição que a nova redação trouxe, necessário verificar se tal modificação é compatível com a Lei Maior brasileira, principalmente porque a supressão da proteção de direitos fundamentais deve estar expressamente prevista na Constituição Federal ou ser autorizada por ela.

INTRODUÇÃO: UMA BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O primeiro texto normativo que trouxe a expressão Ação Civil Pública foi a Lei Complementar nº 40 de 1981 (Lei Orgânica do Ministério Público Estadual), que em seu artigo 3º, inciso III dispôs como função institucional do Ministério Público a promoção da ação civil pública, nos termos da lei.

Em 1985, a Ação Civil Pública passou a ser regulada pela lei 7.347. Através deste diploma, interesses difusos passaram a ser protegidos por esta ação coletiva.

Porém, a efetividade integral da proteção dos interesses difusos e coletivos só foi definitivamente assegurada com a Constituição Federal de 1988, que previu como função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Como se depreende em seu artigo 129, inciso III, a CRFB não restringiu o rol de direitos que deveriam ser protegidos pela Ação Civil Pública. A expressão “outros interesses difusos e coletivos” possibilita que a ação, agora prevista constitucionalmente, proteja qualquer direito que atinja a coletividade.

Da mesma forma que o Poder Constituinte trouxe a amplitude necessária para o objeto da ACP, não houve restrição quanto à legitimidade ativa da ação coletiva nas mãos do Ministério Público. No parágrafo primeiro do artigo 129, a CF prevê que a “legitimação do Ministério Público para as ações previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Assim, é possível a propositura da ACP por outros legitimados previstos na própria CF ou na legislação ordinária. Vemos, então, que, através de uma hermenêutica quase literal, a norma constitucional tem eficácia limitada.

Após a vigência da Lei 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, os direitos difusos e coletivos, bem como os individuais homogêneos, foram conceituados. A mesma lei, adequando melhor a ACP ao disposto na Constituição, trouxe diversas modificações importantes na Lei 7.347, tais como a expressão “qualquer outro interesse difuso ou

coletivo”, além de disposições processuais sobre a Ação Civil Pública. O CDC, ainda, ampliou o rol de legitimados para propositura da ACP, incluindo a União, Estados, Município, Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública e associações constituídas há um ano.

Houve, ainda, maior ampliação do rol dos legitimados para incluir a Defensoria Pública, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, através, principalmente, da Lei nº 11.448 de 2007.

Percebe-se que, após o advento da Constituição Federal de 1988, tanto o objeto da Ação Civil Pública como os legitimados para propô-la foram cada vez mais ampliados. E não poderia ser diferente, uma vez que a Carta Magna já garantiu amplitude suficiente para entendermos que a intenção do Poder Constituinte foi, justamente, dar o maior alcance possível à ACP, dada a importância dos direitos protegidos pela ação.

Ora, a Ação Civil Pública, em que pese o nome pouco adequado (um paralelo da Ação Penal Pública) foi idealizada a *partis* das *class actions* muito utilizadas nos países que utilizam o sistema *common law*. Sendo assim, nada mais é que a ação coletiva e, por isso, seu objeto deve ser o mais amplo possível.^[1]

I. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI Nº 7.347 de 1985

Apesar da tendência em ampliar o poder desta ação coletiva, em 2001, a Medida Provisória nº 2.180-35 andou na contramão da ideia fundamental da ACP.

A referida MP incluiu o parágrafo único no artigo 1º da LACP, nos seguintes termos:

Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Excluiu, então, da apreciação do Poder Judiciário, toda Ação Civil Pública que tratasse de tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos.

Interessante a redação do texto incluído pela Medida Provisória. O raciocínio seguido pela MP é o seguinte: como os beneficiários podem ser individualmente determinados, não é cabível a Ação Civil Pública, já que esta presta defesa aos direitos coletivos.

Acontece que, em primeiro lugar, os direitos coletivos *lato sensu* (ou transindividuais) subdividem-se em: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e, por fim, direitos individuais homogêneos.

Enquanto nas duas primeiras categorias o objeto (direito) da ação é indivisível, quando falamos sobre direitos individuais homogêneos estamos tratando de direitos divisíveis e pessoas determináveis.^[2]

Cabe destacar, para não gerar dúvida, que é plenamente possível a defesa de interesses individuais homogêneos, nos termos do CDC, mesmo que a CF só tenha previsto a defesa de interesses difusos e coletivos. Neste sentido:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO

PÚBLICO. DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública na defesa de direitos coletivos, relativos a pessoas determináveis, e individuais homogêneos socialmente relevantes. Precedentes. II – Agravo regimental improvido.

(STF - AI: 781029 RJ , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-03 PP-00441)

Falaciosa, portanto, a parte final do parágrafo único da Lei da Ação Civil Pública.

Observamos, ainda, que a Medida Provisória proibiu expressamente qualquer pretensão que envolva direito tributário, contribuição social, FGTS e outros fundos. Sem justificativa alguma, a edição da MP retirou parcela de direito previsto constitucionalmente, conforme veremos.

II. A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar sobre o dispositivo estudado neste texto.

Conforme a jurisprudência consolidada da Corte Constitucional, não existe entre o Poder Público e o contribuinte relação de consumo,

assim, seria impossível ao MP (ou outro legitimado) ingressar com ação coletiva para proteção de interesses de contribuintes fiscais.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que,

tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C.F., art. 127, caput). IV. - R.E. não conhecido.

(RE 195056, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1999, DJ 30-05-2003 PP-00030 EMENT VOL-02112-02 PP-00279 REPUBLICAÇÃO: DJ 14-11-2003 PP-00018)

Neste mesmo sentido podemos citar o RE 559.985-AgR/DF, RE 206.781/MS e RE 213.631/MG.

Acontece que o entendimento do Supremo é equivocado. Conforme MAZZILLI:

O parágrafo único do art. 1º da LACP, introduzido por medida provisória, veda o uso da ação civil pública para a defesa de contribuintes (MP n. 1.984/18 e s., MP n. 2.102/00, MP n. 2.180 e s.), e esse posicionamento tem encontrado pronta acolhida nos tribunais superiores. Entendem estes que só interesses individuais homogêneos de consumidores poderiam ser defendidos por ação civil pública ou coletiva, mas

esta é uma simplificação indevida e, até mesmo, um clamoroso equívoco, porque o sistema das ações civis públicas e coletivas interage completamente com o do Código de Defesa do Consumidor (LACP, art. 21, e CDC, art. 90). É possível defender por meio de ação civil pública ou coletiva tanto interesses individuais homogêneos, como coletivos ou até mesmo difusos, sejam ligados ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, ou a qualquer outro interesse transindividual.[3]

Só porque o CDC também prevê o instituto da Ação Civil Pública, não quer dizer que esta só pode ser utilizada em relações de consumo. Afirmar isto seria negar os dispositivos que preveem a utilização da ação coletiva para defesa do meio ambiente, ordem urbanística, honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, patrimônio público e social (LACP), interesses da população negra (artigo 55 do Estatuto da Igualdade Racial), direitos das pessoas com deficiência (Lei 7.853 de 1989), direitos dos idosos (artigo 74, inciso I do Estatuto do Idoso), sem falar na CF que permite a propositura de ACP para defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Por esta razão, a não ser que a propositura da Ação Civil vise a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei que institui tributo (hipótese que substituiria o uso das ações do controle concentrado de constitucionalidade, dado o caráter *erga omnes* ou *ultra partes* das decisões de ações coletivas), não há razão para limitar seu objeto.

III. A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO

O parágrafo único do artigo 1º da Lei da ACP teve a clara intenção de restringir o uso deste remédio constitucional.

Acontece que a própria Constituição Federal já previu os direitos que podem ser protegidos pela ACP que, como visto a cima, são qualquer interesse difuso ou coletivo. Ora, esta norma constitucional possui eficácia plena, devendo a legislação infraconstitucional apenas complementar os dizeres constitucionais.

Conforme explana SMANIO, a CRFB protege os direitos difusos de forma genérica, não limitando quais os direitos seriam protegidos pela Ação Civil Pública:

Ao Ministério Público coube a titularidade ampla, uma vez que poderá tutelar, além dos interesses especificamente mencionados pela Constituição, como o meio ambiente e o patrimônio público e social, os demais interesses difusos e coletivos, conforme a fórmula genérica utilizada pelo mencionado art. 129 da CF.[\[4\]](#)

Não pode a legislação ordinária limitar a previsão constitucional. Qualquer rol de direitos protegidos pela Ação Civil Pública na legislação infraconstitucional é meramente exemplificativo.

A Medida Provisória 2.180 é inconstitucional neste ponto (talvez até mesmo em sua integralidade). Ha, no caso, violação ao disposto no artigo 129, inciso III.

Como se não bastasse, a alteração da LACP viola a cláusula pétrea prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, uma vez que excluiu lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário.

Colabora com nosso entendimento, MAZZILLI:

O parágrafo único do art. 1º da LACP, introduzido pela Medida Provisória n.º 2.180-35/01, fere, pois, a regra constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito - não só o direito individual como o coletivo. Considerando que o sistema processual clássico não viabiliza a defesa judicial em caso de lesões difusas, coletivas ou individual homogêneas, a Constituição de 88 instituiu o acesso coletivo à jurisdição, garantia que tem a mesma índole que a referente ao acesso individual. Suprimida que fosse a possibilidade de acesso coletivo, inúmeras lesões transindividuais ficariam efetivamente sem proteção judicial, pois o acesso individual em casos de lesões fragmentárias é simplesmente inviável.[5]

Ainda, LOUREIRO:

Destarte, encontra-se assegurada também a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos pela ação civil pública, podendo o específico bem da vida a que se pretende proteger por meio desta ação, ser interesse dessa natureza. Ademais, reitera-se: com o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não há como sustentar a restrição ao acesso à justiça para defender referidos interesses, sem que se esbarre na inconstitucionalidade.[6]

E BUENO:

Ora, dirá alguém, ações individuais são possíveis. O parágrafo único do art. 1º da Lei n.7347/85 não as proíbe. Concordo. Sem dúvidas que elas são possíveis. Mas quem tem medo de algumas poucas ações individualmente ajuizadas? Qual a consciência individual que o povo brasileiro tem de seus direitos constitucionalmente assegurados? Qual a efetividade dos mecanismos jurisdicionais de asseguramento e reconhecimento desses mesmos direitos individualmente? A razão de ser das ações coletivas, friso este ponto, é justamente afastar essas dúvidas quanto ao exercício e à efetividade da cidadania. São verdadeiros veículos de realização do direito material mesmo para aqueles que nem sequer conhecem esses direitos ou, se conhecem, não têm a menor condição, por diversas questões, de ir ao Poder Judiciário para exigir seu cumprimento. As ações coletivas, graças a seus idealizadores nacionais, bem que poderiam ser chamadas de programa “cidadania mil”. Por força do dispositivo em comento, no entanto, é melhor que sejam identificadas por “cidadania zero”.^[7]

O mesmo entendimento tem sido adotado pelo MPF^[8] e pelos MP’s Estaduais^[9]

CONCLUSÃO

O propósito das ações coletivas é principalmente proteger aqueles que têm seus direitos violados com frequência, os considerados vulneráveis. Estes que, sozinhos, não têm o poder suficiente para fazer cessar abusos cometidos principalmente pelas empresas e pelo Poder Público, o grande litigante brasileiro.

O artigo 1º, parágrafo único, da LACP foi um retrocesso na evolução histórica da defesa dos interesses difusos e coletivos, que tenda a ampliar o objeto das *class actions* brasileiras e não restringir.

É claro que a ação coletiva é uma arma poderosa contra violações de direitos nas mãos de quem sabe utilizá-la e, por causa disso, incomoda quem está no poder.

Devemos insistir na proteção dos direitos fundamentais e na integridade dos remédios disponibilizados pela nossa Constituição Federal, mesmo de forma contrária à jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, para que a plenitude da proteção dos direitos coletivos seja efetivada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.*

BUENO, Cássio Scarpinella. *As Ações Coletivas contra o Poder Público*. In: QUEIROZ, Raphael (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Método. 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses difusos e coletivos*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer NA/STJ nº 429/2002 no RESP 264825-SP*.

PORCHETTO, Mauro Rocha. *Legitimidade do Ministério Público e propriedade na ACP para veicular pretensões coletivas que envolvam tributos*. 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A Tutela Constitucional dos Interesses Difusos*, s/d.

NOTAS:

[1] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[2] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses difusos e coletivos*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

[3] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2005.

[4] SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A Tutela Constitucional dos Interesses Difusos*, s/d, p. 1.

[5] Mazzilli, 2012, op. cit., p. 122.

[6] LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Método. 2004.

[7] BUENO, Cássio Scarpinella. *As Ações Coletivas contra o Poder Público*. In: QUEIROZ, Raphael (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2002.

[8] MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer NA/STJ nº 429/2002 no RESP 264825-SP*.

[9] PORCHETTO, Mauro Rocha. *Legitimidade do Ministério Público e propriedade na ACP para veicular pretensões coletivas que envolvam tributos*. 2008.

ANOTAÇÕES À LEI Nº 11.906/2009: BREVES COMENTÁRIOS AO INSTITUTO BRASILEIRO DE MUSEUS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: 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.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise do Instituto Brasileiro de Museus, criado pela Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se

analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Museus. Instituto Brasileiro de Museus.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Ponderações ao Estatuto dos Museus; 5 Anotações à Lei nº 11.906/2009: Breves Comentários ao Instituto Brasileiro de Museus.

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 almiré, 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”*[1]. 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 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*” [2]. 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 Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*” [3]. 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 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”*^[4]. 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 humanidade^[5]. 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*”[6].

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 trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 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 inexaurível[7].

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*”[8]. 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

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 1981[9], 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”*[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], 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 N.º. 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 gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

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, aprovou o 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”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] 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 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 Humanidade[15].

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.

Assim, decorrente de tal fato, 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. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste 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, o direito à interidade 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.

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, 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 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “A *cultura*

brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que *“o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”*[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam,

são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região,

quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em

decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Ponderações ao Estatuto dos Museus

Em um primeiro momento, cuida anotar que a Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009[23], que institui o Estatuto de Museus e dá outras providências, estabelece, em uma concepção jurídica, que são considerados museus as instituições sem fins lucrativos que conservam, investigam, comunicam, interpretam e expõem, para fins de preservação, estudo, pesquisa, educação, contemplação e turismo, conjuntos e coleções de valor histórico, artístico, científico, técnico ou de qualquer outra natureza cultural, abertas ao público, a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento. Igualmente, para a aplicação da legislação supramencionada, serão consideradas as instituições e os processos museológicos voltados para o trabalho com o patrimônio cultural e o território visando ao desenvolvimento cultural e socioeconômico e à participação das comunidades. Ao lado disso, são princípios fundamentais que nortearão a atuação dos museus: (i) a valorização da dignidade humana; (ii) a promoção da cidadania; (iii) o cumprimento da função social; (iv) a valorização e preservação do patrimônio cultural e ambiental; (v) a universalidade do acesso, o respeito e a valorização à diversidade cultural; (vi) o intercâmbio institucional.

A Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009[24] (Estatuto dos Museus), traz ainda, em conformidade com as características e o desenvolvimento de cada museu, a possibilidade de existir filiais, seccionais e núcleos ou anexos das instituições. Nos termos do diploma

supramencionado, considera-se como filial os museus dependentes de outros quanto à sua direção e gestão, inclusive financeira, mas que possuem plano museológico autônomo; como seccional a parte diferenciada de um museu que, com a finalidade de executar seu plano museológico, ocupa um imóvel independente da sede principal; como núcleo ou anexo os espaços móveis ou imóveis que, por orientações museológicas específicas, fazem parte de um projeto de museu. Ademais, poderá o Poder Público estabelecer mecanismos de fomento e incentivo visando à sustentabilidade dos museus brasileiros. Assentado na proeminência do patrimônio cultural, os bens culturais dos museus, em suas diversas manifestações podem ser declarados como de interesse público, no todo ou em parte. Consideram-se bens culturais passíveis de musealização os bens móveis e imóveis de interesse público, de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência ao ambiente natural, à identidade, à cultura e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Será declarado como de interesse público o acervo dos museus cuja proteção e valorização, pesquisa e acesso à sociedade representar um valor cultural de destacada importância para a Nação, respeitada a diversidade cultural, regional, étnica e linguística do País.

O Estatuto dos Museus estabelece, oportunamente, que a codificação não se aplica às bibliotecas, aos arquivos, aos centros de documentação e às coleções visitáveis. Ao lado disso, são consideradas coleções visitáveis os conjuntos de bens culturais conservados por uma pessoa física ou jurídica, que não apresentem as características previstas no artigo 1º do diploma legal multicitado, e que sejam abertos à visitação,

ainda que esporadicamente. Diciona a legislação que são considerados museus públicos as instituições museológicas vinculadas ao poder público, situadas no território nacional. Incumbirá ao Poder Público firmar um plano anual prévio, de modo a garantir o funcionamento dos museus públicos e permitir o cumprimento de suas finalidades. Os museus públicos, ainda consoante disposição do Estatuto dos Museus, serão regidos por ato normativo específico. É vedada a participação direta ou indireta de pessoal técnico dos museus públicos em atividades ligadas à comercialização de bens culturais. Atividades de avaliação para fins comerciais serão permitidas aos funcionários em serviço nos museus, nos casos de uso interno, de interesse científico, ou a pedido de órgão do Poder Público, mediante procedimento administrativo cabível.

No que concerne ao regime aplicável, a criação de museus por qualquer entidade é livre, independentemente do regime jurídico estabelecidos no Estatuto dos Museus. Ao lado disso, a criação, a fusão e a extinção de museus serão efetivadas por meio de documento público. A criação, a fusão ou a extinção de museus deverá ser registrada no órgão competente do poder público. Os museus poderão estimular a constituição de associações de amigos dos museus, grupos de interesse especializado, voluntariado ou outras formas de colaboração e participação sistemática da comunidade e do público. Os museus, à medida das suas possibilidades, facultarão espaços para a instalação de estruturas associativas ou de voluntariado que tenham por fim a contribuição para o desempenho das funções e finalidades dos museus. Os museus poderão criar um serviço de acolhimento, formação e gestão de voluntariado, dotando-se de um regulamento específico, assegurando e estabelecendo o benefício mútuo da

instituição e dos voluntários. A denominação de museu estadual, regional ou distrital só pode ser utilizada por museu vinculado a Unidade da Federação ou por museus a quem o Estado autorize a utilização desta denominação. Por derradeiro, a denominação de museu municipal só pode ser utilizada por museu vinculado a Município ou por museus a quem o Município autorize a utilização desta denominação.

As entidades públicas e privadas de que dependam os museus deverão definir claramente seu enquadramento orgânico e aprovar o respectivo regimento. Todo museu deverá dispor de instalações adequadas ao cumprimento das funções necessárias, bem como ao bem-estar dos usuários e funcionários. Compete à direção dos museus assegurar o seu bom funcionamento, o cumprimento do plano museológico por meio de funções especializadas, bem como planejar e coordenar a execução do plano anual de atividades. Os museus garantirão a conservação e a segurança de seus acervos, sendo que cada museu deverá elaborar programas, normas e procedimentos de preservação, conservação e restauração, em conformidade com a legislação vigente. Aplicar-se-á o regime de responsabilidade solidária às ações de preservação, conservação ou restauração que impliquem dano irreparável ou destruição de bens culturais dos museus, sendo punível a negligência. Os museus devem dispor das condições de segurança indispensáveis para garantir a proteção e a integridade dos bens culturais sob sua guarda, bem como dos usuários, dos respectivos funcionários e das instalações, sendo que cada museu deve dispor de um Programa de Segurança periodicamente testado para prevenir e neutralizar perigos. É facultado aos museus estabelecer restrições à

entrada de objetos e, excepcionalmente, pessoas, desde que devidamente justificadas.

As entidades de segurança pública poderão cooperar com os museus, por meio da definição conjunta do Programa de Segurança e da aprovação dos equipamentos de prevenção e neutralização de perigos. Os museus colaborarão com as entidades de segurança pública no combate aos crimes contra a propriedade e tráfico de bens culturais. O estudo e a pesquisa fundamentam as ações desenvolvidas em todas as áreas dos museus, no cumprimento das suas múltiplas competências. O estudo e a pesquisa nortearão a política de aquisições e descartes, a identificação e caracterização dos bens culturais incorporados ou incorporáveis e as atividades com fins de documentação, de conservação, de interpretação e exposição e de educação. Os museus deverão promover estudos de público, diagnóstico de participação e avaliações periódicas objetivando a progressiva melhoria da qualidade de seu funcionamento e o atendimento às necessidades dos visitantes. Os museus deverão promover ações educativas, fundamentadas no respeito à diversidade cultural e na participação comunitária, contribuindo para ampliar o acesso da sociedade às manifestações culturais e ao patrimônio material e imaterial da Nação. Os museus deverão disponibilizar oportunidades de prática profissional aos estabelecimentos de ensino que ministrem cursos de museologia e afins, nos campos disciplinares relacionados às funções museológicas e à sua vocação.

As ações de comunicação constituem formas de se fazer conhecer os bens culturais incorporados ou depositados no museu, de forma a propiciar o acesso público, bem como regulamentará o acesso público aos

bens culturais, levando em consideração as condições de conservação e segurança. Os museus deverão elaborar e implementar programas de exposições adequados à sua vocação e tipologia, com a finalidade de promover acesso aos bens culturais e estimular a reflexão e o reconhecimento do seu valor simbólico. Os museus poderão autorizar ou produzir publicações sobre temas vinculados a seus bens culturais e peças publicitárias sobre seu acervo e suas atividades, sendo que: (i) serão garantidos a qualidade, a fidelidade e os propósitos científicos e educativos do material produzido, sem prejuízo dos direitos de autor e conexos; e (ii) todas as réplicas e demais cópias serão assinaladas como tais, de modo a evitar que sejam confundidas com os objetos ou espécimes originais. A política de gratuidade ou onerosidade do ingresso ao museu será estabelecida por ele ou pela entidade de que dependa, para diferentes públicos, conforme dispositivos abrigados pelo sistema legislativo nacional. Os museus caracterizar-se-ão pela acessibilidade universal dos diferentes públicos, na forma da legislação vigente. As estatísticas de visitantes dos museus serão enviadas ao órgão ou entidade competente do poder público, na forma fixada pela respectiva entidade, quando solicitadas. Os museus deverão disponibilizar um livro de sugestões e reclamações disposto de forma visível na área de acolhimento dos visitantes.

Os museus deverão formular, aprovar ou, quando cabível, propor, para aprovação da entidade de que dependa, uma política de aquisições e descartes de bens culturais, atualizada periodicamente. Os museus vinculados ao Poder Público darão publicidade aos termos de descartes a serem efetuados pela instituição, por meio de publicação no

respectivo Diário Oficial. É obrigação dos museus manter documentação sistematicamente atualizada sobre os bens culturais que integram seus acervos, na forma de registros e inventários, sendo que: (i) o registro e o inventário dos bens culturais dos museus devem estruturar-se de forma a assegurar a compatibilização com o inventário nacional dos bens culturais; e (ii) os bens inventariados ou registrados gozam de proteção com vistas em evitar o seu perecimento ou degradação, a promover sua preservação e segurança e a divulgar a respectiva existência. Os inventários museológicos e outros registros que identifiquem bens culturais, elaborados por museus públicos e privados, são considerados patrimônio arquivístico de interesse nacional e devem ser conservados nas respectivas instalações dos museus, de modo a evitar destruição, perda ou deterioração. No caso de extinção dos museus, os seus inventários e registros serão conservados pelo órgão ou entidade sucessora.

A proteção dos bens culturais dos museus se completa pelo inventário nacional, sem prejuízo de outras formas de proteção concorrentes. Entende-se por inventário nacional, em consonância com a Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009^[25] (Estatuto dos Museus), a inserção de dados sistematizada e atualizada periodicamente sobre os bens culturais existentes em cada museu, objetivando a sua identificação e proteção. O inventário nacional dos bens dos museus não terá implicações na propriedade, posse ou outro direito real. O inventário nacional dos bens culturais dos museus será coordenado pela União. Para efeito da integridade do inventário nacional, os museus responsabilizar-se-ão pela inserção dos dados sobre seus bens culturais. Os museus facilitarão o acesso à imagem e à reprodução de seus bens culturais e documentos

conforme os procedimentos estabelecidos na legislação vigente e nos regimentos internos de cada museu. A disponibilização de que trata este artigo será fundamentada nos princípios da conservação dos bens culturais, do interesse público, da não interferência na atividade dos museus e da garantia dos direitos de propriedade intelectual, inclusive imagem, na forma da legislação vigente. Por fim, em consonância com o Estatuto dos Museus, os museus garantirão a proteção dos bens culturais que constituem seus acervos, tanto em relação à qualidade das imagens e reproduções quanto à fidelidade aos sentidos educacional e de divulgação que lhes são próprios, na forma da legislação vigente.

5 Anotações à Lei nº 11.906/2009: Breves Comentários ao Instituto Brasileiro de Museus

Tecidos estes comentários, cuida anotar que a Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009[26], foi responsável por criar o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, autarquia federal, dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério da Cultura, com sede e foro na Capital Federal, podendo estabelecer escritórios ou dependências em outras unidades da Federação. Ao lado do exposto, é interessante destacar que, para os fins da legislação em comento, são consideradas: (i) as instituições museológicas: os centros culturais e de práticas sociais, colocadas a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento, que possuem acervos e exposições abertas ao público, com o objetivo de propiciar a ampliação do campo de possibilidades de construção identitária, a percepção crítica da realidade cultural brasileira, o estímulo à produção do conhecimento e à produção de novas oportunidades de lazer, tendo ainda as seguintes características básicas: a) a vocação para

a comunicação, investigação, interpretação, documentação e preservação de testemunhos culturais e naturais; b) o trabalho permanente com o patrimônio cultural; c) o desenvolvimento de programas, projetos e ações que utilizem o patrimônio cultural como recurso educacional e de inclusão social; e d) o compromisso com a gestão democrática e participativa; (ii) bens culturais musealizados: o conjunto de testemunhos culturais e naturais que se encontram sob a proteção de instituições museológicas; e (iii) atividades museológicas: os procedimentos de seleção, aquisição, documentação, preservação, conservação, restauração, investigação, comunicação, valorização, exposição, organização e gestão de bens culturais musealizados.

O IBRAM tem as seguintes finalidades: (i) promover e assegurar a implementação de políticas públicas para o setor museológico, com vistas em contribuir para a organização, gestão e desenvolvimento de instituições museológicas e seus acervos; (ii) estimular a participação de instituições museológicas e centros culturais nas políticas públicas para o setor museológico e nas ações de preservação, investigação e gestão do patrimônio cultural musealizado; (iii) incentivar programas e ações que viabilizem a preservação, a promoção e a sustentabilidade do patrimônio museológico brasileiro; (iv) estimular e apoiar a criação e o fortalecimento de instituições museológicas; (v) promover o estudo, a preservação, a valorização e a divulgação do patrimônio cultural sob a guarda das instituições museológicas, como fundamento de memória e identidade social, fonte de investigação científica e de fruição estética e simbólica; (vi) contribuir para a divulgação e difusão, em âmbito nacional e internacional, dos acervos museológicos brasileiros; (vii) promover a permanente

qualificação e a valorização de recursos humanos do setor; (viii) desenvolver processos de comunicação, educação e ação cultural, relativos ao patrimônio cultural sob a guarda das instituições museológicas para o reconhecimento dos diferentes processos identitários, sejam eles de caráter nacional, regional ou local, e o respeito à diferença e à diversidade cultural do povo brasileiro; e (ix) garantir os direitos das comunidades organizadas de opinar sobre os processos de identificação e definição do patrimônio a ser musealizado.

Compete, nos termos do artigo 4º da Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009[27], ao IBRAM: (i) propor e implementar projetos, programas e ações para o setor museológico, bem como coordenar, acompanhar e avaliar as atividades deles decorrentes; (ii) estabelecer e divulgar normas, padrões e procedimentos, com vistas em aperfeiçoar o desempenho das instituições museológicas no País e promover seu desenvolvimento; (iii) fiscalizar e gerir técnica e normativamente os bens culturais musealizados ou em processo de musealização; (iv) promover o fortalecimento das instituições museológicas como espaços de produção e disseminação de conhecimento e de comunicação; (v) desenvolver e apoiar programas de financiamento para o setor museológico; (vi) estimular, subsidiar e acompanhar o desenvolvimento de programas e projetos relativos a atividades museológicas que respeitem e valorizem o patrimônio cultural de comunidades populares e tradicionais de acordo com suas especificidades; (vii) estimular o desenvolvimento de programas, projetos e atividades educativas e culturais das instituições museológicas; (viii) promover o inventário sistemático dos bens culturais musealizados, visando a sua difusão, proteção e preservação, por meio de mecanismos de

cooperação com entidades públicas e privadas; (ix) implantar e manter atualizado cadastro nacional de museus visando à produção de conhecimentos e informações sistematizadas sobre o campo museológico brasileiro; (x) promover e apoiar atividades e projetos de pesquisa sobre o patrimônio cultural musealizado, em articulação com universidades e centros de investigação científica, com vistas na sua preservação e difusão.

Igualmente, ainda nos termos do artigo 4º da Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009[28], compete ao IBRAM: (xi) propor medidas de segurança e proteção de acervos, instalações e edificações das instituições museológicas, visando manter a integridade dos bens culturais musealizados; (xii) propor medidas que visem a impedir a evasão e a dispersão de bens culturais musealizados, bem como se pronunciar acerca de requerimentos ou solicitações de sua movimentação no Brasil ou no exterior; (xiii) desenvolver e estimular ações de circulação, intercâmbio e gestão de acervos e coleções; (xiv) estimular e apoiar os programas e projetos de qualificação profissional de equipes que atuam em instituições museológicas; (xv) coordenar o Sistema Brasileiro de Museus, fixar diretrizes, estabelecer orientação normativa e supervisão técnica para o exercício de suas atividades sistematizadas; (xvi) promover e assegurar a divulgação no exterior do patrimônio cultural brasileiro musealizado, em articulação com o Ministério das Relações Exteriores; e (xvii) exercer, em nome da União, o direito de preferência na aquisição de bens culturais móveis, prevista no art. 22 do Decreto-Lei nº. 25, de 30 de novembro de 1937, respeitada a precedência pelo órgão federal de preservação do patrimônio histórico e artístico.

Nos termos do artigo 10 da Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009[29], constituem receitas do IBRAM: (i) as dotações orçamentárias que lhe forem consignadas no Orçamento Geral da União; (ii) os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades públicas nacionais, estrangeiras e internacionais; (iii) as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados, as receitas provenientes de empréstimos, auxílios, contribuições e dotações de fontes internas e externas; (iv) o produto da venda de publicações, acervos, material técnico, dados e informações de emolumentos administrativos e de taxas de inscrições em concursos; (v) a retribuição por serviços de qualquer natureza prestados a terceiros; (vi) as rendas de qualquer natureza, resultantes do exercício de atividades que sejam afetas ou da exploração de imóveis e acervos sob sua jurisdição; e (vii) os recursos de transferência de outros órgãos da administração pública. O patrimônio do IBRAM, em conformidade com o artigo 11 da Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009[30], constituir-se-á de: (i) bens e direitos transferidos em decorrência do disposto no art. 8º da legislação em comento; (ii) doações, legados e contribuições; (iii) bens e direitos que adquirir; e (iv) rendas de qualquer natureza derivadas de seus próprios bens e serviços

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 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://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 11.904, de 14 de Janeiro de 2009.** Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

_____. **Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009.** Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura, cria Cargos em Comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.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, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 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.

[1] 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, s.p.

[2] 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.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] 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.

[5] 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.

[6] 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.

[7] *Idem*. **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.

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

[9] 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.

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

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

[12] 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 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.

[13] 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.

[14] 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”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 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 Nº 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.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 23 jul. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito

de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 23 jul. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] BRASIL. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009**. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

[24] BRASIL. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009.** Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

[25] BRASIL. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009.** Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 jul. 2015.

[26] BRASIL. **Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009.** Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura, cria Cargos em Comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em 23 jul. 2015.

[27] BRASIL. **Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009.** Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura, cria Cargos em Comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em 23 jul. 2015.

[28] BRASIL. **Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009.** Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura, cria Cargos em Comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras

providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em 23 jul. 2015.

[29] Ibid.

[30] BRASIL. **Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009**. Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura, cria Cargos em Comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em 23 jul. 2015.

DA TUTELA ANTECIPADA: CONCEITO, REQUISITO E DISTINÇÃO SE COMPARADA Á TUTELA CAUTELAR

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

Sabe-se que a antecipação de tutela é o instrumento colocado ao dispor do magistrado, capaz de conceder ao autor do seu pleito, um pleito liminar que, provisoriamente venha lhe assegurar o bem jurídico pelo qual se busca proteger, objeto do litígio envolvendo as parte, não se tratando de uma faculdade conferida ao juiz, nem tampouco ao seu poder discricionário, mas de um direito subjetivo processual que, desde que cumpridos todos os requisitos para o seu ensejo, poderá ser deferido pelo magistrado.

DESENVOLVIMENTO

Á luz do artigo 273 do CPC temos que:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

Dessa forma, antes de ser completado a fase da instrução processual, o juiz antecipa uma decisão de mérito requerida em sede de liminar, podendo dar no todo ou em parte, provisório atendimento ao pleito da parte, se adiantando vez que tal decisão só seria proferida do deslinde total do processo com o transito em julgado da sentença condenatória ou não proferida pelo magistrado.

Na visão do ínclito doutrinador Theodoro Junior acerca do assunto, temos:

"Mais do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pela art. 273 do CPC vai ainda mais longe, entretanto, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, em caráter liminar, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo de execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha ser o efeito de uma sentença ainda por proferir". (THEODORO JUNIOR, v. II, p. 606-607).

Nessa mesma linha de raciocínio, Nunes com demasiada propriedade define como:

"Dá-se o nome de tutela antecipada ao adiantamento dos efeitos da decisão final, a ser proferida em processo de conhecimento, com a finalidade de evitar dano ao direito subjetivo da parte". (NUNES, 1999, p. 165).

A doutrina mais conceituada indica ser o melhor caminho o de o Juízo interferir prontamente no processo quando as condições vividas entre as partes importam em eminente prejuízo a qualquer uma delas, e assim, referenda Humberto Theodoro Júnior in Código de Processo Civil Anotado, "*in verbis*":

"Novidade em nosso direito, a antecipação da tutela introduziu, no CPC, os princípios da verossimilhança, da prova inequívoca e do perigo de irreversibilidade. (a nova redação do art. 273 decorre da Lei nº 8.952, de 13.12.94).

Os incisos I e II cuidam das condições de concessão da medida, que não se confunde nem prejudica as tutelas cautelares, previstas nos arts. 796 a 889 do CPC, verossimilhança, em esforço propedêutico, que se quadre com o espírito do legislador, é a aparência de verdade, o razoável, alcançando, em interpretação lato sensu, o próprio "*fumus boni iuris*" e, principalmente, o "*periculum in mora*".

Prova inequívoca é aquela clara, evidente, que apresenta grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar d vida razoável, equivalendo, em última análise,   verossimilhança da alega o, mormente no tocante ao direito subjetivo que a parte queira preservar” (obra citada, p. 124, Ed. Forense, RJ, 1996, 2  ed.).

Por se tratar de uma medida satisfativa tomada anteriormente ao julgamento final da lide e deslinde completo do processo, a lei condiciona   concessão da tutela antecipada, o preenchimento das condi es elencadas no artigo 273 do CPC, quais sejam: a existência de prova inequívoca e a verossimilhança da alega o, não prosperando somente a mera alega o ou suspeita nem tampouco a simples aparência de um direito que se alega ser o detentor, exigindo-se muito mais: que a prova seja inequívoca, preexistente, ou seja, sem sombra de dúvidas, não sendo necessariamente uma prova documental, mas obrigatoriamente deverá ser clara, evidente de maneira a não pairarem dúvidas razoáveis sobre a mesma, nem indícios.

Dizer que uma prova   inequívoca é o mesmo que dizer ao analisar uma prova que esta, é plenamente capaz de, naquele exato momento processual, autorizar uma sentença de mérito favorável ao que pleiteou a tutela antecipada, caso essa demanda viesse a ser julgada nesse exato momento, ante o fato de ter levado o magistrado a crer ser o requerente desta, o verdadeiro e inequívoco detentor do direito ora

pleiteado e concedido, ainda que esse juízo seja provisório naquele momento.

Desta forma, para a concessão da tutela antecipatória, basta que naquele exato momento da análise das provas, o magistrado esteja convicto da certeza e da robustez das alegações formuladas pela requerente, com a verossimilhança das provas, que estas estejam aparentando serem verdadeiras, ainda que posteriormente, em outra oportunidade lá na frente, a convicção seja outra ou mude.

Já no que se refere a verossimilhança da alegação, existe uma nítida relação deste com a plausibilidade do direito que está sendo invocado, exigindo-se a aparência do direito, isto é, juízo de convencimento do direito sob o qual se funda a ação e esta se pleiteando a antecipação dos efeitos da tutela, não podendo esta ser concedida ex officio pelo magistrado, dependendo de pleito formulado pelo autor para sua análise e concessão.

Na lição do jurista THEODORO JUNIOR, 1997, v. II, p. 612, temos que:

"Quanto a "verossimilhança da alegação", refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto a existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade,

bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu".

E já não tem onde residir na atualidade às eventuais dúvidas outrora registradas sobre a cumulatividade das condições previstas nos incisos I e II, do artigo supra. Inexiste a necessidade de cumular-se as condições para o deferimento da tutela, eis que a própria norma já assim explica com a conjunção "ou".

Ensina sabidamente Geraldo Beire Simões, ao comentar o art. 273, com redação conferida pela Lei nº 8.942/94, em "A Antecipação da Tutela do Art. 273 do CPC nas Ações Locatícias", ADCOAS, 1.995, o seguinte, "*verbis*":

"(...) cabe, a nós advogados manejarmos tal instituto sempre que possível, e que os julgadores não se atemorizem em adotá-lo quando cabível, em benefício do jurisdicionado, praticando, assim, nós e eles, a autêntica justiça e a realização da efetividade real do processo."

Assim, encontrando-se presentes os requisitos justificadores do pleito de concessão da antecipação dos efeitos da tutela, de acordo com o artigo 273, do Código de Processo Civil, o magistrado pode, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação (...), portanto é possível antecipação de tutela, para evitar danos ainda maiores para aquele que o pleiteia, não se tratando de simples faculdade do magistrado

nem tampouco de seu poder discricionário, mas sim direito subjetivo da parte que o requer, de maneira que, estando presentes os requisitos ensejadores insculpidos no artigo 273 do CPC, é dever do magistrado deferir o pleito e não mera discricionariedade, não se submetendo a nenhum procedimento especial e devendo ser requerida juntamente na primeira oportunidade em que o autor da demanda tiver, qual seja, na petição inicial.

A tutela antecipatória do direito subjetivo material deve existir porque se alguém tem o direito de obter exatamente aquilo que tem o direito, o processo há de fornecer-lhe meios para que o seu direito ocorra logo de imediato. O meio processual, Tutela Antecipatória, tornará possível a pronta realização do direito que o autor afirma possuir.

Sendo claras as consequências negativas e os danos de difícil reparação que o Autor possa continuar a sofrer caso seja mantida a afronta ao seu direito, o pleito deve ser deferido em sede de liminar pelo magistrado, só sendo possível antecipar aquela mesma prestação jurisdicional, ou parte dela, se for exatamente com o mesmo objeto que se pretende obter em definitivo mais adiante, caso contrário não será cabível a antecipação de tutela mais sim uma medida cautelar, constituindo como seu objeto a própria tutela pleiteada pelo seu requerente, independente de ser esta total ou parcial, sendo concedido rapidamente aquele que veio ao processo buscar determinada solução rápida para um problema justamente descrito em seu pedido apresentado perante o magistrado.

CONCLUSÃO

Na visão do doutrinador Candido Rangel Dinamarco, que com demasiada propriedade discorre acerca do tema, temos que:

“A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriedade^[1].”

Finalizando, vale a transcrição dos seguintes arestos

“1. TUTELA ANTECIPADA. QUANDO CABE. 2. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. REVISÃO DO CONTRATO. PROTESTO. SUSPENSÃO REGISTRO CREDITÓRIO NEGATIVO. TUTELA ANTECIPADA. 3. SERASA. ESTABELECIMENTO BANCÁRIO.

INTERPRETAÇÃO. – Antecipação de tutela. Art do CPC. discussão da dívida. Suspensão de informações negativas. a provisoriedade e inerente a tutela antecipada, que se funda em cognição sumaria, que não prevalecera ao reconhecimento de realidades antes não conhecidas com a instrução. Com esta, poderá, em qualquer tempo ser revogada ou modificada a antecipação. as matérias propostas em juízo são discutíveis, tendo decisões favoráveis nesta corte a tese dos devedores, o que já é motivo para antecipação parcial de tutela por fundado receio ou dano irreparável. o débito esta sendo discutido em juízo. conhecidos os efeitos da negativação do devedor em órgãos de que se valem os comerciantes e instituições financeiras para buscar informações sobre os pretendentes a um credito, justifica-se a concessão da liminar pleiteada. agravo provido. (TARS – AGI 195.168.331 – 5ª CCiv. – Rel. Juiz João Carlos Branco Cardoso – J. 30.11.1995)”.

Para encerrar é de suma importância distinguirmos dois institutos completamente distintos entre si rapidamente em poucas palavras a fim de que não parem dúvidas ou confusões jurídicas: a antecipação de tutela e a medida cautelar. Enquanto que a primeira visa

a proteção do direito subjetivo da parte que o pleiteia, a fim de que esta não venha sofrer prejuízos de difícil reparação, o segundo instituto da medida cautelar opostamente firma-se na garantia do processo a fim de que a prestação jurisdicional não se torne inócua, não se antecipando os efeitos da sentença de mérito prolatada somente ao findar do processo, de maneira que a distinção entre ambos institutos reside no objeto pleiteado pelas partes na prestação jurisdicional.

Enquanto que na tutela cautelar busca-se por meio da ação correta e adequada assegurar o resultado satisfatório de um outro processo, denominado de principal, não sendo acrescentado nada de imediato no patrimônio do demandante, porém lhe assegura a segurança e a integridade do objeto em litígio, a tutela antecipatória ao contrário, visa garantir a efetividade da jurisdição, constituindo na própria providência demandada, não podendo ser concedida ex officio pela magistrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 3 v, Volumes I e II.

NUNES, Elpídio Donizete. Curso didático de Direito Processual Civil. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SIMÕES, Geraldo Beire. A Antecipação da Tutela do Art. 273 do CPC nas Ações Locatícias. 1ª ed. ADCOAS, 1.995.

DINAMARCO, Candido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. Ed. Melhoramentos, 2002 – São Paulo.

NOTA:

[1] Candido Rangel Dinamarco – A Reforma do Código de Processo Civil, Ed. Melhoramentos, 2002 – São Paulo.