

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 428

(ano VII)

(27/08/2015)

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



27/08/2015 Renato Marcão

» [Reconhecimento de pessoa em Juízo](#)

ARTIGOS

27/08/2015 Pollyanna Quintela Falconery

» [A justiça restaurativa e os crimes de maior potencial ofensivo](#)

27/08/2015 Luis Felipe Hatje

» [A normatividade no regime militar brasileiro](#)

27/08/2015 Maria Fernanda Paci

» [Competência da Justiça do Trabalho no dano moral](#)

27/08/2015 Mariana Carolina Cruz de Santan

» [A ineficácia do Estatuto da Criança e do Adolescente frente à criminalidade infanto-juvenil](#)

27/08/2015 Mariana Fontoura da Rosa

» [ADPF 54 - Anencefalia: Análise do julgamento sob a ótica dos debates constitucionais brasileiros](#)

27/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Anotações ao Inventário Nacional dos Bens Culturais Musealizados: Ponderações à Resolução Normativa nº 01/2014 do Ministério da Cultura](#)

RECONHECIMENTO DE PESSOA EM JUÍZO

RENATO MARCÃO: Jurista. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Autor, dentre outros, dos seguintes livros pela editora Saraiva: Curso de Processo Penal; Curso de Execução Penal; Lei de Execução Penal Anotada; Execução Penal; Crimes Ambientais; Crimes contra a Dignidade Sexual; Estatuto do Desarmamento; Crimes de Trânsito e Tóxicos.

O art. 226 do CPP dispõe a respeito do reconhecimento de pessoas e coisas, de modo a estabelecer os rituais, necessariamente formais, que devem ser observados na produção desse tipo de prova, a saber:

- I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
- II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
- III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
- IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Diz o parágrafo único do art. 226 que o disposto em seu inc. III não tem aplicação na fase da instrução criminal e no plenário de julgamento pelo Tribunal do Júri.

De fato, e sob os olhos do fiscal da lei, em juízo o que invariavelmente se pratica é um tipo único de reconhecimento "sui generis"; um arremedo informal de reconhecimento; verdadeiro monstrego, em que o magistrado, virando-se para o reconhecedor e apontando diretamente para o acusado, pergunta, quase afirmando, em tom de voz perfurocortante: foi aquele ali o autor do crime? (sic).

E o arguido, após olhar de soslaio, com os olhos turvos de quem fora surpreendido com tão brusca e inesperada inquirição, rapidamente responde: sim. É quase um "nim": um misto de sim com não.

Esse "sim", anunciado nessas circunstâncias, algumas vezes exterioriza muito mais o desejo de não contrariar o juiz do que o compromisso sério de identificar verdadeiramente, com segurança, o infeliz que está ali sentado. E dessa maneira, sem calcular o estrago, nesse "jeito de botequim", afirma-se a visceral ligação com o delito.

E mesmo assim: ponto final. É o que basta para mais adiante se fazer constar na fundamentação das razões finais acusatórias e da sentença, solenemente e em letras destacadas, que o ofendido ou testemunha reconheceu formalmente o acusado em juízo.

Nada mais ilusório, grotesco e enganador.

Tal prática, de reconhecimento, nada tem.

Já a seu tempo, ensinou Carrara que "Há sugestão quando, procurando a identificação de um objeto ou de uma pessoa, se apresenta ao interrogado aquele objeto ou pessoa que a acusação quer identificar, sem colocá-lo de

permeio a outros. Essa sugestão se poderia dizer implícita. Tal forma de sugestão é um misto de sugestão real e verbal. É real enquanto, com a apresentação da coisa se sugere ao interrogando a ideia de identidade entre a conhecida e a desconhecida que se procura. É verbal por isso que, com a pergunta, se vem a insinuar tal ideia de identidade”.^[1]

A quebra do procedimento tipificado para a colheita desse tipo de prova desautoriza afirmar que houve reconhecimento em casos tais; tecnicamente, não houve. O que há é um simulacro de reconhecimento. Pensar o contrário é colocar em farrapos a dignidade da Justiça.

Na condução do processo de modelo democrático, o juiz não pode portar-se como um vulgar curioso; como um receptor displicente de informações tão sérias. Deve, acima e antes de tudo, respeitar a dignidade de todos e de tudo que o processo toca e envolve profundamente. Goste ou não; aprecie ou não o formalismo, impõe-se o acatamento irrestrito às diretrizes que informam os procedimentos normativamente delineados pelo Poder competente.

Daí a acertada conclusão de Renato Furtado quando afirma que “o apontamento em audiência é ato simultaneamente avesso à lei processual penal, à Magna Carta e aos tratados internacionais. Ao se informalizar tão delicado ato, reduz-se, drasticamente, a esfera das garantias fundamentais e ‘não é necessário que entre o crime e a persecução penal tenha-se que espremer cada vez mais o núcleo que dá vida a uma Constituição’”.^[2]

A jurisprudência, entretanto, ora admite o procedimento disforme como meio de prova, por entender dispensáveis os trâmites formais para o reconhecimento em juízo, ora se posiciona de forma contrária, de modo a

reconhecer a nulidade da prova de tal modo produzida, referindo-se, ainda, à existência de mero *apontamento em audiência*.

Por isso, cabe aqui a advertência de Ihering: A forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade.

Se quisermos ser livres, devemos ser escravos da Lei (M. T. Cícero).

Notas:

[1]. Francesco Carrara, Programa do curso de direito criminal, parte geral, tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, São Paulo, Saraiva, 1957, v. II, p. 443.

[2]. Renato de Oliveira Furtado, Apontamento do acusado em audiência não é reconhecimento legal. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3.246, 21 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21814>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS CRIMES DE MAIOR POTENCIAL OFENSIVO

POLLYANNA QUINTELA FALCONERY: servidora pública da justiça federal, atualmente ocupando a função de assistente de gabinete do juiz titular da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Feira de Santana-Ba; professora de Processo Penal e Direito Penal na Faculdade Nobre de Feira de Santana- BA - FAN. Graduada pela Universidade Estadual de Feira de Santana - UEFS. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA.

RESUMO: Comumente sempre se reservou as alternativas penais aos crimes de média e pequena potencialidade ofensiva. Com o surgimento da proposta da justiça restaurativa torna-se interessante o questionamento da sua viabilidade na solução dos conflitos oriundos dos crimes considerados de maior potencialidade ofensiva. Para responder ao referido questionamento, foram feitas as seguintes análises sequenciais. Primeiro, procurou-se entender qual o significado de maior potencial ofensivo atribuído a uma conduta criminal. Depois, passou-se ao estudo da proposta trazida pelo modelo de justiça restaurativa. Por fim, foi feita uma análise da aplicação da justiça restaurativa aos crimes de maior potencialidade ofensiva e suas possíveis implicações, passando pela análise dos principais argumentos contrários a esta ideia. Assim, traçado o caminho acima explanado buscou-se enriquecer as discussões acerca do tema da justiça restaurativa, de modo a defender sua ampla aplicação, para que possa expandir os seus efeitos sobre o sistema penal, de modo a não se tornar mais uma medida alternativa ao processo penal tradicional sem impactos significativos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal - Justiça Restaurativa - Crimes de maior potencial ofensivo.

ABSTRACT: Generally, the penal alternatives always was left to the media and high offensive crimes. When the restorative justice appear, became necessary to ask its application into the solutions of the conflicts originated from the high offensive crimes. In the intention to answer this question was done sequential analysis. First, it was sought the meaning of the attribute high offensive to a criminal conduct. After, it was studied the restorative justice purpose. Lastly, it was made an analysis about the appliance of restorative justice into the solution of the high offensive crimes and its possible implications, facing the means arguments against this idea. So, running the way exposed, it was sought enrich the discussions about the justice restorative theme, defending its wide application into the penal system, in the intention that this tool became a effective alternative.

KEY-WORDS: Penal Law – Restorative Justice – High offensive crimes.

SUMÁRIO: 1. Introdução- 2. Crimes de maior potencialidade ofensiva – 2.1. Direito Penal para quê? – 2.2. A valoração das condutas típicas - 2.2.1. Por quê punir? – 2.2.2. O valor da conduta criminal segundo sua gravidade – 3. A proposta da Justiça Restaurativa – 3.1. A superação do modelo punitivo – 3.2. A quebra do paradigma punitivo – 3.3. O modelo restaurativo – 4. A Justiça Restaurativa e os crimes de maior potencialidade ofensiva – 4.1. Percepções do conflito criminal – 4.2. A restauração de grandes ofensas – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A convivência humana é marcada por conflitos. Tal fato é decorrência da complexidade das formas de interação humana. Algumas dessas situações conflito tornam-se alvo de criminalização pelo Estado, pois consideradas pelo critério valorativo do legislador como sendo nocivas ao convívio pacífico das pessoas em sociedade.

Afastando-se da discussão como tal processo de seleção de condutas é feito, que não é propósito do presente trabalho, nota-se que o tratamento penal formal dado a estas condutas consideradas criminosas não buscam a solução do conflito, mas simplesmente a subsunção normativa, com a aplicação da pena de privativa de liberdade.

Esse modelo essencialmente punitivo aliena o conflito dos envolvidos e toma para si a ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado desconsiderando a vontade do seu titular. Paradoxalmente essa avocação do conflito é feita em nome da proteção de direitos fundamentais com vistas a impedir os excessos da vingança privada. Contudo, ao alijar a vítima e a comunidade e de certa forma até mesmo o autor do delito do processo penal impede que os sujeitos envolvidos no processo construam a solução do conflito, fazendo com este subsista e se amplie.

A proposta de justiça restaurativa vem justamente resgatar o papel dos autores envolvidos na situação conflituosa e devolver a eles o protagonismo do fato em busca de sua solução.

Sendo considerada uma alternativa ao sistema penal, sempre se discute quais os limites de sua aplicação. Comumente as alternativas penais são reservadas às condutas consideradas de médio ou pequeno potencial ofensivo[1]. Às condutas de maior potencial ofensivo geralmente só restam como solução os rigores do processo penal formal. Mas, justamente neste ponto surge um problema objeto deste trabalho: entendendo o sistema de justiça restaurativa como um modelo de solução de conflitos, é possível aplicá-lo aos crimes de grande potencial ofensivo?

Para responder à questão proposta, primeiro buscou-se saber o que de fato significa dizer que uma conduta típica é de maior ou menor potencialidade ofensiva. Posteriormente, foi feita uma breve análise da proposta trazida pelo modelo restaurativo. Por fim, baseando-se nas conclusões tiradas, passou-se a analisar a viabilidade de aplicação da justiça restaurativa nos crimes de maior potencialidade ofensiva.

2 CRIMES DE MAIOR POTENCIALIDADE OFENSIVA

A classificação dos tipos penais segundo a potencialidade ofensiva obedece a critérios estabelecidos pela dogmática penal. É objetivamente feita de acordo com a pena cominada in abstracto à conduta criminal. Logicamente, às condutas consideradas mais graves são reservadas as mais longas e rigorosas penas (em geral, reclusão). Na maioria dos sistemas penais ocidentais[2], aos crimes considerados de maior potencialidade ofensiva não se reservam alternativas ao processo penal formal. A

partir desta constatação, surgem diversas questões em torno do tema.

Que fatores levam à valoração de uma conduta criminal como grave? Como é possível quantificar (em termos de pena privativa de liberdade) a lesão a um bem jurídico? Por que não há alternativas penais às ofensas consideradas graves?

As respostas aos questionamentos feitos perpassam primeiramente pela análise da própria finalidade do direito penal. A partir de então, será possível o estudo das formas de valoração das condutas típicas, o porquê delas geralmente estarem reservadas apenas ao processo penal formal e quais implicações trazem tais circunstâncias.

2.1 DIREITO PENAL PARA QUÊ?

Definir uma finalidade para o direito penal, além de justificar e legitimar sua existência, é essencial para a orientação da política criminal de tipificação de condutas.

O modelo de Direito Penal adotado pela grande maioria dos Estados ocidentais tem suas origens no movimento Iluminista, do século XVIII. A teoria que justifica o Direito Penal o delega a função de assegurar a existência livre e pacífica dos cidadãos. Parte da idéia de que o Estado deve ser compreendido como um modelo ideal de contrato. Neste, todos os indivíduos acordaram em delegar parte de sua liberdade a uma entidade governamental capaz de garantir a sobrevivência e convivência pacífica entre eles. Tal ente detém o poder de emitir e executar leis, dentre elas as penais. (ROXIN, 2006, p. 32-33).

Partindo da própria idéia de contrato social de Rousseau, observa-se que a tarefa de garantir a convivência pacífica dos indivíduos não é exclusividade das leis penais. Então, o que a diferencia das demais normas? Por que é considerada essencial ao modelo de Estado?

Para Welzel, a missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos mediante a tutela dos elementares valores de ação ético-sociais (2001, passim).

De acordo com Roxin, “de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível” (2006, p.31).

Para ele, devem-se criminalizar comportamentos que impedem o indivíduo de obter os pressupostos para o livre desenvolvimento de sua personalidade (ROXIN, 2006, p.1).

Assim, caberia ao Direito Penal a função de proteção subsidiária de bens jurídicos. Bens jurídicos seriam todos os dados que pressupõem um convívio pacífico entre as pessoas. Só seriam dignas de tutela penal aquelas situações de ofensa que não pudessem ser solucionadas por outros meios jurídicos (ROXIN, 2006, p.35).

Nessa linha de raciocínio, o autor identifica tipos penais comuns em todos os países de forma idêntica ou similar como homicídio, lesões corporais, furto e estelionato. Tais comportamentos causam danos sociais que inviabilizam a convivência pacífica entre os seres humanos (ROXIN, 2006, p.34).

Jakobs, também fundado na teoria do contrato social, entende que ele ordinariamente é frustrado pelas ações das pessoas. Algumas destas frustrações têm caráter estritamente individuais. Se não constituírem assuntos de interesse público, não justificam a reação estatal sobre tais condutas. Para o autor, jurídico-penalmente só se garantem aquelas normas a cuja observância geral não se pode renunciar para a manutenção da configuração social básica (JAKOBS, 1997, p. 12). Para ele, é o caráter público de um conflito que justifica a intervenção penal.

Do acima exposto, é possível depreender que, assim como a todos os outros ramos do direito, cabe ao Direito Penal a função de garantir a convivência harmônica entre os indivíduos. Como a característica que distingue a norma penal das demais é a natureza de sua sanção[3], em um modelo de Estado Democrático de Direito, tal intervenção só será admitida quando for impossível garantir a convivência harmônica entre as pessoas apenas com a incidência de normas não penais. Pensar em uma política criminal diversa desse objetivo seria inserir uma contradição no ordenamento jurídico.

2.2 A VALORAÇÃO DAS CONDUTAS TÍPICAS

Partindo da noção acima exposta, as condutas dignas de tutela penal devem causar um dano para o núcleo social, mas nem todas as condutas que causam danos sociais devem ser objeto do Direito Penal, pois ele necessariamente só deve incidir quando os outros ramos do direito falharem. Se a tutela dos bens jurídicos não é exclusividade penal, só pode merecê-la uma ação capaz de expor a lesão ou lesionar gravemente bens jurídicos. Seguindo tal lógica, seria redundante então se

falar em crime de maior potencial ofensivo, pois todos os tipos penais pressuporiam grande ofensa ao bem jurídico.

Comumente, classificam-se os tipos penais de acordo com o quantum de pena privativa de liberdade cominado. De acordo com a legislação brasileira, os crimes são considerados:

A) De menor potencialidade ofensiva: pena máxima em abstrato não superior a dois anos, passíveis de transação penal

B) De médio potencial ofensivo: pena máxima superior a dois anos e inferior a quatro anos, e a mínima inferior ou igual a um ano, passíveis de suspensão condicional do processo.

C) De maior potencial ofensivo: pena máxima superior a quatro anos, e mínima superior a um ano, não passível de aplicação de transação pena e/ou suspensão condicional do processo.

Se a ofensividade da conduta é baseada no quantum de pena privativa de liberdade, como é possível então quantificar em anos de prisão a ofensa a um bem jurídico?

A resposta a tal questionamento pressupõe uma breve análise da função da pena, intimamente ligada à funcionalidade do direito penal^[4]. Entender para que serve a sanção penal é ponto inicial na tentativa de se compreender como é feita a valoração das condutas criminais segundo a potencialidade lesiva.

2.2.1 Por que punir?

Dentre os diversos enfoques possíveis em torno da funcionalidade da pena, partindo do recorte acima dado na definição de

uma finalidade para o sistema penal, aqui também se seguirá a análise partindo das justificativas desenvolvidas na dogmática penal para a existência da pena.

Para Roxin, as teorias sobre os fins da pena tentam responder à seguinte questão: de que maneira deveria surtir efeito a pena para cumprir com a missão do direito penal? (1997, p. 81).

As respostas dadas ao longo dos séculos são sintetizadas em duas (ou mesmo três) teorias fundamentais: as absolutas, ligadas a fundamentos retributivos; e as relativas, que se subdividem em prevenção geral e especial (DIAS, 2004, p.42).

As teorias absolutas são assim chamadas porque atribuem à pena um fim desvinculado de seu efeito social. Kant, defendendo o caráter retributivo da pena, entendia que as leis penais são imperativos categóricos e uma vez violadas, seu agressor deveria receber o mesmo mal que cometeu (baseado na lei de talião). A função da pena consiste na realização da justiça (JAKOBS, 1997, p. 21).

Hegel, também retributivista, interpretava o delito como negação do direito e a pena como a negação dessa negação, que seria capaz de restabelecer o direito (ROXIN, 1997, p. 83).

Tanto Kant quanto Hegel rechaçavam qualquer finalidade utilitarista da pena, pois entendiam que o homem não pode ser considerado instrumento a serviço dos demais.

Para as teorias retributivistas, a pena desde tempos remotos corresponde a um sentimento geral comunitário de expiação do mal causado pelo crime. Sua essência consiste estritamente na reparação,

expição ou compensação do mal, embora possa ter efeitos colaterais socialmente relevantes como a intimidação à prática de crimes, neutralização dos agentes e até mesmo ressocialização (DIAS, 1999, p. 91).

Já para as teorias relativas, a pena, embora seja um mal, é essencialmente instrumento de político-criminal. Deve necessariamente ter uma finalidade, e no caso de política criminal tal fim deve ser a prevenção de crimes (DIAS, 2004, p. 48).

A pena pode ser entendida como instrumento de prevenção especial. Sob este enfoque a pena consiste unicamente em fazer o autor de um delito desistir de cometer futuros delitos. A pena intimida o autor a cometer novos delitos e o preserva da reincidência mediante sua correção (ROXIN, 1997, p. 86).

Pode também ser entendida como instrumento de prevenção geral. É um modelo de pena que consiste em exercitar no reconhecimento da norma. A missão da pena é fazer desistir potenciais autores de delitos, na medida em que todo cidadão está ciente de que à infração se seguirá um mal maior que aquele causado (JAKOBS, 1997, p.26).

Na visão de Figueiredo Dias, a atuação estatal sobre a generalidade das pessoas tem uma dupla perspectiva. Além de intimidar as pessoas através da promessa de um mal, ela também serve para manter e reforçar a segurança que a comunidade deposita no Estado (1999, p. 99).

Dentre as diversas finalidades sugeridas pelas teorias da pena, a maioria dos doutrinadores não aceita a pena como fim meramente retributivista. Para Roxin, a pena serve exclusivamente para fins de

prevenção geral e especial, embora a seja utilizado o princípio da culpabilidade como limite de aplicação de pena.

Entende-se inadequada e incompatível com o sentido da intervenção penal num Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Figueredo Dias, (1999, p. 94):

o Estado democrático, pluralista e laico de nossos dias não se pode arvorar em entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância os define, mas tem de se limitar a proteger bens jurídicos; e para tanto não se pode servir de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta.

Aceitar uma finalidade preventiva geral e especial da pena significa nortear a política criminal nesse sentido. Quando se fala em prevenção geral, sobretudo a negativa, a estipulação de um quantum penal para determinada conduta deve ser apto a coibir as pessoas a cometerem delitos. A lógica é que o mal da pena seja maior do que o mal causado pela ação. Desse modo, o legislador atribui uma quantidade de pena à conduta baseado na valoração do mal que ela causa.

É justamente nesse processo de valoração que reside a discussão aqui proposta.

2.2.2 O valor da conduta criminal segundo sua gravidade

Quando o legislador do Código Penal Brasileiro entendeu que para a ação de matar alguém, o autor estará sujeito a pena privativa de liberdade de 6 a 12 anos, em sua forma simples, significa dizer, pela lógica

da prevenção geral, que ele entende ser uma vida humana menos valiosa do que uma reclusão de até 12 anos. E que a promessa desse mal, irá intimidar as pessoas a cometer novos homicídios pela promessa de um mal maior do que causou.

Pôr em números uma lesão a bem jurídico, justificando apenas prevenir condutas delitivas, poderia levar a se considerar, em termos de eficácia, penas privativas de liberdade perpétuas. Mas sob o aspecto da prevenção especial, tal promessa não seria viável, eis que o indivíduo seria apenas neutralizado, jamais ressocializado. Assim, têm-se necessárias tais limitações temporais na busca de tal fim.

Justificado o porquê dos limites temporais, ainda não está respondida a questão de como essa valoração é feita. Por que um homicídio tem pena de seis a doze anos de reclusão, roubo tem de quatro a dez anos de reclusão e aplicação irregular de verbas públicas tem de um a três anos de detenção?

A princípio, pode se responder que às condutas consideradas graves são dadas as maiores penas. Mas, como considerar uma conduta grave?

Partindo da lógica da finalidade do direito penal de garantir a convivência harmônica e pacífica dos indivíduos e que o direito penal só deve intervir para garantir essa finalidade quando a ação gerar uma danosidade social irremediável pelos outros ramos do direito, seria possível afirmar, como já dito, que toda conduta tipificada é considerada grave pelo legislador.

Fato é que algumas são consideradas mais graves que as outras através da avaliação de sua danosidade social. Mais uma vez, surge o questionamento: como é possível dizer que uma conduta gerou danosidade social?

Partindo do exemplo do crime de homicídio e de lesão corporal, suponha-se uma situação A, em que um jovem de dezoito anos foi vítima de lesão corporal e ficou paraplégico. E uma segunda situação B, em que a vítima de homicídio foi um indivíduo que frequentemente ameaçava de morte as pessoas de uma comunidade de morte. A princípio, pela pura quantificação legislativa, o primeiro caso é considerado menos grave do que o segundo. O autor do primeiro delito estará sujeito a uma pena de dois a oito anos, enquanto o segundo estará submetido de seis a doze anos de prisão.

Nestes exemplos, questiona-se: a lesão ao bem jurídico integridade física e vida foi mais danosa em que caso e para quem? Se a finalidade é a busca pelo convívio harmônico, então o caso B revela-se muito menos danoso, embora trate-se de um homicídio, do que o caso A, que se trata apenas lesões corporais, ainda que gravíssimas. No primeiro caso o juiz pode fixar a pena máxima (oito anos) e no segundo fixar a mínima (seis anos).

Assim, vislumbra-se que a gravidade de uma conduta tipificada não é medida, como comumente se faz, pela quantidade de pena, mas pelas circunstâncias do caso (as pessoas envolvidas, suas diferentes percepções sobre o fato criminoso e as consequências por ele geradas).

A quantificação da pena é política criminal que parte do aleatório, da percepção do legislador, ficticiamente projetada como a percepção da comunidade.

Se é função do direito penal assegurar o convívio harmônico, deve-se levar em consideração na avaliação da gravidade da conduta, a percepção da comunidade que foi atingida por ela. Se também é função do direito penal garantir o livre e pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a percepção do fato por esse indivíduo é também fundamental para se definir a gravidade e a danosidade dessa conduta.

Baseando-se nessa ideia é que se chega a conclusão de não haver sentido em classificar o grau de ofensividade do bem jurídico unicamente por um critério abstrato. Primeiro, porque toda conduta típica necessariamente deveria ser considerada de grande potencial ofensivo. Segundo que se o quantum da pena atribuída ao fato leva em consideração o bem jurídico em si e a conduta em abstrato, a quantidade de pena deve ser apenas um ponto inicial de valoração do grau de ofensividade da conduta, pois não é apta a captar as circunstâncias do caso concreto.

Pelo exposto, nota-se que a valoração da gravidade da conduta é essencialmente casuística e varia conforme os significados a ela atribuídos por cada um dos sujeitos envolvidos no conflito.

3 A PROPOSTA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Se no capítulo anterior foi analisado o sentido de atribuição da qualidade de maior ou menor potencial ofensivo a uma conduta criminal,

para se chegar à discussão proposta, é necessário entender a proposta trazida pela justiça restaurativa no sistema penal.

3.1 A SUPERAÇÃO DO MODELO PUNITIVO

O sistema penal, baseado no modelo de contrato social, tem como objetivo primordial a verificação da responsabilidade do transgressor da norma incriminadora, com a consequente punição do culpado, através da aplicação de sanções.

Como a ideologia do atual modelo penal é, *a priori*, evitar o cometimento de lesões a bens jurídicos, consideradas nocivas à vida social, a norma penal protege tais bens através do estabelecimento de condutas reprováveis. Num segundo momento, aplica-se a pena a quem transgrida aquela norma, como verdadeiro modelo finalístico da intimidação geral e especial, cogitando-se uma finalidade ressocializadora, na medida em que o Estado se vale da pena como um meio para reinserir o condenado à sociedade.

Embora justificado nos fins de prevenção geral e especial, o que se vislumbra de fato é um modelo de sistema penal marcadamente punitivo e retributivo. As penas alternativas e outras medidas extra cárcere aplicam-se aos crimes considerados de médio e menor expressividade ofensiva. Os de grande potencialidade ofensiva necessariamente se impõem uma pena privativa de liberdade sem se questionar se tal aplicação está ou não em conformidade com os fins da pena e própria finalidade do sistema penal.

Esse modelo punitivo estabelecido pelo Estado não se presta ao fim proposto, porque a ideia de prevenir ações criminosas através da

ameaça de carcerização, ou da própria aplicação genérica da pena privativa de liberdade, não só não atende a nenhuma das finalidades proposta pela sanção penal, como também vem permitindo, ao longo das últimas décadas, o surgimento de outros problemas decorrentes do aumento da violência, tanto a praticada pelos indivíduos comuns como a institucionalizada, com as altas taxas de encarceramento e a expansão da esfera de incidência das leis penais.

Fazendo uma comparação do sistema prisional como um termômetro indicativo da eficácia do sistema penal como um todo, é possível notar que quase nenhuma efetividade foi alcançada quando se pensa nas finalidades da pena, pois até mesmo aquelas que se acredita ter alcançado, a exemplo da prevenção geral positiva, pode ser questionada.

Vislumbra-se assim um modelo penal em que a resposta a quase todas as situações problema por ele enfrentadas é a carcerização. As alternativas penais são reservadas geralmente a situações em que a intervenção penal é desnecessária.

Conforme assegura Leonardo Sica (2007, p. 8-9), discorrendo acerca da falência da prisão e o fracasso das medidas alternativas:

curiosamente, as taxas gerais de encarceramento subiram vertiginosamente, contrastando com o discurso das alternativas e, mais do que tudo, indicando que algo está equivocado no enfoque ou na transposição prática de todo esse arcabouço de ideias para diminuir a utilização da pena de prisão. A título de exemplo, pesquisas mais

recentes constatam que, nos EUA, o crescimento da população em presídios federais é impressionante (...): de 1920 a 1980, a taxa de encarceramento variou de 80 para 150 presos em cada grupo de 100.000 residentes no país; de 1980 até o final de 2000, esta mesma taxa saltou para quase 450 presos em cada grupo de 100.000 cidadãos (...). Uma das causas da carcerização crescente é a expansão do direito penal, que, sem realizar aqui qualquer juízo de valor sobre o fenômeno, parece ser uma tendência irreversível num curto prazo.

A título de curiosidade, no que diz respeito a número carcerário no Brasil, vale aqui transcrever importantes dados lembrados por Renato Campos Pinto De Vitto, em Coletânea de Artigos, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (2005, pp. 41-42):

Se no plano da elaboração legislativa, vivemos no Brasil, nas últimas décadas, um movimento pendular entre o garantismo penal e a doutrina da lei e da ordem, os números referentes ao sistema prisional preocupam: em 1995, ano de edição da alvissareira Lei 9.099/95, a população prisional equivalia a 148.760. Em 2003, esse número mais que dobrou, atingindo 308.304 encarcerados. Nesse mesmo período, triplicamos o número de vagas do sistema prisional e quadruplicamos o número de

estabelecimentos prisionais, mas o déficit de vagas subiu em 50%.

No atual sistema de política prisional não só se verifica a não ressocialização do indivíduo, como se evidencia um enorme problema do aumento-diversificação da criminalidade, bem como da “redefinição da função do Estado” no tocante à repressão da delinquência, o que, segundo Selma Pereira de Santana (2010, p. 6):

a criminalidade deixa de situar-se à margem da sociedade, já que está em todo o lado, sendo o seu maior flagelo a criminalidade organizada, a principal responsável por uma política criminal que tende a reduzir-se a uma “política criminal de segurança”.

Constata-se, portanto, que esse sistema de justiça penal constitui muito mais uma expressão de punição da pessoa do delinvente do que da prevenção de delitos e da recuperação e reinserção do infrator, já que se reserva às situações que justificariam uma intervenção penal necessariamente a pena de prisão.

Nas palavras de Michael Foucault, “naturalmente, damos um veredicto, mas ainda que reclamado por um crime, vocês bem ver que para nós funciona como uma maneira de tratar um criminoso; punimos, mas é um modo de dizer que queremos obter a cura” (2000, p. 23).

Pelo acima exposto, nota-se que o modelo penal é essencialmente retributivo e que tal característica inviabiliza a realização dos próprios fins por ele buscados.

3.2 A QUEBRA DO PARADIGMA PUNITIVO

Sustentar a ideia de que o atual modelo de justiça penal não se mostra satisfatório, frente aos inúmeros problemas apresentados pela criminalidade, não é uma tarefa extensa, trabalhosa ou pretensiosa[5]. Como então lidar com a constatação de que ele não consegue cumprir a missão que lhe foi estipulada? Se ele não se presta ao fim proposto e geram diversas outras situações conflito porque a insistência na manutenção do modelo punitivo?

Para responder a tais questionamentos, torna-se necessário abandonar o recorte até então aqui feito no plano da dogmática jurídica para o plano da realidade. Ou seja, o abandono do dever ser para a compreensão do que de fato é.

Ainda que a função declarada do sistema penal seja a prevenção de lesão a bens jurídicos considerados essenciais à manutenção do convívio harmônico, o que se evidencia é um modelo punitivo retributivo, resultando numa incoerência entre discurso e prática.

Dessa forma, impõe-se ao Estado a incorporação ao sistema penal de ações alternativas e fóruns de mediação de conflitos, visando à reformulação da sua forma de agir frente à delinquência, caso contrário, corre-se o risco de, “com a atuação que vem tendo, até então, terminar por mais delinquência do que aquela que ele próprio é capaz de evitar” (SANTANA, 2010, p. 11).

Afastando-se da discussão acerca da abolição do direito penal, a busca por meios de solucionar os problemas gerados pelo sistema

perpassa por uma resignificação do(s) conflito(s) que geraram a intervenção penal.

O atual sistema punitivo não atenta para a situação conflito, buscando-se apenas a aplicação da norma com a punição de seu transgressor.

A proposta do modelo de justiça restaurativa propõe uma reapropriação do conflito pelos sujeitos envolvidos e tradicionalmente alijados do processo da solução do problema.

A proposta de justiça restaurativa, embora embasada em pressupostos de teorias abolicionistas, não é o abandono do modelo punitivo tradicional. A aceitação da justiça restaurativa perpassa por uma necessária quebra do paradigma punitivo no tocante à ideia da existência de uma necessária intervenção penal em todas as situações conflito por ele tuteladas^[6].

É dizer, não se tem em mente a substituição de um sistema punitivo por um modelo novo de justiça, mas se sugere conciliar instrumentos de ambos, no intento de dar sustentáculo a uma nova forma de se “retribuir” ou ressocializar o autor de um fato tido como criminalmente reprovável.

Para Leonardo Sicca (2007, p. 34):

é importante frisar que a justiça restaurativa não é um modelo substituto ao atual: os modelos punitivos e restaurativos devem coexistir e complementar-se, pois não há condições de

prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite.

Por outro lado, deve-se ter em mente que para que haja uma inserção de uma justiça alternativa, admitindo a sua coexistência com o atual modelo punitivo, este deverá dar margem ao rompimento do seu padrão atual, no que diz respeito à sua política de enfrentamento e punição da criminalidade, mudando de maneira substancial o seu conjunto de norma previamente estabelecida. Assim, sugere-se a reformulação das técnicas e experiências empreendidas como tentativa de restabelecer a paz e regular a convivência humana (LEONARDO SICA, 2007, p 34).

Mostra-se conveniente, portanto, a quebra de métodos e vias de soluções da justiça punitiva, em nome de uma justiça reparativa, casuística, coletiva e conciliadora, que seja capaz de buscar soluções para os diversos conflitos existentes na sociedade, procurando reforçar o sentimento coletivo de segurança e paz sociais.

A quebra do atual paradigma não importaria dizer que suas bases metodológicas estariam fadadas ao desaparecimento, mas sim a uma completa reformulação em sua concepção, enquanto instrumento repressor para dar lugar a uma justiça criminal participativa.

Contudo, não é uma tarefa fácil empreender uma mudança nos postulados de uma justiça estruturalmente enraizada, haja vista a existência de alguns fatos que dificultam a implementação de um novo modelo jurídico-cultural.

Para tal, mostrar-se-ia importante para a inserção de um modelo restaurativo uma completa reformulação de conceitos dos diversos institutos do direito repressor. Em outras palavras, procura-se estabelecer termos condizentes com a política do modelo restaurativo, de maneira a permitir a visualização da ideia de solução do conflito para a vítima, para o autor do fato e para a sociedade, desenvolvendo uma linguagem que mais se aproxima da ideia de regulação social, desonerada de conceitos estigmatizadores.

Aliás, “o que se percebe é a preocupação com a (re)legitimação do sistema de justiça: (...); a informalização no sentido de evitar as cerimônias degradantes do processo penal e a liturgia incompreensível para a população e, principalmente, o estabelecimento de uma *linguagem*, de um procedimento comunicativo de integração, não de distanciamento (LEONARDO SICA, 2005, p. 25).

Portanto, embora o modelo restaurativo proponha um novo paradigma de justiça criminal, rompendo com a lógica do modelo anterior, ela não o nega e o desconstitui na medida em que é viável a coexistência de ambos. Tal fato evita discussões em torno da necessidade de manutenção do tradicional sistema penal. Portanto qualquer tentativa de argumentação contra a justiça restaurativa nesta linha de raciocínio será desprovida de sentido.

3.3 O MODELO RESTAURATIVO

A proposta do modelo restaurativo consiste basicamente em democratizar a ação de fazer justiça.

Laura Misky (2003. p. 1), em seu artigo *Albert Eglash and Creative Restitution: A Precursor to Restorative Practices*, procurou analisar as origens do conceito de justiça restaurativa baseados nas práticas de *creative restitution*, desenvolvidas pelo psicólogo Albert Eglash, nos anos 50. Durante o tempo em que teve contato em seu trabalho com o sistema penal, Albert introduziu um modelo em que o transgressor, sob supervisão apropriada, é ajudado a encontrar alguma forma de amenizar os efeitos da sua conduta para aqueles que os sofreram. Por tal razão, os trabalhos de Eglash nos programas de *creative restitution* foram reconhecidos como precursores do movimento de justiça restaurativa.

O modelo restaurativo foca no conflito existente com a conduta criminal, a qual pode ser a causa geradora, fomentadora ou mesmo a consequência desse conflito.

Não há uma definição exata do modelo. Compreende-se como um conjunto de práticas em busca de uma teoria que as sedimentem (SICA, 2007, p. 10).

Entende-se a justiça restaurativa como um modelo de justiça que procura formular soluções para os inúmeros problemas gerados pelo fenômeno criminal, utilizando-se de um processo voluntário, consensual, onde infrator e vítima, e comunidade, participam ativamente objetivando construir soluções para reparar o mal causado pela prática do ilícito, restaurando, conseqüentemente, a paz social.

Estabelecidos esses conceitos, restam algumas indagações acerca de como os atores participariam daquele processo de reparação. Como seria a participação e atuação do infrator? A participação direta da

vítima nesse processo não seria prejudicial aos direitos do infrator? Não haveria risco de privilegiar interesses da vítima, camuflando uma verdadeira vingança privada, em detrimento de direitos do infrator? E a comunidade, em que momento deveria participar desse procedimento?

Diferentemente da justiça retributiva, onde sua atuação é feita por meio de um advogado, no modelo de justiça alternativa o infrator participa ativa e diretamente do processo, interagindo com vítima e comunidade, inteirando-se do fato criminoso, tendo a oportunidade de entrar em contato com as consequências geradas com a sua atitude para a vítima, tendo a oportunidade de restabelecer os laços comunitários rompidos pela prática da conduta.

Aqui, não há que se falar em supressão de direitos do infrator, pois participando ativamente do processo, vendo-se envolvido em todas as suas fases, tem total conhecimento de todos os atos praticados, podendo, inclusive, opinar ou contribuir para a decisão.

No tocante a este aspecto, frequentemente se utiliza o argumento da antecipação da culpabilidade para impedir a prática. Em que pese ser esta uma consequência possível quando se retorna ao sistema penal, deve-se atentar que a justiça restaurativa parte de um novo paradigma, essencialmente não punitivo. O conflito existe independentemente da sua qualificação como crime ou não pelo direito penal. Participar da prática restaurativa não envolve discutir tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade da conduta, mas resolver a situação-conflito.

Tem-se, pois, para a implantação do modelo restaurativo, uma necessária releitura das ações criminalizadas, não permitindo que institutos do modelo punitivo contaminem a prática restaurativa. O fato de uma pessoa aceitar se submeter a um procedimento de justiça restaurativo não deve ser significado pelos agentes do sistema penal como antecipação de culpabilidade, mas somente como uma tentativa de resolução do conflito, até porque nada impede que durante esse processo a suposta vítima saia convencida de que não houve agressão a seu bem jurídico ou que não foi o suposto autor seu causador.

Quanto à participação da vítima, vislumbra-se um modelo de reinserção e protagonismo nesse processo de apuração e gerenciamento da reparação, discutindo diretamente a problemática, apresentando resolução de questões, podendo sugerir formas alternativas de solução do conflito. Não se assemelha com a vingança privada, eis que o produto do acordo e processo em que ele é gerado é supervisionado pelo Estado.

A justiça restaurativa parte da noção de democratização na gestão pública do crime, ainda propicia a reinserção da comunidade na discussão em torno da administração da justiça (SICA, 2007, p. 4).

Por todo exposto, vislumbra-se que o modelo restaurativo está em perfeita consonância com a finalidade buscada pelo sistema penal, a garantia da convivência pacífica e harmônica entre os indivíduos. Não são ignoradas, como ocorre com o procedimento punitivo, as aflições geradas. Ele proporciona, como já dito, a reconexão dos laços sociais rompidos pela conduta, dá a oportunidade de ouvir os envolvidos no conflito e permite

que eles construam uma solução para o caso, viabilizando a restauração da paz social.

Assim, entende-se que a proposta de justiça restaurativa é plenamente compatível com o propósito penal buscado em um Estado Democrático de Direito, não existindo a princípio razão para limitar a sua prática.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS CRIMES DE MAIOR POTENCIALIDADE OFENSIVA

Analisar a viabilidade da aplicação da justiça restaurativa nos crimes de maior potencialidade ofensiva implica enfrentar algumas discussões tangentes à questão proposta.

Como o modelo de justiça restaurativa propõe a concentração das ações em torno do conflito e não da classificação tipológica da conduta, é necessário antes compreender de que forma essa situação conflituosa se apresenta para os sujeitos envolvidos.

Posteriormente, busca-se entender, baseando-se nas conclusões tiradas nos capítulos anteriores, se é compatível a proposta restaurativa com os crimes de maior potencialidade ofensiva.

4.1 PERCEPÇÕES DO CONFLITO CRIMINAL

Partindo-se da ideia fenomenológica de Husserl (2001, passim), entende-se que um fenômeno não se apresenta da mesma forma para os indivíduos, ela varia conforme o sujeito cognoscente. Para ele, o objeto é sempre experiência. Não há o objeto em si e nem um sujeito

absoluto que o apreenda objetivamente. Para que o fenômeno seja compreensível, deve-se falar de um objeto enquanto relacionado a uma consciência. Não há uma prévia relação sujeito-objeto. A realidade-em-si é, portanto, uma abstração, o concreto é a experiência.

Desse modo, o conflito que envolve a situação criminalizada não possui apenas um significado como pretende conferir o modelo punitivo[7]. A situação é apreendida e significada diferentemente pelos sujeitos envolvidos.

O significado do fenômeno é necessariamente fruto da interação sujeito-objeto. E o sujeito é essencialmente fruto das suas experiências apreendidas ao longo da vida.

Sobre as diferentes apreensões de sentido, tome-se como exemplo lesões corporais graves praticadas de filho para o pai (pelo filho no pai, ou no pai pelo filho), sob a influência de substâncias entorpecentes. Para a comunidade, tal sujeito ativo pode significar a perturbação da paz pública, eis que aquele ato significa que ele assim como agrediu o próprio pai é potencialmente capaz de agredir qualquer pessoa da comunidade, certamente a demanda de solução para o caso seria a prisão ou o internamento do sujeito. Para o autor do delito, as agressões podem ter significado um ato de libertação da opressão e revolta face à falta de atenção paterna, circunstâncias que o levaram a se envolver com drogas ou qualquer outra coisa que gerasse certo trauma. Para a vítima pode ter significado uma forma de expiação de culpa que ele se atribui ao ver o próprio filho envolvido com tóxicos. Para ela, certamente a solução para o caso não seria a prisão.

Outro exemplo de complexidade de significações se refere aos casos de violência doméstica. A promulgação a Lei nº 11.340/06, conhecida como a Lei Maria da Penha trouxe inovações na tentativa de solucionar os casos de agressão contra a mulher. Mas as múltiplas significações que o fenômeno possui (lida-se com relações familiares) são impossíveis de ser apreendidas nas previsões normativas.

O tradicional modelo retributivo desconsidera a complexidade de interações que envolvem o fenômeno criminal. A resposta normativa pressupõe uma ilógica idéia de consenso e ao o fazer se distancia da solução do conflito.

Ulfrid Neumann (2003, p. 203) entende que no processo de intervenção penal o Estado priva a sociedade de apreender o caso a partir de suas normas e critérios valorativos.

Para o autor, o modelo de argumentação posto [\[8\]](#) ainda que expresse a coletivização de um dano individual, não o fundamenta (NEUMANN, 2003, p. 205).

Juan Carlos Carbonell Mateu (2003, 218), dispõe que considerar o delito como infração da norma ou lesão ou perigo de lesão a bem jurídico pode explicar, mas não justificar a generalização do conflito individual.

Nessa mesma linha de raciocínio, Bustos Ramirez e Herman Malarée (2004, p. 42) entendem que a visão reducionista da norma a obediência e desobediência ignora que ela constitui sempre uma interação ou processo comunicativo de conflito entre pessoas. Ignora que as relações entre as pessoas têm múltiplas significações e que não podem

ser simplesmente entendidas como transgressões à norma. A vida social é um processo de maior ou menor extensão ou profundidade a depender das circunstâncias em concreto.

Diferente do modelo punitivo, a justiça restaurativa permite um processo de troca de percepções sobre o fenômeno e ou de construção de um sentido comum ou de compreensão dos diferentes sentidos do conflito.

Assim, partindo da idéia que o sentido atribuído à situação conflito é casuístico e fruto das interações entre o fenômeno e os sujeitos por ele envolvidos, não há sentido em se estipular barreiras apriorísticas de aplicação da justiça restaurativa em casos de crime de maior potencialidade ofensiva.

Feita tal constatação passa-se a analisar de que forma isto é possível.

4.2 A RESTAURAÇÃO DE GRANDES OFENSAS

Pelo já exposto, é possível notar que não há motivo para se vetar a prática de justiça restaurativa nos crimes de maior potencialidade ofensiva.

Um dos principais argumentos contrários é que tais condutas que agridem gravemente o bem jurídico só podem ser tuteladas pelo direito penal. Nesta afirmação há alguns questionamentos.

Uma primeira observação é que teoria de objetivação do bem jurídico-penal, em que qualquer agressão deve ser coibida e punida, é paradoxal na medida em que para se proteger o bem de

forma a resguardar o convívio harmônico se desconsidera o interesse do próprio titular desse bem.

Segundo, se o direito penal é um instrumento posto a serviço da tutela de bens apenas quando não for possível a tutela por outros meios, então ele só deve ser chamado a atuar quando o conflito não puder ser solucionado pelas partes envolvidas. Uma decorrência lógica da própria função do direito penal (proteção **subsidiária** de bens jurídicos).

Se o Estado existe como forma de organização política a serviço do homem entendido como um indivíduo dotado de liberdade e dignidade que tem o direito de exigir a igualdade de oportunidades para a satisfação de suas necessidades biológicas, sociais e culturais e que juridicamente se expressam como direitos fundamentais (RAMIRÉZ, MALARÉE, 2004, p. 56).

Urge-se em nome da coerência lógica do ordenamento jurídico o abandono da objetivação do bem jurídico, passando-se compreender sua proteção pela subjetivação. São os próprios sujeitos envolvidos que devem dizer o quando necessitam de intervenção do Estado para proteção dos seus bens jurídicos.

Se são os próprios sujeitos que devem decidir quando o Estado deve intervir na sua esfera de liberdade, não cabe ao legislador impor tal intervenção, sob o argumento de gravidade da conduta, quando o próprio titular do bem protegido não a reclama. A valoração da gravidade também é dado subjetivo e ainda que os

sujeitos envolvidos a considere grave, o Estado só deve intervir quando invocado para tanto[9].

Defende-se aqui, portanto, a seguinte idéia: se for viável o processo de construção de acordo (envolvido seus pressupostos de legitimação e validade), o titular do bem jurídico, não importa que ofensa sofreu, deve sempre poder optar em se submeter ou não ao procedimento restaurativo. Somente são capazes de dizer se é possível ou não um acordo restaurativo os sujeitos envolvidos no conflito, justamente por conta das significações íntimas que ele assume para cada um.

Uma segunda idéia contrária à prática restaurativa nos crimes de maior potencialidade ofensiva é de ordem prática. Como tal acordo seria feito? Haveria igualdade de negociação das partes? O autor do delito estaria sujeito às imposições da vítima? E nos casos inversos em que o infrator coage até mesmo ameaça a vítima? Tais questionamentos são pertinentes como forma de se avaliar o efetivo cumprimento das finalidades do programa nas práticas de justiça restaurativa, até porque tal processo é supervisionado pelo Estado de forma a evitar o cometimento de excessos e se fugir dos propósitos restaurativos. Mas, tais preocupações não são efetivamente argumentos contrários particularmente à tese aqui defendida, eis que dizem respeito à própria prática restaurativa seja qual for a gravidade atribuída à conduta criminal.

Uma terceira via argumentativa contrária situação no âmbito das conseqüências do acordo. Como ficaria o cumprimento da função de prevenção geral da pena, tanto em seu aspecto positivo quanto negativo?

Primeira consideração a se fazer a esse respeito é que o modelo de justiça restaurativa quebra a lógica paradigmática do modelo retributivo. Não há o que se falar em funções da pena, eis que sua finalidade é restaurar e não punir. Não se pode utilizar construções teóricas de um modelo para questionar a validade de outro completamente distinto.

A prevenção geral e especial da pena está ligada diretamente aos fins do sistema penal. A cominação e a aplicação de sanção no modelo retributivo com finalidades preventivas são a maneira que esse modelo entende apta a se alcançar a finalidade do sistema. Assim, faria mais sentido questionar se o modelo de justiça restaurativa é capaz ou não de atender aos fins desempenhados pelo sistema penal^[10].

Conforme a análise feita no segundo capítulo, o modelo de justiça restaurativa está em plena conformidade com os fins do direito penal, na medida que restaura a paz e os laços comunitários perturbados pela conduta criminal.

O papel político-criminal atribuído à reparação pode ser expressivamente significativo. Não cabe dúvida de sua potencialidade como meio de diminuir a pressão penal e os efeitos indesejáveis da pena (MATEU, 2003, p. 216).

Ainda que se partisse da ideia de necessidade de pena como forma de prevenção geral, seria possível primeiro questionar se tal função é de fato cumprida.

Nada pode garantir que a pena efetivamente exerça a função coativa nos indivíduos, na medida em que a significação da norma é extraída do sentido que lhe dá o sujeito (DELUZE, 2000, *passim*). Ou seja, cada um apreende o conteúdo normativo de uma forma e a significa conforme o seu contexto de vida. É indemonstrável, e portanto também não científico, o caráter inibitório da pena como uma racionalidade homogênea tanto do Estado como dos indivíduos (RAMIRÉZ; MALARÉE, 2004, p. 55).

Quanto à prevenção geral positiva, a restauração da confiança no sistema, não são motivos para desconsiderá-la, na medida em que o modelo restaurativo, como já dito, não implica a supressão do retributivo. Pelo contrário, na medida em que eles coexistem, o retributivo sempre poderá ser invocado quando não se obtiver o acordo ou quando ele for inviável.

Para Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée (2004, p. 55) as teorias preventivo-gerais se fundam, dentre outras, na ideia de utilização do medo e da aceitação na formação de racionalidade única do homem absolutamente livre e do Estado; é dizer, uma série de ficções tão indemonstráveis quanto o livre arbítrio.

Outro fator contra o argumento exposto é a afirmação exatamente do oposto. Ou seja, a justiça restaurativa é apta a

produzir efeitos preventivos na medida em que permite o diálogo entre autor – vítima – comunidade.

Juan Carlos Carbonell Mateu (2003, p. 221) entende que se pode afirmar a necessidade de redução do âmbito de intervenção penal, sem que com isso implique em uma renúncia a seu caráter público. As alternativas à pena podem permitir a utilização de medidas de prevenção, e inclusive onde a privatização não comporte prejuízos maiores, devolver o conflito à sociedade na qual ele se gerou.

Nota-se desse modo que a justiça restaurativa reforça a lógica que permeia o sistema penal ao reservar para ele apenas os casos em que não foi possível restaurar a paz por outros meios.

Pelo exposto, entende-se que não há obstáculos teóricos à aplicação do modelo restaurativo a qualquer que seja a situação de conflito. Desde que os sujeitos envolvidos tenham condições de participar do processo de construção da solução para o caso concreto, não se deve impedir a prática. Nesse processo, o papel do Estado será apenas evitar excessos e garantir que o fruto do acordo esteja em coerência com o ordenamento. Só haverá impedimentos nos casos que não for possível precisar os titulares dos bens jurídicos a exemplo dos crimes contra a incolumidade pública e de danos ambientais.

Assim, uma vez capazes os titulares dos bens jurídicos alvo de proteção (neste caso fala-se não só o da vítima, mas também do autor, no tocante à sua liberdade), poderão sempre

decidir a melhor forma de protegê-los, reclamando a intervenção estatal apenas quando necessária.

5 CONCLUSÃO

A proposta do presente residiu no enfrentamento do problema da viabilidade da aplicação da justiça restaurativa na solução dos conflitos gerados pelas condutas criminais consideradas legislativamente como sendo de grande potencial ofensivo.

Na primeira parte, buscou-se compreender como um crime pode considerado de grande potencial ofensivo. Concluiu-se que para manter a coerência com finalidade do sistema penal (proteção subsidiária de bens jurídicos) toda conduta criminalizada deve necessariamente ser considerada grave. Entretanto o critério de classificação de ofensividade baseado apenas na quantidade de pena cominada in abstracto para os respectivos tipos. Mas se a lógica de atribuição de quantum penal baseia-se na danosidade social e individual da conduta, a valoração da gravidade deve ser feita casuisticamente e não pela simples cominação do quantum de pena privativa de liberdade.

Num segundo momento, buscou-se entender a proposta existente em torno do modelo de justiça restaurativa, concluindo-se pela sua compatibilidade com os fins do sistema penal. Constatou-se também que como sua atuação é feita de modo paralelo ao modelo punitivo, embora sua estrutura e lógica funcional sejam completamente diversas, ele não o nega.

Por fim, foi feita uma compreensão do fenômeno criminal como um processo de apreensão de sentido pelos autores envolvidos com o fato. A partir de tal constatação concluiu-se que não há impedimentos teóricos à aplicação da justiça restaurativa aos crimes de maior potencialidade ofensiva, na medida em que a gravidade de uma conduta é aferida casuisticamente e cabe ao titular do bem jurídico optar quando deverá reclamar a intervenção do Estado para sua efetiva proteção.

Necessário portanto uma reapropriação do conflito pelos sujeitos envolvidos (vítima – autor – comunidade) como forma de efetivamente solucioná-lo. Não se protegem bens jurídicos simplesmente por proteger, mas sim para garantir ao titular deles o direito de se desenvolver plenamente em sociedade. Se esta é a função que justifica a existência do direito penal, então permitir que seja utilizado efetivamente como ultima ratio pelo titular do bem lesado partindo da análise do caso concreto é reforçar sua legitimação e até mesmo uma tentativa devolver seu sentido (protetor subsidiário de bens jurídicos) dentro do sistema jurídico, frente às malezas causadas pelo tradicional modelo de punição.

6 REFERÊNCIAS

DELEUZE, Gilles. *Lógica do Sentido*. 4ª edição. São Paulo, SP: Perspectiva, 2000.

DIAS, Figueredo. *Questões de direito penal revisitadas*. 1ª edição. São Paulo, SP: RT, 1999.

DIAS, Figueredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I: questões fundamentais e a doutrina do crime*. Coimbra: Coimbra, 2004.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 23ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

HUSSERL, Edmund. *A idéia da fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 2001.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal – parte general: fundamentos y teoria de la imputación*. 2ª edição. Madri: Marcial Pons Ediciones Juridicas S. A., 1997.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Alternativas al derecho penal. Crítica y justificación Del derecho penal em el cambio de siglo: El análisis crítico de La escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Macha, 2003.

MISKY, Laura. *Albert Eglash and Creative Restitution: A Precursor to Restorative Practices*. E Forum, 2003. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=61&TextPart=5>.

Acessado em 15/11/2011, às 18:50.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*;[tradução Carlos Alberto Ribeiro de Moura]. 2ª edição. São Paulo :Martins Fontes, 1999.

NEUMANN. Ulfried. *Alternativas al derecho penal. Crítica y justificación Del derecho penal em el cambio de siglo: El análisis crítico de La escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Macha, 2003.

RAMIRÉZ, Juan J. Bustos. MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta S. A., 2004.

DE VITTO, Renato Campos de. *Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. Justiça Restaurativa – coletânea de artigos*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. 2ª edição. Editorial Civitas, S. A., 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal. Trad: Luis Greco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

WEZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad: Luiz Régis Prado*. São Paulo: RT, 2001.

NOTAS:

[1] Partindo de um critério de classificação baseado no quantum da pena.

[2] Os sistemas penais europeus e americanos partem de referenciais teóricos similares, com fortes influências de ideologias iluministas.

[3] Ela autoriza ao Estado a mais gravosa intervenção na esfera de liberdade do indivíduo, através do cárcere.

[4] A finalidade da sanção em um sistema penal indica se ele está ou não em concordância com a justificativa de sua existência.

[5] Do ponto de vista da alegada superação daquele modelo como instrumento de contenção de males sociais.

[6] Poder-se-ia ainda questionar os critérios de valoração na criminalização de condutas pelo legislador, eis que frequentemente vislumbra-se a ocorrência de tutela penal em situações desnecessárias.

[7] Com a necessária imposição da sanção penal.

[8] O delito como infração normativa ou como lesão de um bem jurídico.

[9] Mas neste aspecto, deve-se considerar a existência de partes com inteira capacidade cognitiva do fenômeno para se conferir legitimidade e validade do acordo celebrado.

[10] Aqui parte-se da lógica do direito penal que entende como necessário à estrutura do Estado. Contudo, vale ressaltar que essa lógica é plenamente questionável, assunto não problematizado no presente trabalho.

A NORMATIVIDADE NO REGIME MILITAR BRASILEIRO

LUIS FELIPE HATJE: Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. É Vice-Presidente do Conselho da Comunidade da Vara de Execuções Criminais da Comarca do Rio Grande/RS. Realizou intercâmbio na Faculdade de Direito, da Universidade de Coimbra (UC), em Portugal. Experiência em projetos de extensão e pesquisa com ênfase no Cooperativismo, Economia Popular Solidária, Execução Penal, Direitos Humanos, Gênero, Questões Decoloniais e Sistema Penitenciário.

Resumo: O presente artigo traz como escopo fundamental o exame das formas jurídicas criadas no regime militar no Brasil (1964-1985). Para que se possa alcançar o objetivo principal será concomitantemente relacionado o contexto histórico em que tais formas foram apresentadas. Faz se pertinente, para tanto, o breve estudo dos períodos anteriores, desde o regime político centralizado e autoritário iniciado com a Constituição de 1937, passando pela experiência democrática de 1946, chegando ao golpe militar de 31 de março de 1964. Então analisaremos os Atos Institucionais que suspenderam as garantias individuais e a Constituições de 67 que significou o retrocesso nos direitos civis e políticos. Finalizando o período com as eleições de Tancredo Neves em 1985. A pesquisa é realizada por meio de bibliografia específica e dos textos jurídicos da época.

Palavras-chave: ditadura militar; direito; constituições, atos institucionais.

Abstract: This paper presents the examination as a basic purpose of legal forms created during the military regime in Brazil (1964-1985). To be able to achieve the main objective will be concurrently related the historical context in which those forms were submitted. Makes it appropriate the brief

study of earlier periods, since the centralized and authoritarian political system began with the 1937 Constitution, through the democratic experiment of 1946, reaching the military coup of March 31, 1964. Then we will analyze the Institutional Acts to suspend individual guarantees and the constitutions of 67 meant that the backlash against civil and political rights. Ending the period with the election of Tancredo Neves in 1985. The search is performed through specific references, and legal texts of the time.

Keywords: military regime; right; constitution; institutional acts.

O regime autoritário no Brasil, chamado militar, foi o resultado de uma série de eventos. Corrupção, esgotamento do populismo, manifestações de massa, agravamento de tensões sociais e o temor do perigo comunista serviram de justificativa para que os militares tomassem o poder em 31 de março de 1964. O golpe de 1964 submeteu o país à ditadura militar que perdurou até 1985, quando, indiretamente, foi eleito Tancredo Neves, o primeiro presidente civil desde o início do período.

O objetivo da pesquisa é relacionar o contexto em que se insere o regime militar brasileiro com as formas jurídicas usadas para sua sustentação. Tendo em vista que o Direito, entendido com sistema de normas de condutas impostas, serve de suporte e alicerce para o poder do Estado.

Para que se pudesse alcançar o objetivo foram analisadas obras historiográficas e o material jurídico. No período analisado observou-se a presença dos importantes Atos Institucionais que representaram a suspensão das garantias democráticas da Constituição de 1946. Também

serão desenvolvidas a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional número 1, considerada como sendo a Constituição de 1969.

Todas as formas jurídicas encontradas de 1964-1985 de forma atenuada ou exacerbada significaram a supremacia do poder Executivo sobre os demais poderes e a interrupção dos direitos constitucionais individuais.

Outrossim, analisa-se os antecedentes do golpe, dando ênfase ao período democrático iniciado com a Constituição de 1946, assim como os elementos que culminaram com esse período de governos populistas que concomitantemente trouxeram desenvolvimento econômico e tecnológico e corrupção durante a vigência de tais governos.

Para dar início à análise da pesquisa, é importante ter em mente que desde a II Guerra Mundial consolidava-se no Brasil um processo que culminaria com a democratização por meio da Constituição de 1946. Na guerra o país se alinhava as grandes potências liberais e lutava contra os regimes totalitários. As massas populares compreendiam essa grande contradição: estar regido por um regime que se combatia. Isso se dava porque o Brasil ainda era regido pela Constituição de 1937 que instaurou o Estado Novo, um período caracterizado por uma ditadura centralizada na figura de Getúlio Vargas. Nas palavras de Flávia Lages de Castro:

No Estado Novo constituiu-se o mito da nação e do povo, buscando tornar o país uma nação integrada, eliminando os entraves regionais. Identificando nação e povo, como um corpo, unido ao ditador, passava-se a imagem de que, finalmente, o povo havia tomado o poder. (2008, p. 476)

Como referenciado, o povo percebeu as incoerências e clamava a Getúlio Vargas, após o terminou da guerra, por uma maior participação nas decisões políticas. Paulatinamente, Getúlio foi cedendo, permitiu a criação de alguns partidos políticos, por exemplo. Parte da população, trabalhistas e comunistas, acreditava que Vargas poderia ser capaz de democratizar o país e desejava que, mesmo antes das próximas eleições presidenciais de 1945, ele pudesse iniciar uma Constituinte indo contra as previsões legais. Seus opositores, as forças armadas, entretanto, foram incisivas e, mais do evitar que o desejo do povo fosse concretizado, finalizaram o Estado Novo, forçando Vargas a renunciar em 1945.

A República Nova faz, em seguida, eleições presidenciais e, em 1946, promulga uma nova Constituição extremamente avançada para a época. A nova Carta Constitucional representava avanços democráticos, restaura os direitos individuais e como salienta Flávia Lages de Castro ela contém “todos os receios que acompanham um país que acabou de sair de uma ditadura” (2008, p. 506).

Entre os principais avanços da Constituição de 1946, observa-se a tripartição dos poderes, a retomada das garantias individuais como a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Seus dispositivos regulavam a igualdade de todos perante a lei, a livre manifestação de pensamento, sem censura, a inviolabilidade do sigilo da correspondência, a inviolabilidade a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de associação para fins lícitos, a garantia de que ninguém será preso senão em flagrante delito, ou, por ordem escrita da autoridade competente, a extinção da pena de morte.

Levado ao poder “nos braços do povo” Vargas voltou, em 1950, a presidência da República. A tendência nacionalista do Estado Novo foi retomada, a exemplo tivemos a criação da Petrobrás em 1953. Contudo, Vargas em 1954 pressionado, entre outros eventos, pelos grupos financeiros internacionais, comete suicídio. Até 1955 governa o vice-presidente João Café Filho, quando então foi eleito Juscelino Kubitschek. JK promove uma série de mudança que corroboram para o desenvolvimento do país, um de seus feitos foi à transferência da capital federal para o planalto central, acrescenta-se a isso o elevado grau de incentivo econômico e a política que favoreceram a industrialização.

Em 1961 toma posse Jânio Quadros, membro da UND, pregava a moralização do governo. Jânio Quadros foi caracterizado por uma política que até hoje é motivo de chacota. No plano econômico buscou aproximação com o bloco socialista, contudo os membros da direita brasileira passaram para a sociedade a ideia de que deviam temer uma ameaça comunista. No mesmo ano que foi eleito, Jânio Quadros, renunciou. Segundo Milton Ivan Heller:

O homem da vassoura, que queria varrer todos os males do país, renunciou de forma tão teatral e absurda que deixou a nação estarecida. Mesmo no estrangeiro a repercussão foi péssima. [...] A renúncia mergulharia o Brasil na maior crise política de sua história. (1988, p. 18)

João Goulart, vice-presidente, estava na China em missão oficial, mas assumiu depois de os ministros militares tentarem impedir sua posse, alegando, em manifesto que ele tinha predileção pelo regime comunista e

que, por isso, havia o risco de que uma guerra civil fosse instaurada se João Goulart assumisse a presidência. Goulart sofria resistência de grupos importantes no período, por isso continuamente buscava o apoio das bases populares e sindicais, de acordo com Evaldo Vieira:

Jango procurava dominar as incoerências políticas, econômicas e sociais por meio da conciliação entre ideologias nacionalistas e capitalismo internacional. [...] No governo de Goulart, com a elaboração do Plano Trienal, que viria a orientar a produção, buscou-se por vezes estabilidade para a economia. Os maus resultados neste setor reforçaram ainda mais sua confiança na realização das reformas de base. (1985, p.12)

O plano de Goulart pelas reformas de base foram fortemente repreendidas pelas diversas posições políticas. Conservadores e esquerdistas exigiam resultados que fossem mais práticos. O governo de Goulart resolveu, depois das críticas e dos graves problemas econômicos, aliar-se aos partidos de esquerda. Segundo Dom Paulo Evaristo Arns:

É um período de forte inflação, mas os trabalhadores conseguem, regra geral, reajustes salariais equivalente ao aumento do custo de vida. No campo, são criadas as Ligas Camponesas. [...] Proliferam as lutas rurais que, de modo semelhante ao ocorrido nas cidades, causam, pânico entre os

fazendeiros conservadores, dispostos a tudo para impedir a Reforma Agrária. (1985, p. 58)

É nesse contexto que se inserem incisivamente os militares. A inflação subia a índices altíssimos e o quadro político colaborava para a direita conseguir adeptos junto às classes médias, com a promessa de mudanças profundas que garantissem um governo forte. Já no Congresso, Goulart sofria grande oposição que o impossibilitava a realização do plano trienal. Outro grande problema era a evasão de divisas, “só nos primeiros meses de 64, mais de dois milhões de dólares foram remetidos para os bancos estrangeiros”. (ARNS, 1985, p. 58)

Os Estados Unidos foram decisivos para a efetivação do golpe. Os articulistas eram estimulados abertamente pela CIA (Agência Central de Inteligência dos EUA) que colaboram com os preparativos da tomada de poder. Acrescenta-se a isso, a disposição norte-americana em ajudar o que significou o último sinal para que os generais interessados em derrubar o presidente passassem a ação.

Provavelmente a última ação importante de Goulart para tentar enfrentar as crises foi o comício de 13 de março de 1964. Todo seu ministério, vários governadores e uma concentração de mais de 200 mil pessoas aclamava as Reformas de Base assinaladas ali pelo presidente.

Os generais aproveitaram a oportunidade do comício para tomarem uma ação. Boa parte da classe média, trabalhadores rurais e urbanos estavam ganhos pela propaganda anticomunista financiada pelos EUA. Partidos fortes como PSD e UND, assim como a Igreja Católica, amparados pela imprensa, juntaram-se as chamadas “Marchas da Família com Deus pela Liberdade”.

Em 31 de março de 1964 “o Brasil dobrou o cabo da democracia em direção a uma ditadura que tronar-se-ia cada vez mais fechada, mais violenta e disposta a não reconhecer a linha divisória entre a legalidade e a ilegalidade” (CASTRO, ANO, p. 528). Os militares depuseram o presidente João Goulart e ocupam o poder praticamente sem encontrar resistência. Segundo Dom Paulo Evaristo Arns, a passividade ocorreu porque:

Era evidente que todo aquele movimento nacionalista e popular, estruturado em bases essencialmente legais, não tinha condições de enfrentar a força das armas. A gestação chega ao final e o Brasil entra numa fase de profundas transformações. (1985, p.59)

A fase inicial do regime militar resulta no recesso do populismo e no arquivamento das propostas nacionalistas de desenvolvimento através das Reformas de Base. Implanta-se no país um modelo econômico que se caracterizou pela concentração de renda e pela desnacionalização da econômica. Nas palavras de Osvaldo Coggiola:

O Estado militar se credenciaria como principal guardião do capital internacional e defensor da “restauração da economia” – cambaleante e anarquizada pelas constantes greves – por meio de um “programa de desenvolvimento” baseado na “livre iniciativa” e, como o principal inimigo era externo (não encontrava-se infiltrado no país), no duro

combate contra a “ofensiva comunista”. As Forças Armadas não estavam sozinhas: apresentando como defensoras da “paz social” da “moral” e da “ordem”, os setores mais reacionários dos partidos e instituições brasileiras foram acionados em 1964 a fim de deter o processo de mobilização política. (2001, p. 15)

No plano político, os militares iniciam o processo centralizador por meio de mecanismos antidemocráticos. O governo passa a ser assumido interinamente pelo presidente da Câmara, Ranieri Mazzilli, contudo, o poder de fato é exercido pelo “Comando Supremo Revolucionário”.

Uma das primeiras decisões dos ministros militares foi dar início a uma série de “Atos Institucionais”, que são os dispositivos jurídicos autoritários que passaram a reger a vida política no Brasil. Muitos historiadores consideram que foi exatamente o primeiro ato que deu início ao regime militar, para Nelson Werneck Sodré, a ditadura:

[...] só instala com o chamado AI-1. A partir daí, realmente começa a ficar claro que se trata só de uma ordem, da institucionalização de um novo tipo de poder. O espanto diante, disso, raiando pela incredulidade, foi um pouco ingênuo, como surpresa diante da ocupação do aparelho militar das decisões importantes e até a doutrinação política, assim imposta ao país, como se este fosse, a partir daí, área submetida à ocupação militar e ao silêncio político. (1984, p. 90)

O primeiro Ato Institucional, de 9 de abril, atribuiu poderes especiais ao Executivo federal. O AI-1 trazia em seu texto a justificativa para a legitimação do golpe, “estabelecendo ‘Poderes Constituintes’ àqueles que se auto-intitulavam ‘revolucionário’. Os Atos Institucionais estariam, a partir deste momento, acima do poder legislador de uma Constituição” (CASTRO, 2008, p. 530). Entre os dispositivos do AI-1, mais relevantes, seleciona-se:

- eleições indiretas do Presidente da República (Art. 2º);
- conferido poder ao Executivo para decretar estado de sítio (Art. 6º);
- suspensão por seis meses das garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade e estabilidade (Art. 7º);
- conferido poder ao Executivo para cassar mandatos dos legislativos federais, estaduais e municipais e suspender direitos políticos por dez anos (Art. 8º e 9º)

Dois dias depois do primeiro ato, 11 de abril de 1964, o Congresso Nacional elege o novo presidente da República para completar o mandato do presidente deposto. Castelo Branco, um dos principais líderes do movimento, foi eleito pelo Congresso.

Os militares não eram um grupo homogêneo, depois que derrubaram Goulart, as distinções ficaram ainda mais visíveis. Marechal Castelo Branco fazia parte do Grupo da Sorbonne, linha mais intelectualizada e moderada, buscavam a purificação do país por meio da eliminação dos governos populistas e dos comunistas, pretendiam em um horizonte próximo a restauração de um regime democrático baseado na ordem. Em oposição da Sorbonne havia a linha dura, que considerava estarem diante

de uma ameaça muito grande comunista, agiam com dureza contra as forças de oposição, tanto com os inimigos quanto com os adversários, para eles a democracia era incompatível com o período, por isso pretendiam prolongar ao máximo a ditadura.

Devido às pressões da linha dura, Castelo Branco manteve um governo caracterizado pelo autoritarismo e austeridade. “Principais bandeiras: combate a corrupção e à subversão, recuperação das finanças públicas e da economia. Dura até 1967” (COUTO, 1999, p. 18). No entanto, antes da substituição presidencial foram impostos mais três Atos Institucionais por Castelo Branco. O AI-2, de 27 de outubro de 1965, agiu expressivamente sobre a Constituição e previa que:

- o Presidente passaria a ser eleito de maneira indireta por meio de “Colégio Eleitoral”, dessa forma, o Congresso Nacional escolheria o presidente e o vice (Art. 1º-3º)

- o Superior Tribunal Militar passaria a ser responsável pelo julgamento dos crimes contra a segurança nacional, ou seja, qualquer ato contra o regime (Art. 8º);

- reafirmação da suspensão das garantias constitucionais (Art. 14º);

- ampliação dos poderes presidências que poderiam realizar cassações (Art. 15º);

- intervenção federal na independência dos estados (Art. 17º);

- a extinção de partidos políticos e a autorização de apenas dois partidos, a ARENA (Aliança Renovadora Nacional, que seria o partido oficialista) e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro) (Art. 18º);

- o Judiciário perde a competência para julgar os atos praticados “em nome da revolução” (Art. 19º);

O Ato Institucional número 3, decretado em 5 de fevereiro de 1966, veio como reação à derrota do partido oficial, ARENA, em três estados importantes que representavam a maior concentração da população do Brasil, São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro. Possivelmente essa derrota tenha sido reflexo do trabalho dos opositores que conseguiram fazer com que os eleitores percebessem que a ditadura viera pra ficar. Segundo Flávia Lages de Castro:

Tendo que manter a mentira eleitoral, mas não suportando a “ofensa” de ver rechaçada nas urnas aquilo que chamavam de “Revolução” a tendência foi controlar o máximo possível o processo eleitoral de forma que mesmo a farsa ocorresse sobre controle. (2008, 543)

Dessa forma, o AI-3 passou a determinar que:

- as eleições de governadores e vice-governadores seriam indiretas, realizadas pelo Colégio eleitoral estadual formado pela Assembléia Legislativa de seu respectivo estado (Art. 1º)

- as eleições seriam realizadas mediante a formação de chapas compostas do governador e vice-governador eleitos simultaneamente (Art. 2º)

- os prefeitos dos municípios das Capitais passaram a serem nomeados pelos Governadores dos estados (Art. 4º)

Assinado por Castelo Branco, em 7 de setembro de 1966, o Ato Institucional número 4 induz o Congresso a elaborar uma nova Constituição que abranja os elementos principais dos atos institucionais, ou seja, os

principais comandos de uma legislação autoritária. O AI-4 convoca extraordinariamente o Congresso para,

[...] no período de 12 de dezembro daquele ano a 24 de janeiro de 67, discutir, votar e promulgar projeto de Constituição que apresentado pelo governo Revolucionário. Essa “constituição foi aprovada em apenas 5 dias por um Congresso Nacional desfigurado pelas cassações. Consolidou a extensa legislação revolucionária de quatro atos institucionais, 21 emendas a Constituição de 1946 e cerca de cem decretos-lei. (HELLER, 1988, p. 645)

A partir do momento que uma nova constituição entrasse em vigor seria revogada definitivamente a Constituição de 1946 que já “não podia ser mais considerada como uma Constituição de fato” (CASTRO, 2008, p. 544). Além dos Atos Institucionais seria incorporada a Lei de Imprensa, que instituiu o controle total dos meios de comunicação pelo governo, assim como a Lei de Segurança Nacional.

A nova constituição foi apresentada ao Congresso Nacional, é votada em 24 de janeiro de 1967 sem sofrer nenhuma alteração e, em 15 de março de 1967, é outorgada – “apesar da aprovação do Congresso” (GORCZEVSKI; BOTELHO; LEAL, 2007, p. 197) – a Carta Constitucional do regime militar, quinta do período republicano. Dentre as principais disposições da Constituição de 1967, podemos destacar:

-o Executivo torna-se portador do poder de apurar crimes contra a segurança nacional, a ordem pública e social (Art. 8º);

-o Poder Executivo ganhou poder de legislar em matérias de segurança pública e orçamentária (Art. 58°);

- o Presidente, assim como no AI-2, é eleito mediante eleições indiretas por meio do Colégio Eleitoral composto por membros do Congresso Nacional. (Art. 76°);

-ao Executivo é conferido as atribuições de: vetar projetos de lei, nomear os Ministros de Estado, o Prefeito do Distrito Federal e os Governadores dos Territórios, aprovar a nomeação dos Prefeitos dos municípios declarados de segurança nacional, decretar estado de sítio (Art. 83°);

- reforça constitucionalmente a Lei de Segurança Nacional (Art. 89°)

-mantém-se redação de direitos de um Estado de Direitos, com algumas exceções, como a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (Art. 150°)

- autorizou a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública (Art. 157°);

- manutenção dos direitos dos trabalhadores (Art. 158);

No mesmo dia toma posse o segundo presidente do regime, o General Arthur da Costa e Silva tendo como vice Pedro Aleixo. “Costa e Silva faz um governo inexpressivo, marcado somente pela repressão às passeatas estudantis, que culminaram com a morte do jovem Edson Luiz, no Rio de Janeiro.” (HELLER, 1988, p. 28)

Durante o governo de Castelo Branco apareceram as primeiras manifestações contra o regime militar, tanto por parte de trabalhadores em

greve e estudantes em passeatas, como por parte dos padres em seus sermões.

Apesar da repressão e das prisões arbitrárias, feitas aos milhares em todo o país, o povo saiu às ruas em 1967 e 68, para exigir a restauração da normalidade democrática, com destacada participação do movimento estudantil. (HELLER, 1988, P 648)

Tais eventos foram significativamente influenciados pelo movimento francês de greves gerais do Maio de 1968, “movimento de origem estudantil que quase desestabiliza o governo do general Charles De Gaulle” (COUTO, 1999, p. 19). Esse movimento que objetivava a mudança das instituições tradicionais e dos costumes políticos alterou as concepções de mundo em vários planos, principalmente culturais. A influência mais direta culturalmente no Brasil foi à explosão do tropicalismo que se expressou na música, mas também nas artes plásticas, no cinema e no teatro.

Entre as manifestas mais importantes no Brasil situa-se a Passeata dos Cem Mil, ocorrida em 26 de junho de 1968, no Rio de Janeiro. Organizada pelo movimento estudantil, a mobilização buscava a redemocratização, contou com a participação de artistas de renome e intelectuais.

Diante de tantas manifestações e com a convicção de que qualquer abertura relutava em desordem, os militares deliberaram usar de poderes excepcionais para combater a subversão. Por isso, em 13 de dezembro de 1968, o governo decreta o Ato Institucional número 5, que se sobrepõem a Constituição de 1967, concedendo poderes absolutos ao chefe do Executivo

e completa suspensão de várias garantias constitucionais. D. Paulo Evaristo Arns explica que:

A gota d'água foi um discurso do deputado federal Márcio Moreira Alves, considerado ofensivo as Forças Armadas. Ao contrário dos atos anteriores o AI-5 não vinha com vigência de prazo. Era a ditadura sem disfarces. O Congresso é colocado em recesso, assim como seis assembleias legislativas estaduais e dezenas de câmaras de vereadores em todo o país. (1985, p. 62)

Com o AI-5 a linha dura foi intensamente fortalecida, as prisões militares tornaram-se rotineiramente palco de torturas. Entre as principais atribuições do ato, observa-se:

- o Presidente da República podia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, em estado de sítio ou fora dele, que só voltariam quando o Presidente os convocasse (Art. 2º);

- durante o recesso, o Poder Executivo ficaria autorizado a legislar (Art. 2º § 1º);

- o Poder Executivo podia decretar a intervenção nos Estados e Municípios (Art. 3º);

- o Poder Executivo podia suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais (Art. 4º);

- a suspensão de Direitos Políticos significou a cessação de privilégios de foro por prerrogativa de função, a suspensão do direito de

votar e ser votado nas eleições sindicais, a proibição de atividades ou manifestações sobre assuntos de natureza política. E ainda a aplicação da liberdade vigiada, a proibição de freqüentar determinados lugares e o domicílio determinado (Art. 5º);

-o Presidente da República podia a qualquer momento decretar o estado de sítio (Art. 7º);

- o Presidente da República podia decretar o confisco de bens em decorrência de enriquecimento ilícito no exercício de cargo ou função pública (Art. 8º);

- suspensão da garantia de Habeas Corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e a economia popular (Art. 10º);

Depois do AI-5, que restringia ao máximo as liberdades políticas e restabeleceu o que a Constituição de 67 tinha suspenso, mais doze Atos Institucionais foram decretados. Entre os mais surpreendentes encontram-se o AI-13 que em seu primeiro artigo possibilitava o banimento de cidadãos brasileiros que fossem considerados indesejados e ainda em 1969 foi baixado o AI-14 que possibilitava a pena de morte.

Em 1969, Costa e Silva experimenta uma tentativa de liberalização. Manda um grupo de juristas, incluindo seu vice Pedro Aleixo, elaborarem uma emenda para tornar menos autoritária a Constituição de 1967. “Mas doença irreversível (um acidente vascular-cerebral) não lhe permite assiná-la nem reabrir o Congresso. Impedido em agosto, morre em dezembro de 1969” (COUCO, 1999, p. 20).

A Emenda nº 1 baixada pela Junta Militar, acoplado ao AI-12, impediu que o vice-presidente Pedro Aleixo assumisse, que era opositor do

AI-5. Em seu lugar é indicado o general Emilio Garrastazu Médici. Com Médici a Emenda número 1 mais do que fazer revisões nos blocos não revistos da Constituição de 1967, trazia alterações que aumentavam ainda mais o Poder Executivo. Quanto suas alterações:

Já em 1969, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 1, alterando a Constituição de 1967 (outorgada). Apesar de tratar de uma Emenda, na verdade a alteração foi tamanha, que ela praticamente consistiu em uma nova Constituição bem mais conservadora e autoritária do que a versão original [...]. (GORCZEWSKI; BOTELHO; LEAL, 2007, p. 197)

A Emenda Constitucional número 1 fez com que o poder político do Executivo ficasse ainda mais centralizado nas mãos dos militares. Acrescenta-se a essas medidas, o decreto da Lei de Segurança Nacional, que passou a restringir as liberdades civis e da Lei de Imprensa, que estabeleceu a censura Federal.

O período do presidente Médici, iniciado em 30 de setembro de 1969, foi, sem dúvida, o período mais duro da repressão, dezenas de pessoas foram mortas em sessões de torturas, a perseguição aos opositores passou a ser de forma sistemática. Foi à fase mais obscura do regime militar. Ao lado da brutal repressão culminou no Brasil a aceleração econômica iniciada em 1968, chamado de “milagre econômico”. Médici não conseguiu fazer um sucessor da linha dura.

Ernesto Geisel eleito, em 1974, era ligado ao grupo da Sorbonne e tinha o objetivo de promover, com muitas ressalvas, a democratização.

Durante seu mandato Geisel fez vários ajustamentos e redefinição de prioridades, entretanto, o milagre econômico havia chegado ao fim, o Brasil passava por graves endividamentos, flutuação de desempenho e dificuldades inflacionárias. No plano do regime militar, apesar de sofrer forte contestação dos adversários da linha dura, o presidente abrandou a segurança nacional de forma lenta e gradual, sem eliminar os atos repressivos:

[...] a prioridade é a promoção de abertura política gradual e segura, cuidadosamente dosada e monitorada, inclusive sobre o látigo do AI-5, que permanece em vigor e é frequentemente aplicado até 1977. Pouco a pouco a ditadura vai sendo desmontada. Especialmente pelo progressivo renascimento político da sociedade civil organizada. Instala-se o ciclo de concessão-conquista-concessão de liberdades e direitos. A censura à imprensa murcha rapidamente. (COUTO, 1999, p.22)

No final de 1978, o Congresso extingue o AI-5 por meio da aprovação de uma emenda constitucional. A partir dessa emenda o regime está fragilizado, há relativa segurança individual e mais liberdade do que antes. Entretanto, a abertura política não significava a democratização, pois apenas foram restabelecidos alguns institutos fechados.

Geisel consegue fazer seu sucessor o ministro-chefe do Serviço Nacional de Informação, general João Baptista Figueiredo, eleito em 1978, via Congresso. Figueiredo dá continuidade à reabertura política, entretanto, devido a sua vinda dos órgãos fortes de repressão, concede anistia

recíproca. Consoante Couto, a anistia foi muito importante: “Politicamente, seu melhor momento é o da aprovação de lei de anistia geral em agosto de 197. Um pacto complexo, melindroso e sofrido, mas fundamental para a trajetória da abertura. ” (1999, p. 23)

Entre as mudanças mais interessantes do período estão à volta do pluripartidarismo, às eleições diretas de governadores de 1982, a eliminação de eleições indiretas para um terço dos senadores e o intervencionismo em relação às greves decresce.

Há um episódio marcante, em abril de 1991 no Rio de Janeiro, durante um show de celebração do dia do trabalho uma bomba explode dentro do carro particular de um capitão do Exército que estava com um sargento. Embora, a opinião pública e a imprensa considerem que as próprias vítimas tenham sido os executores, as autoridades militares encarregadas de apurar os fatos negaram as evidências e concluem que os executores não puderam ser identificados. De acordo com Couto “O atentado Riocentro é o último da sucessão de atos terroristas atribuídos à extrema direita. Ele sinaliza o início do fim do regime militar. Liquida o projeto presidencial da linha dura e racha o governo”.

Nos anos 80 ocorrem ainda importantes movimentos populares. No final de 1983 em todo país os movimentos pelas eleições diretas para presidente tomam proporções nunca vistas no país. Todo país está engajado, mas, em abril de 1984, quando a emenda é colocada para votação, a proposta é vetada pelo Congresso por 22 votos de diferença. Os opositores do governo procuraram, a partir daí, por meio de pressões tentarem eleger por meio do Colégio Eleitoral, ainda que indiretamente, um presidente civil. O resultado da votação foi a favor da vontade popular, pois Tancredo

Neves foi eleito em 15 de janeiro de 1985, porém o novo chefe do Executivo adoeceu e morreu. Seu vice José Sarney toma posse. Chega ao fim o período militar. O país volta suas esperanças por uma nova Constituição que consolide a tranquilidade democrática que tanto ansiou.

Considerações Finais

Conclui-se, a partir da análise histórica, que durante o período militar brasileiro o sistema de normas de condutas impostas conseguiu de maneira satisfatória dar completa sustentação para o governo, ou seja, desempenhou a função desejada pelos seus instituidores.

A Constituição de 1964, que regia o Brasil antes do golpe, representou para o país significativos avanços democráticos, pois dava espaço de destaque aos direitos individuais e equilibrava a atuação dos poderes. Entretanto, depois da tomada de poder em 1964, a série de Atos Institucionais baixados pelos militares serviu de dispositivos jurídicos autoritários que legitimavam e legalizavam as ações políticas dos militares.

As medidas dos dezessete Atos Institucionais, que passaram a reger a vida política no Brasil, decretaram entre muitos aspectos a supremacia do Poder Executivo sobre os demais, a cassação dos mandatos de opositores do governo, as eleições indiretas para presidente e extinção dos antigos partidos. O maior instrumento de repressão da ditadura foi o AI-5 que instituiu o fechamento do Poder Legislativo conferindo poderes totais ao presidente e a suspensão dos direitos políticos e individuais.

Outro mecanismo importante do período foi a Constituição de 1967, determinada pelo AI-4, e a Emenda número 1, que propôs alterações na Constituição, por isso foi chamada de Constituição de 1969. A nova Carta Constitucional acrescenta a Lei de Segurança Nacional e a Lei de

Imprensa que tornam a ditadura ainda mais violenta. As prisões, torturas e assassinatos passam a ser de maneira sistemática.

Em síntese, conforme o exposto o Direito foi usado no período como instrumento de uma elite militarizada que visando os seus interesses impôs suas decisões autoritárias a toda sociedade. Dessa forma, observa-se que o Direito decisivamente pode ser usado a favor da democracia ou ser contrário a ela, dependendo de como as classes no poder decidem aplicá-lo.

Referências:

ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. Petrópolis: vozes, 1985.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm.

Acesso em: 21 de novembro de 2010.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COGGIOLA, Osvaldo. **Governos militares na América Latina**. São Paulo: Contexto, 2001.

COUTO, Ronaldo Costa. **Memória viva do regime militar – Brasil: 1964-1985**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GORCZEVSKI, Clovis; BOTELHO, Edilson; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Introdução ao estudo da ciência Política, teoria do estado e da Constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

HELLER, Milton Ivan. **Resistência Democrática: a repressão no Paraná**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Vida e morte da ditadura: 20 anos de autoritarismo no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1984.

VIEIRA, Evaldo. **A República brasileira: 1964 – 1984**. São Paulo: Moderna, 1985.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO DANO MORAL

MARIA FERNANDA PACI: Graduada em Direito, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Pós Graduada em Direito Processual: Grandes Transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL, E Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - UNIDERP, Licenciatura Plena pelo Programa Especial de Formação Pedagógica para a Disciplina do Currículo da Educação Profissional de Nível Médio pela FATEC São José do Rio Preto, Pós Graduada em Marketing e Vendas pela UNIDERP (em andamento), Graduação em Pedagogia pela UNIP - Universidade Paulista (em andamento). Advogada nas área cível e criminal. Docente do Centro Paula Souza, nos cursos Técnico em Serviços Jurídicos e Administração.

RESUMO: O trabalho ora elaborado trata-se de um sucinto levantamento acerca da nova competência da justiça do trabalho, mas precisamente no tocante a sua capacidade para julgar o dano moral e averiguar os reflexos que isso tem na relação de emprego. De uma forma concisa discorreremos sobre o dano moral, buscando conceituar esse fenômeno e para tanto trazemos em nosso apoio lições de renomados juristas. Também falaremos sobre as formas de definição encontradas no ordenamento jurídico atual. Nosso objetivo maior, como ficará demonstrado neste, é enfrentar o problema da fixação da competência territorial trabalhista, para julgamento de ação indenizatória proveniente de ofensa à moral ocorrida durante o liame laboral.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho; Dano Moral; Competência; Princípios; Aplicabilidade, Sociedade.

ABSTRACT: The work now prepared it is a short survey about the new competence of the labor courts, but precisely in regard to their ability to judge the moral damage and determine the consequences this has on the employment relationship. In a concise manner we carry on about the moral, seeking conceptualize this phenomenon and for that we bring in our support lessons from renowned jurists. We'll also talk about ways of definition found in the current law. Our main goal, as will be demonstrated in this, is to face the problem of fixing the labor jurisdiction for judgment of indemnity lawsuit from offense to moral occurred during working bond.

Keywords: Work justice; Moral Damage; competence; principles; Applicability Society.

Sumário: Introdução. 1. Dano moral e direito do trabalho; 1.1 O direito do trabalho e a tutela dos direitos personalíssimos; 2. Considerações sobre competência; 2.1. Competência material e o art. 114 da CF; 2.2. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre a competência material da justiça do trabalho; 2.3. Competência da justiça do trabalho para julgar o dano moral; 2.4. Hipóteses que configuraram a ocorrência de dano moral trabalhista. Conclusões. Referencias.

Introdução

Antes de tudo se deve falar que o tema ora debatido é de longe um dos mais controversos e discutidos no atual sistema jurídico brasileiro, especialmente no que envolve competência da justiça trabalhista.

Sendo assim, é sabido que discorrer sobre danos morais na Justiça do Trabalho é um palimpsesto, sobre o qual se escreve e se volta a escrever. Muitas dúvidas e incertezas insistem e persistem. O assunto em tela ainda

está mais para a polêmica do que para a prática da relação de emprego e pacificação jurisprudencial.

O texto percorrerá um itinerário lógico, atendo-se a temas e institutos necessários para o convencimento da tese defendida, e pincelará conceitos e classificações relevantes para um entendimento lógico e estrutural do tema.

Dessa forma, este trabalho tem a finalidade de abordar a nova competência da justiça do trabalho, mas precisamente no tocante a sua capacidade para julgar o dano moral e averiguar os reflexos que isso tem na relação de emprego.

De uma forma concisa discorreremos sobre o dano moral, buscando conceituar esse fenômeno e para tanto trazemos em nosso apoio lições de renomados juristas. Também falaremos sobre as formas de definição encontradas no ordenamento jurídico atual.

Nosso objetivo maior, como ficará demonstrado neste, é enfrentar o problema da fixação da competência territorial trabalhista, para julgamento de ação indenizatória proveniente de ofensa à moral ocorrida durante o liame laboral.

Para isto argumentamos de um modo mais incisivo sobre a prevalência da justiça do trabalho no julgamento do dano moral que envolva estritamente a relação empregatícia.

Urge salientar também que não é difícil vislumbrar-se uma ofensa à honra ou à dignidade do trabalhador empregado, pois a CF assegura a todas as pessoas a sua dignidade e os valores sociais do trabalho. Porém há de se falar também que a mesma ofensa pode ocorrer à pessoa do empregador. E

ocorre, ainda que não seja comum ações que tramitam na Justiça do Trabalho em que o autor é o empregador e não o empregado.

Não se pode olvidar que o trabalho é o fator por excelência de todo o sistema produtivo, é a mola - mestra que impulsiona a sociedade, e, por isso, foi inserta no art. 170 da Constituição Federal, que estabelece a valorização do trabalho humano na ordem econômica da sociedade.

1. DANO MORAL E DIREITO DO TRABALHO.

O dano moral no direito do trabalho não é algo novo, ou de pouca expressividade, visto que enquanto se discutia no direito comum a possibilidade de reparação econômica do dano exclusivamente moral, a Consolidação das Leis do Trabalho, desde a sua promulgação, já contemplava o dano moral e a sua reparação pelo empregado ou pelo empregador, em decorrência da ruptura do contrato de trabalho pela prática de ato lesivo da honra ou da boa fama (artigos 482, letras j e k, e 483, letra e), mediante o pagamento ou desoneração de pagamento das indenizações correspondentes ao distrato do pacto laboral motivado por essa justa causa.

Porém, se formos pesquisar, os verbetes dos índices alfabéticos remissivos dos livros de Direito do Trabalho, dificilmente encontraremos relacionada à expressão "dano moral". Por que dificilmente isto ocorre?

Porque essa matéria só passou a adquirir relevância a partir da Constituição de 5 de outubro de 1988, em face do registro feito nos incisos V e X de seu artigo 5º, que enumerou, entre os direitos e garantias fundamentais:

"o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" e declarou serem invioláveis a intimidade, a

vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. [1]

Anteriormente, vinculava-se a enunciação ato lesivo da honra e da boa fama, ao capitulado no Código Penal de 1940, que configura como delitos a calúnia, a difamação e a injúria (artigos 138, 139 e 140).

Hodiernamente, faz-se a ligação com a Carta Magna, porque é mais atual falar-se em, sim, Direitos da Personalidade, originando-se daí toda a problemática sobre a competência da Justiça do Trabalho para conhecer de processos sobre indenização de dano moral e sobre critérios para fixar o valor da indenização, no caso de acolhimento do pedido. A doutrina e a jurisprudência majoritárias tinham a concepção de que apenas em relação aos bens materiais, porque estes poderiam ser efetivamente avaliáveis, o dano era determinável e suscetível de ressarcimento. Essa noção persistiu mesmo diante da amplitude do art. 159 do Código Civil pátrio, que comporta qualquer modalidade de dano.

As poucas decisões que acolhiam a reparabilidade do dano moral o faziam devido a sua repercussão econômica e não a sua dimensão moral por si só. Acabava-se indenizando o dano moral que também refletia no patrimônio do lesado, quando na verdade dever-se-ia indenizar pela violação de um bem jurídico tutelado sem repercussão patrimonial, por isso, deve-se provar a relação entre o ato ilícito e o lesionamento íntimo, independentemente de afetação econômica.

Mas, houve uma mudança significativa a respeito de tal problemática e, hoje, no Direito positivo brasileiro, podemos encontrar a reparação do dano moral protegido pela seguinte legislação:

- Constituição Federal, art. 5º, V e X;
 - Código Civil Brasileiro, arts. 159, 1.537, 1.538, 1.547, 1.548, 1.550;
 - Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VII;
 - Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 17;
- entre tantos outros diplomas legais.

Contudo, convém destacar que se em algum do Direito o conceito de dano moral pode ter alguma aplicação é precisamente no campo do Direito do Trabalho. A razão está na subordinação a que está sujeito o trabalhador na satisfação de seu débito.

A posição doutrinária ressalta, portanto, o caráter patrimonial decorrente do contrato de emprego, sendo uma relação que não esgota a riqueza do contrato, por não se resumir apenas ao pagamento do salário, mediante a contraprestação do trabalho. Uma das principais funções das normas laborais está em assegurar o direito à dignidade das partes envolvidas na tão difícil relação, empregado/empregador.

Assim, nas condições privadas, na maioria das vezes, existe um jogo de valores econômicos e, como exceção, podem ser afetados bens pessoais dos contratantes, de forma indireta, fazendo com que os trabalhadores arrisquem seus bens pessoais.

O trabalhador tem o dever de cumprir pessoalmente a principal prestação ao seu cargo, incorporando-se a uma organização alheia, tendo por obrigação realizar suas tarefas em lugares e condições determinadas, submetendo-se às faculdades de direção e disciplina, reconhecidas por Lei ao empregador. Pode-se dizer, que os atores destes incidentes jurídicos, na maioria das vezes, são os empregados (pessoas físicas que prestam serviços

de natureza não eventual ao empregador, sob dependência deste, mediante salário, de acordo com o artigo 3º da CLT) e o empregador, representando a empresa, a qual assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços, também nos termos do art. 2º da CLT.

Este conceito existe desde a Revolução Industrial, onde os trabalhadores exerciam suas funções em condições subumanas, até a atualidade. Desde aquele tempo, muito se tem conquistado, no que se refere às considerações sobre relações de trabalho, principalmente no tocante à dignidade do trabalhador, por ficar num patamar de inferioridade, expondo-se a qualquer tipo de atitude, capaz de ferir o seu moral, com repercussões até mesmo irreparáveis.

Neste sentido, há entendimentos que existe uma grande possibilidade das pessoas, por vontade própria ou não, causarem prejuízos umas às outras. Assim, a relação humana e jurídica existente entre empregado e empregador, não está ilesa destas contingências, que se caracterizam na prática de atos ilícitos. O problema está no fato da relação de emprego possuir disciplina jurídica, correspondente à relação de emprego, ou seja, troca de trabalho versus remuneração, estando excluídos da órbita do Direito Civil, uma vez que a demanda está relacionada a prática de atos ou fatos de natureza civil, na específica situação de empregado e empregador.

A responsabilidade civil estabelece as diretrizes relacionadas à obrigação de reparar danos causados à outra pessoa, em decorrência de um ato ilícito, representativo de um dever geral de conduta ou por descumprimento de uma obrigação contratual. Neste sentido, há dano

moral, quando um indivíduo expõe outro a uma situação vexatória e de desequilíbrio, tanto psíquico, quanto mental.

O dano moral trabalhista se estabelece em uma via de mão dupla, podendo ocorrer em ambas às direções, isto é, a responsabilidade pelo dano pode ser originada pelo empregador como, também, pelo empregado.

A relação capital-trabalho evidencia outro tipo de realidade, em que estão perpetradas de atos equivocados, configuradores do dano moral trabalhista, motivadas por ações de empregador contra empregado, devido a uma gigantesca inferioridade econômica, cultural e de subordinação.

Os princípios que norteiam a teoria da responsabilidade são extensivos também ao Direito do Trabalho, isto porque a proteção da personalidade do trabalhador é um dos deveres do empregador, compreendido no de previsão, cabendo reparação ao dano moral trabalhista, caso este venha ocorrer.

Desse modo, o Contrato de Trabalho firmado entre as partes, deve estabelecer sempre, direito e obrigações aos valores personalíssimos e morais. Havendo qualquer ofensa a tais direitos, culmina na autorização da rescisão contratual pelo empregado e empregador, sob o pálio dos artigos 482 e 483 da CLT, como também a postulação de Indenização Patrimonial e Moral cabível.

Portanto, pode-se concluir que, o trabalhador é realmente a parte mais fraca na relação de emprego, sendo por isso, submetido, em muitos casos, a suportar determinadas ordens, que além de lhe magoar, denigre sua imagem perante seus colegas de trabalho.

Entretanto, vale relembrar que o dano moral pode ser praticado, tanto pelo empregador, como pelo empregado, existindo fatos de ocorrência

frequente na relação empregado/empregador que são ensejadoras de reparação por danos morais, podendo ser citados, como exemplos, os casos:

Publicação do nome do empregado em jornais ou outro órgão de imprensa, por abandono de emprego. Esta é uma prática reprimível, haja vista que, o empregador detém todos os dados pessoais de seu empregado e, por isso, poderia fazê-lo via correio, sem tornar público à relação que os envolve. Seu procedimento expõe publicamente o nome do empregado e, dependendo da abrangência do veículo de comunicação utilizado, o nome daquele, poderá ser divulgado de forma negativa, podendo lhe causar grandes prejuízos.

Assédio Sexual: Também é um dos grandes problemas que afetam a convivência entre ambos assola atualmente a relação trabalhista. Quando ocorrido no local de trabalho, pressupõe-se uma insinuação ou uma intimidação, por parte de um superior contra um subordinado, com o intuito de utilizar-se deste poder para obtenção de vantagens.

De acordo com a OIT, o conceito de assédio sexual, pode ser entendido como “insinuações, contatos físicos forçados, convites ou pedidos intermitentes”, apresentando pelo menos uma destas características: “ser claramente uma condição para dar ou manter o emprego; influenciar em promoções ou na carreira do assediado, ou então, prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima.”

Acidente de Trabalho: Fato no qual o trabalhador venha a sofrer lesões físicas de toda ordem, principalmente nos casos em que ocorrer deformação física irreversível. A dificuldade enfrentada pelo trabalhador está na resistência do empregador em fornecer ao acidentado a ficha de

acidente, burlando a legislação e assim, evitando que o trabalhador se beneficie da estabilidade.

1.1 O direito do trabalho e a tutela dos direitos personalíssimos.

A partir da demonstração das várias peculiaridades com relação ao dano moral trabalhista, em face de preceitos constitucionais, a orientação com base nos estudos de Jorge Pinheiro Castelo é particularmente contundente na exposição acerca da vocação ontológica do Direito Trabalhista para a proteção de direitos pessoais ligados à dignidade do trabalhador, da vinculação do Direito Trabalhista à tutela do Direito Personalíssimo, fazendo análise histórica, considerando a origem do Direito Trabalhista, sua estrutura e sua finalidade, voltada à defesa da dignidade dos trabalhadores.

Temos que O Direito do Trabalho, social, nasceu com o destino de minimizar as injustiças perpetradas pela força do capital sobre a pessoa do trabalhador. Ora, se esse Direito ampara até mesmo o menor prejuízo financeiro sofrido pelo empregado, como deixaria fora de seu resguardo às lesões que esse mesmo empregado pode sofrer nos atributos de sua personalidade (em sua honra, boa fama, integridade física, espiritual) em virtude de ato ilícito praticado pelo empregador no contexto da relação trabalhista?

A justiça do Trabalho tem julga todos os tipos de lides trabalhistas, incluindo-se nesse rol as lesões aos direitos personalíssimos do empregado (infelizmente corriqueiras) e eventualmente do empregador, com vistas a manter a harmonia e o respeito entre as partes contratantes, sobretudo se levarmos em conta as diretrizes traçadas pela Lei Maior que estatui como pilares do nosso Estado Democrático de Direito a “dignidade da pessoa

humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, e como fundamento da nossa ordem econômica a valorização do trabalho humano.

Essa afinidade finalística do Direito do Trabalho seria um dos elementos justificadores da atração do tema do dano moral para sua esfera.

A Proteção à dignidade do trabalhador inscreve-se e faz parte do conteúdo necessário do contrato de trabalho, integra-o como as outras múltiplas restrições ao exercício da autonomia contratual.

Nessa linha de raciocínio defendemos a tese de que a única proteção adequada aos direitos personalíssimos ocorre no âmbito do Direito e, por consequência, da Justiça do Trabalho.

Ora, se a proteção aos direitos personalíssimos do trabalhador não só integra como, mais do que isso, constituem a base e o fundamento do Direito do Trabalho e cláusula tácita de todo e qualquer contrato de trabalho, como poderíamos excluir da apreciação da Justiça Trabalhista a lesão aos mesmos, caracterizadora do dano moral.

Forçoso reconhecer, como integrante do Direito do Trabalho, o dano moral oriundo da relação trabalhista e, por via de consequência, a competência da Justiça Trabalhista para dele conhecer e julgar.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA.

O tema de dano moral na justiça trabalhista já gerou várias celeumas e interrogações. Em decorrência disto se faz mister elucidar alguns pontos acerca da Competência. É o que veremos então.

A jurisdição é a função estatal de resolver conflitos de interesses concorrentes, literalmente "dizendo o direito", de forma a assegurar a ordem jurídica e proteger os interesses tutelados pela lei.

O fato de ser uma função do Estado faz com que a jurisdição seja exercida em todo o território nacional.

Decorre que jurisdição é a função estatal de resolver conflitos de interesses concorrentes, assegurando a ordem jurídica e proteção dos interesses tutelados pela lei. Esta é una e indivisível e por isso, monopolizada pelo Estado, sendo necessária sua distribuição, para uma melhor administração da Justiça, evitando a insegurança Jurídica.

Conforme ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, no Brasil:

"A distribuição da competência é feita em diversos níveis jurídico-positivos, assim considerados: a) na Constituição Federal, especialmente a determinação da competência de cada uma das Justiças e dos Tribunais Superiores da União; b) na lei federal (Código de Processo Civil, Código de Processo Penal etc.), principalmente as regras sobre o foro competente (comarcas); c) nas Constituições estaduais, a competência originária dos tribunais locais; d) nas leis de organização judiciária, as regras sobre competência de juízo (varas especializadas etc.). Essa é uma indicação meramente aproximativa. No estudo da competência em direito processual civil, penal, trabalhista etc., é que se identificam com precisão as regras com que o direito positivo disciplina a competência. As normas

gerais sobre esta encontram-se nos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil."^[2]

Sobre os critérios determinantes da competência, vale lembrar que eles se dividem em:

- **Critério Objetivo** está relacionado com os elementos da causa (sujeito, causa de pedir e pedido). Sendo em razão da pessoa, razão da matéria e em razão do valor da causa. De todos os critérios objetivos, o mais importante para o Direito do Trabalho é o critério material.

A competência material, *ratione materiae*, decorre da natureza Jurídica da questão controvertida, sendo esta fixada pelo pedido e pela causa de pedir. Se o conteúdo que fundamenta o pedido decorrer da relação de emprego, a competência será da Justiça Trabalhista.

- **Critério Funcional**, a competência é obtida tendo em vista as diversificadas funções que o juiz é, sim, chamado a exercer no processo (órgão julgador de 1ª instância, órgão revisor, etc).

- **Critério Territorial**, que se refere à associação de um elemento vinculado em lei, para a atuação de cada Órgão Jurisdicional.

2.1. Competência material e o art. 114 da CF.

O art. 114 da Constituição Federal estipula que:

“Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre os trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do distrito Federal, dos Estados e da união e, na forma da Lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem

como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.^[3]

Fazendo uma análise cuidadosa do artigo citado da vigente Carta Magna concluímos que, definitivamente, 03 (três) são as regras constitucionais de competência material da Justiça do Trabalho, que podem ser assim sistematizados:

- a) Competência material natural ou específica;
- b) Competência material decorrente;
- c) Competência material executória.

A competência material específica nada mais é do que a atribuição da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Assim, de acordo com essa regra da competência material natural, é a Justiça do Trabalho o ramo do Poder Judiciário competente para decidir todas as questões entre empregados e empregadores, os quais se acham envolvidos a todo esse título (ou seja, com essa qualificação jurídica), numa relação jurídica de emprego.

Destarte, inexistente a necessidade de autorização legal, para que venha a ser confiada à solução de uma lide ao Judiciário Trabalhista, pois a previsão constitucional basta por si mesma.

Assim, pouco importa o tipo de relação de emprego (aqui abrangendo-se relações empregatícias urbanas, rurais, domésticas, temporárias, a domicílio, entre outras). Basta estar-se diante de relação empregatícia para a questão situar-se no âmbito de competência material da Justiça do Trabalho, independentemente de lei.

A Competência Material Decorrente é o cerne de toda a discussão em torno da competência da Justiça do Trabalho, para reparar o dano moral, esta teoria é entendida da seguinte maneira: para solucionar controvérsias decorrentes de outras relações jurídicas diversas das relações de emprego, a Justiça do Trabalho só será competente se presentes dois requisitos: a expressa previsão de uma lei atributiva dessa competência e se a relação jurídica derivar de uma relação de trabalho.

Esse princípio encontra fundamento na parte final do art. 114 da Constituição da República, que, depois de situar, na esfera da competência da Justiça do Trabalho, os dissídios entre empregados e empregadores, o faz, também, na forma da lei, para outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

A correta interpretação desse segundo princípio nos leva à conclusão que visa o mesmo à previsão de possibilidade de competência da Justiça do Trabalho para controvérsias trabalhistas entre sujeitos que não se enquadrem na qualificação jurídica de "trabalhadores" e/ou "empregadores".

Observe-se, porém, que não estamos a afirmar que toda e qualquer controvérsia oriunda de relações de trabalho pode ser decidida pelo Judiciário Trabalhista.

O que inferimos da regra constitucional é que é possível a existência de competência da Justiça do Trabalho para apreciar lides de outros sujeitos distintos dos previstos na sua regra de competência material natural, desde que haja lei específica que preveja tal hipótese.

Já o Princípio da Competência Executória das próprias sentenças, é uma consequência natural da atuação estatal na jurisdição trabalhista.

Nas brilhantes palavras do mestre Amauri Mascaro Nascimento, abre-se, aqui:

"uma perspectiva larga, sabendo-se que, na execução de sentenças, a Justiça do Trabalho vê-se diante de questões que envolvem a aplicação do Direito Comercial, Civil, Administrativo, e outros setores do Direito positivo, porque da penhora de bens pode resultar inúmeras questões de natureza patrimonial. A penhora é o momento em que, diante da atuação da lei no mundo físico, surgem problemas sobre as condições em que se encontram os bens penhorados, alguns onerados com hipoteca, penhor, alienação fiduciária, responsabilidade dos sócios, sucessão, arrematação, adjudicação, remição etc., questões que o Juiz do Trabalho terá de resolver, e para as quais é competente para executar as sentenças da Justiça do Trabalho."[\[4\]](#)

Assim, quando o art. 114 da CF./88 se refere à competência para julgar, "na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho", não está se referindo a discussões não previstas nas normas trabalhistas entre empregadores e empregados, mas sim a litígios em que figurem, em um ou nos dois polos da relação, sujeitos distintos das figuras citadas, mas que a controvérsia seja decorrente de uma relação de trabalho.

Isso porque, consoante já foi explicitado, a lide entre empregadores e trabalhadores, enquanto tal deve ser sempre da Justiça do Trabalho, o que não se pode afirmar em relação a litígios regulados pelo Direito do

Trabalho, mas entre outros tipos de pessoas, sendo necessária, por isso, a promulgação de uma lei específica atribuidora de competência.

Um bom exemplo disso é a recente Lei 8.984/95, que, em seu art. 1º, declara: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregador."

Outra hipótese é o permissivo do art. 652, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, que confere competência às Juntas de Conciliação e Julgamento para "os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice". Nesses casos, não se vai, de forma alguma, conferir direitos trabalhistas aos sujeitos da lide, haja vista que não estão numa relação de emprego, mas sim tão somente vai se apurar o conteúdo civil da contratação, notadamente a remuneração acertada. Se não houvesse essa previsão, a competência fatalmente seria da Justiça comum estadual, tendo em vista que os litigantes não seriam empregadores e empregados.

2.2. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre a competência material da justiça do trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, interpretou o art. 114 da Constituição Federal de 1988 no sentido que ora defendemos, sustentando que ainda que o mérito da questão envolva normas de Direito Civil, a competência deve ser da Justiça do Trabalho, caso a controvérsia seja decorrente da relação de emprego.

A ementa da decisão tem por teor:

"EMENTA - Justiça do Trabalho: Competência: Const., artigo 114: ação de empregado contra o empregador visando à observação das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho.c1 - Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto. 2 - À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho." (Ac. STF - Pleno - MV - Conflito de Jurisdição nº. 6.959-6 - Rel. (designado): Min. Sepúlveda Pertence - J. 23.5.90 - Suscte. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Brasília; Suscdo. Tribunal Superior do Trabalho - DJU 22.2.91, p. 1259).

Comentando tal decisão, observa Valdir Florindo:

[...] que não há, nem deve haver "dúvidas que o presente Acórdão representa a posição daquela Corte quanto a real competência da Justiça Laboral, não permitindo que as questões que advêm da relação de emprego sejam entregues à outra justiça, senão à Trabalhista. Absurdo seria imaginar que no decorrer do conflito trabalhista, uma questão de ordem civil fosse destinada à Justiça Comum. Não nos parece correto do ponto de vista lógico-jurídico. Penso que o objetivo é concentrar todo o conflito trabalhista numa só esfera judiciária, permitindo a solução de forma única e mais completa do dissídio, no caso da Justiça do Trabalho."[\[5\]](#)

Temos então que a competência material da Justiça do Trabalho é a qualidade jurídica ostentada pelos sujeitos do conflito intersubjetivo de interesses: empregado e empregador.

Consequentemente a circunstância de o pedido alicerçar-se em norma do Direito Civil, em si e por si, não tem o condão de afastar a competência da Justiça do Trabalho se a lide assenta na relação de emprego, ou dela decorre.

2.3. Competência da justiça do trabalho para julgar o dano moral.

Inicialmente, quando se fala em competência da justiça do trabalho para julgar o dano moral não se pode esquecer que o direito contratual do trabalho se destaca com o direito civil, existe, assim, uma zona cinzenta que dificulta o reconhecimento da competência entre a Justiça Comum e a do

Trabalho, nos casos em que se discute dano moral praticado por trabalhador ou pelo tomador dos seus serviços.

Sendo assim, o que necessita ser feito é a análise do dano moral ocorrido para constatar se a competência é ou não da Justiça do Trabalho.

Se a lesão é intentada contra a pessoa, enquanto cidadão, a competência será, inquestionavelmente, da Justiça Comum. Se, de outra forma, o dano é praticado contra a pessoa, enquanto empregado ou empregador, sendo, portanto, decorrente do contrato de trabalho, a competência será da Justiça laboral.

Dessa forma, para o dano moral ser da competência da Justiça do Trabalho, não é necessário a promulgação de uma lei específica aferidora de competência. Pois a expressão "na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho" diz respeito não à matéria, mas sim aos sujeitos da relação, que, obviamente, também deve ser oriunda de relações de trabalho.

Temos, então que a afinidade finalística do Direito do Trabalho – manter a honra, a harmonia e o respeito entre as partes contratantes – é um dos elementos justificadores para a atração do Dano Moral à sua esfera, uma vez que a proteção do trabalhador faz parte do conteúdo necessário ao contrato de trabalho e se integra como as outras múltiplas restrições do exercício da autonomia contratual.

Assim, o dano moral trabalhista se distingue absolutamente do dano moral civil, por que uma das partes encontra-se em estado de subordinação.

Só o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho se mostram adequados a dar conta e compreender as razões específicas da tutela do direito moral atribuídas ao trabalhador subordinado.

Conclui-se que os princípios sobre a responsabilidade, são de aplicação a todo o campo do direito, donde resulta que se estendem ao Direito do Trabalho. A proteção da personalidade do trabalhador é um dos deveres do empregador, compreendido no de previsão e, conseqüentemente, cabe a reparação do dano moral trabalhista, já consagrada pela jurisprudência. Assim, não há como não deixar de reconhecer que as disposições constitucionais sobre a reparação do Dano Moral têm aplicação no Direito do Trabalho, não se excetuando.

Vale mencionar, que as normas do Código Civil acerca da responsabilidade civil, são aplicáveis subsidiariamente no referido Direito Especial, pelo fato e não serem incompatíveis e, no caso de existir uma lacuna da Legislação Trabalhista.

2.4. Hipóteses que configuraram a ocorrência de dano moral trabalhista.

Com relação à constituição sistemática da relação de trabalho, entende-se que esta pode ser dividida em 3 fases distintas: Fase Pré Contratual, Fase da Execução do Contrato e Fase Rescisória ou Pós Contratual.

Vamos a elas:

2.4.1 Fase pré – contratual.

Nesta fase, o empregador busca obter o maior número de informações sobre os possíveis candidatos a um posto de trabalho na empresa. O empregador procura selecionar seus empregados, verificando suas aptidões profissionais.

Entretanto, há limites nesta investigação, não podendo ser invasiva, sob pena de violação da lei e/ou da intimidade do trabalhador. Deve ocorrer

um procedimento onde se colete somente informações, necessárias, com razoabilidade e pertinência.

Não são permitidos nesta fase os seguintes atos:

a) Atos Discriminatórios:

Com relação às transgressões, deve ser levantada a hipótese violada pela Lei 9.029/95, a qual proíbe “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego”, principalmente aquela que diz respeito à “exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez, para quaisquer fins”, estando susceptível à pena de responsabilidade pelo Dano Moral advindo, de acordo com a Lei 9.263/96.

Tal medida adotada pelas empresas contratantes resulta em desrespeito à intimidade ou vida privada, quando, por alguma hipótese da candidata se encontrar em estado gestacional (ou então, pela possibilidade da existência de tal condição, por haver esta última circunstância, a simples solicitação de atestado médico, para a verificação ou não, de tal condição).

Há também casos em que se é exigida exames para a verificação se o candidato à vaga é consumidor de álcool ou drogas. Este procedimento não é semelhante às realizações de exames no curso da relação trabalhista que prima pelo combate interno às drogas e alcoolismo, visando à recuperação dos funcionários que possam estar envolvidos neste tipo de situação.

A lei 9.029/95 proíbe tais procedimentos: exigência de atestado de gravidez e esterilização. Estes não só visando a admissão do candidato, como também para efeito de sua permanência na relação laboral.

O art. 1º da sugerida lei dispõe:

“Art. 1º: Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º: Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez;

II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

a) indução ou instigamento à esterilização genérica;

b) promoção de controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços de aconselhamento ou planejamento familiar realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde.

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Deste modo, por se tratar de ato reconhecidamente ilícito, nada impede que seja pleiteado reparação por dano moral.

b) Exames Grafológicos.

Este também é outro caso que se verifica a ocorrência de Dano Moral. Nele o empregador elege a aplicação de prova grafológica, com o escopo de desvendar o caráter e a personalidade do candidato ao emprego, praticando, assim, transgressão à tutela da intimidade, pois, utilizando-se da escrita, procura desvendar o caráter e personalidade de uma pessoa.

A grafologia implica em intromissão ilegítima, não podendo ser utilizado, como critério de seleção, nem mesmo com o consentimento do candidato.

c) Vida pessoal e opiniões pessoais

Da mesma maneira, as indagações e verificações sobre opiniões políticas, filosóficas ou religiosas do futuro candidato, da mesma forma sobre sua vida afetiva familiar, pois estas irão interferir em suas aptidões profissionais.

Para que, durante a entrevista, o empregador não invada a intimidade do candidato, devem-se formular questões diretamente vinculadas à sua aptidão profissional, essencial para realização das funções relacionadas ao cargo, tais como: experiências obtidas, certificados, diplomas, trabalhos anteriormente realizados e os motivos do desligamento da empresa, anteriormente contratante, bem como a capacidade profissional do requerente.

Todos os atos citados possuem reconhecidamente a possibilidade de existência de dano moral na fase pré-contratual, porém polêmica é a aceitação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar esses pleitos referentes a este período.

Desta maneira entendemos que somente por exceção é que se deve reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para o dano moral pré-contratual.

O período das tratativas para a eventual formação de um contrato de trabalho, ainda que possa estar propenso à ocorrência de danos morais, não deve estar sob a competência da Justiça do Trabalho pelo argumento dogmático de que inexistente, neste momento, a qualificação jurídica

necessária dos sujeitos, qual seja, a condição de empregadores e empregados.

Ou seja, ainda inexistem contratos preliminares, a competência desse modo deve ser, logicamente, da Justiça estadual comum, por não ter efetivamente uma relação de emprego após as tratativas.

Corroborando este posicionamento, veja-se o seguinte aresto jurisprudencial:

"Danos morais. Incompetência da Justiça do Trabalho. A recusa da admissão, mesmo repetida, por ex-empregador, não justifica a competência da Justiça do Trabalho, para apreciar o pedido de 'danos morais', sob o argumento de existência de um 'pré-contrato'. Incorrendo a figura mencionada na doutrina e, por isso mesmo, qualquer relação de trabalho ou de emprego com as reclamadas, a matéria não se encontra dentro da competência da Justiça do Trabalho, senão da Justiça Comum, para o processo e julgamento da questão. Exceção de incompetência julgada improcedente em primeira instância e mantida no juízo ad quem. Recurso do reclamante a que se nega provimento." (TRT 9ª Reg., 2ª T., RO 5.193/90, Rel. Juiz José Montenegro Antero, j. 25-7-1991, DJPR 06/09/91, p. 148.)

É preciso salientar, entretanto, que se afasta da competência da Justiça do Trabalho somente o dano ocorrido numa fase de negociações para a eventual constituição de uma relação de emprego, que não chega, portanto, a se concretizar.

2.4.2 Fase Contratual.

Há de se destacar que é reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para apreciação de pleito de reparação de dano moral decorrente

da relação de emprego, inexistente qualquer dúvida quanto às lesões ocorridas durante a execução do contrato de trabalho, ao contrário do que ocorre com as demais fases.

Conseqüentemente durante o período compreendido no desenvolvimento regular do contrato de trabalho, muitas hipóteses de danos causados ao patrimônio moral do empregado pelo empregador, podem ocorrer, notadamente em razão do constante estado de sujeição/subordinação do primeiro ao segundo, como também dos deveres de obediência e lealdade, que devem nortear a relação empregatícia. Podemos citar:

a) Rebaixamento funcional.

O artigo 468 da CLT deixa explícito que o rebaixamento funcional do empregado é inadmissível, havendo a possibilidade de rescisão indireta (art. 483, “e” da CLT).

Desta forma, durante a execução do contrato de trabalho, todos os tipos de benefícios existentes, tanto explícitos, quanto implícitos, sustentam-se no contrato de trabalho, passando a fazer parte do conjunto de direito e deveres que obrigam as partes.

O rebaixamento de cargo é injustificável, sendo sempre tal prática abusiva e nula. Se este for de forma pacífica, reconhecido como ato ilegal por parte do empregador, será cabível Ação de Reparação por Danos Morais, ocorridos pela prática de ato ilícito, por colocar o empregador em situação vexatória, acabando por ridicularizá-lo perante seus colegas de trabalho.

b) Assédio sexual.

Este incidente se verifica devido ao fato da facilidade que o ambiente de trabalho propicia uma aproximação entre as pessoas, quer em função prolongada da jornada de trabalho, como também pelo contato frequente imposto pelo desenvolvimento das tarefas cotidianas, até mesmo pelo processo natural de aferição entre homem e mulher.

Nada impede que neste tipo de convívio, colegas de trabalho tenham um relacionamento amoroso, nascido pelo conhecimento do comportamento e da personalidade do companheiro de trabalho.

Porém, podem ocorrer casos em que a paixão despertada em um, pode não ser correspondida pelo outro, mesmo que o interessado insista.

Se esta circunstância se verificar entre trabalhadores de nível hierárquico diferente e/ ou entre empregador e empregado, tendo um deles a capacidade de poder decidir sobre a permanência ou não da outra pessoa na empresa, bem como influir nas promoções de sua carreira. Tal conduta será caracterizada como assédio sexual, se esta ultrapassar os limites da razoabilidade, ou seja, se ocorrerem pressões ou ameaças (implícitas ou explícitas) com o objetivo evidente de obter “favores sexuais” daquele que está sendo assediado.

São elementos configuradores do assédio sexual: a conduta que tenha conotação sexual, que não haja receptividade, que seja repetitiva em se tratando de assédio verbal, dispensando a necessidade quando o assédio for físico, resultando num ambiente desagradável no trabalho, colocando o próprio emprego, atentando também contra a integridade e dignidade da pessoa. Este tipo de situação, desconfortável, gera humilhação, insulto e intimidação do subordinado.

Assim, se ocorrer à adoção de algumas destas condutas descritas, importando na transgressão da esfera da intimidade do assediado, será vislumbrada a ocorrência do dano moral, passível de concessão da correspondente indenização compensatória.

c) Monitoramento de e-mail

Esta é uma questão recente, tendo em vista os grandes avanços tecnológicos, pois a utilização do computador somado aos benefícios da internet e constas de e-mail são responsáveis por um grande fluxo de informações que economizam tempo, trazendo uma maior agilidade.

Entretanto existe outro lado, em que facilita perda de tempo e a ociosidade com a navegação em site de bate papo, e-mails contendo piadas, bem como anexos, os quais não estão relacionados com os tipos de trabalhos exercidos.

Para manter o controle do rendimento da empresa, é utilizado programas que possibilitam ao dirigente ter conhecimento do tempo despendido em site que não guardam correspondência com as respectivas funções e com a atividade da empresa.

Já o controle de e-mails, para muitos entendedores, é semelhante à proteção que as cartas fechadas possuem – art. 5º, XII, da Constituição Federal, que declara que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (...)”.

Portanto, a interceptação de dados, mesmo que relativos à comunicação efetuada na rede interna da empresa, praticada pelo

empregador, é ato criminoso. Isto se deve à segurança que o empregado sente ao se utilizar de uma “senha” de acesso, que garante somente a ele o acesso às mensagens a ele direcionadas.

Entretanto, outra corrente adotada na maioria das decisões pelo TST, preconiza que a fiscalização do empregador sobre as ferramentas de trabalho de seus funcionários não fere a garantia constitucional de sigilo de correspondências assegurada aos cidadãos.

O fundamento para tal posicionamento reside no fato de que o e-mail corporativo é de titularidade do empregador, e concedido ao empregado como uma ferramenta de trabalho, de forma que a fiscalização não viola a garantia do sigilo de correspondências.

Como já dito o posicionamento ora analisado vem se consolidando no TST, pois várias decisões se afigura no mesmo sentido e em situações semelhantes.

Vejamos:

ACÓRDÃO Nº: 20060929744

PROCESSO TRT/SP Nº:
01130200404702004

RECURSO ORDINÁRIO – 47 VT de São Paulo

RECORRENTE: 1. NESTLE BRASIL LTDA.

2. ROBERTO BICINERI PEREIRA

EMENTA: Correio eletrônico. Monitoramento. Legalidade. Não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail

corporativo, sobretudo quando o empregador dá a seus empregados ciência prévia das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico.

TRIBUNAL: 2ª Região

ACÓRDÃO NUM: 20060929744

DECISÃO: 09 11 2006

TIPO: RO01 NUM: 01130 ANO: 2005

NÚMERO ÚNICO PROC: RO01 - 01130-2004-047-02-00

EMENTA

Correio eletrônico. Monitoramento. Legalidade. Não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail corporativo, sobretudo quando o empregador dá a seus empregados ciência prévia das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico. DECISÃO - por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso da Reclamada, para excluir da condenação a indenização por dano moral e julgar a ação improcedente e negar provimento ao apelo do Reclamante. Custas em reversão, das quais fica o isento o autor, em face da declaração juntada a fls. 28.

d) Revistas Pessoais.

Conforme o art. 373-A, da CLT que dispõe:

“Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.”

Assim, é bem discutível tal questão visto que esta prática é o ponto máximo ante ao antagonismo existente entre o poder de controle e fiscalização do empregador e o direito do empregado à preservação de sua intimidade.

Grande parte da doutrina, somada às decisões dos Tribunais entende que a prática fere a dignidade do trabalhador, não devendo ser procedida.

Vejamos algumas decisões:

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: SEBASTIÃO ARNALDO MOREIRA

RECORRIDO: TRANSBANK SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA e DIGIPRO PROCESSAMENTO DE DOCUMENTOS DE VALORES LTDA

ORIGEM: 84a VARA DO TRABALHO/SÃO PAULO.

Ementa: Revista Íntima prevista em regulamento empresarial. Dano Moral caracterizado. A obrigatoriedade de o obreiro despir-se perante os demais colegas conduz ao procedimento patronal comprometedor da dignidade e violador da intimidade do trabalhador. A inserção de regras de conduta estabelecidas em regulamento próprio não excluem os direitos de personalidade do trabalhador. DANO MORAL – Realização de revista íntima. O eg. Tribunal Regional consignou que a reclamante era submetida a revistas cotidianas, nas quais lhe era demandado abaixar as calças até os joelhos e levantar a camisa até os ombros. O poder fiscalizatório do empregador de proceder a revistas encontra limitação na garantia de preservação da honra e intimidade da pessoa física do trabalhador, conforme preceitua o art. 5º, inciso X, da Constituição da República. A realização de revistas sem a observância dos limites impostos pela ordem jurídica acarreta ao empregador a obrigação de reparar, pecuniariamente, os danos morais causados. Precedentes do eg. TST. (TST – RR 1.565/2001-664-09-00.2 – 3ª T. – Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 20.08.200408.20.2004)

Ficou entendido então, que a revista íntima configura uma agressão ao patrimônio moral do empregado, repercutindo em pleito da indenização respectiva.

2.4.3 Fase da extinção do contrato de trabalho.

Em se tratando fase pós-contratual, existem inúmeras situações em que é assegurado o direito à indenização por dano moral. Pode ocorrer no ato da rescisão contratual, como também logo após esta. Tanto o empregador, como o empregado podem transgredir a esfera de defesa do patrimônio moral da parte contrária, ensejando assim a correspondente indenização compensatória.

Tantas são as hipóteses para ocorrência deste incidente, serão somente abordadas as de maior incidência:

a) Informações desabonadas ou inverídicas

Havendo solicitação de carta de referência do futuro empregador, bem como informações sobre a conduta do ex-funcionário no ambiente laboral, estas deverão ser as mais verdadeiras possíveis, limitando-se às funções desempenhadas, período de trabalho. Isto, de maneira que não seja tecido nenhum comentário acerca de aspectos íntimos ou pessoais, notadamente no que se refere aos fatos desabonadores, sob pena de caracterizar eventual lesão de sua honra subjetiva.

b) Anotação do motivo da dispensa na CTPS.

É desnecessária a anotação na carteira do ex-empregado, o motivo de seu desligamento. O empregador deve atentar-se ao fato de não lançar informações inverídicas ou desabonadoras, sob pena de vir, também, a gerar dano à honra desse.

c) Comunicação de abandono de emprego em órgão de imprensa.

Os elementos caracterizadores do abandono de emprego são: o elemento material, correspondente à ausência injustificada no emprego, num lapso temporal fixado pela jurisprudência em 30 dias e o elemento psicológico, consubstanciado na intenção de não mais trabalhar (“animus abandonandi”).

Para que o abandono seja efetivamente comprovado não basta a ausência injustificada do empregado há pelo menos 30 dias, é necessário que faça sua convocação, para que se apresente à empresa e retome suas atividades, em prazo razoável (sob pena de caracterização da debatida justa causa para rescisão contratual). O procedimento deve ser feito por meio de carta registrada, telegrama de confirmação de entrega, notificação extrajudicial ou qualquer outro meio que demonstre a efetiva cientificação do abandono de seu posto.

A publicação do abandono de emprego em jornais periódicos não comprova efetivamente a cientificação do empregado, pois não há como provar seu acesso a tal veículo. Além disto, esta publicidade de afastamento injustificado provoca lesão de cunho moral, pois é dever da empresa possuir todos os dados de seus funcionários, principalmente, residência/domicílio, onde possa ser encontrado.

Considerações Finais.

Como se verifica no todo exposto neste trabalho e cotejando a Constituição Federal, legislações ordinárias, jurisprudência e doutrina, apresentou-se de forma clara um conjunto de fundamentos essenciais para se traçar os relevantes aspectos da nova competência da Justiça do Trabalho.

Tudo isso para que não haja um desvirtuamento de sua essência e função, uma vez que não se pode extrair diretamente da Emenda Constitucional nº 45/04 tal certeza, pois esta não prescreveu claramente sobre a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar as ações relativas a fato ocorrido fora da relação de trabalho, mas que, com ele, guarde relação; mas tão somente como nas ações propostas por sujeitos que, por via reflexa, sofrera alguma lesão ensejadora de reparação.

Entretanto o ora trabalho se atentou mais a explicar sobre a competência entendida no art. 114, VI, da Constituição Federal, que é aquela proposta pela vítima direta do evento danoso – trabalhador ou empregador.

Assim, levando em conta todos os argumentos tecidos e entendimentos colacionados, conclui-se que a atribuição da competência à Justiça Comum para apreciar ações indenizatórias por dano decorrente de relação trabalhista não pode ser admitida; pois não se coaduna com o atual estágio em que se encontra o Judiciário Trabalhista.

Temos então que a atual competência da justiça do trabalho veio fortalecer esta enquanto instituição imbuída de apreciar todos os conflitos decorrentes do trabalho humano, de modo a preservar os valores sociais do trabalho conferindo dignidade e cidadania ao trabalhador.

Essa mesma alteração enfatiza a relevância social da Justiça do Trabalho como uma das mais importantes instituições de distribuição de renda no País, por facilitar o acesso do trabalhador à Justiça e impor maior respeito a todas as modalidades de trabalho prestado por pessoa física.

Sendo assim, a Justiça do Trabalho não serve para impedir um trabalhador que, sofreu alguma afetação ou dano em razão da relação

laboral, de pleitear seus direitos na Justiça do Trabalho, a nova competência desta Justiça deve ser analisada em harmonia com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e do acesso do cidadão à Justiça do Trabalho, de modo a alcançar todas as modalidades de prestação de trabalho humano exercido de maneira pessoal em face de um tomador ou empregador.

Não se pode e nem deve descartar assim a clara competência da justiça trabalhista na apreciação do dano moral. Afinal o trabalhador deve ter seu bem maior bem – qual seja – a honra assegurada e processada pela justiça trabalhista, cabendo ao juiz a tarefa difícil de aproximar o valor justo de reparação, e ninguém melhor do que os tribunais trabalhistas, impregnados de sentimento de Justiça social, para saber usar da medida adequada ao ressarcimento devido.

Portanto o dano moral deve ser um instrumento de coibição de abusos descabidos e muitas vezes exacerbados.

Em um ordenamento jurídico moderno e com forte apelo social e democrático o que se deve ter mais em conta é a dignidade da pessoa humana, como forma de valoração de uma nação justa e desenvolvida.

Referências.

ASSIS, Araken de. Indenização do Dano Moral. Palestra proferida, em 11.4.1997, no Simpósio "Direito Civil: Responsabilidade Civil e Família", realizado em Canela - RS, pela Editora Síntese. RJ no 236 - JUN/97.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei No 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BITTAR, Carlos Alberto. Danos Morais: Critérios para a sua Fixação. Boletim IOB no 15/93.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003

FERRARI, Irany. Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008.

FLORINDO, Valdir. O Dano Moral e O Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 1995

FRANÇA, Rubens Limongi. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Vol. 33.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009. LOMBREGART, Marcus Vinícius. Dano Moral nas Relações Individuais do Trabalho. São Paulo: Ltr: 2001

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Eduardo V. Oliveira. O Dano Pessoal no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O dano moral na Relação de Emprego. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

REIS, Clayton. Avaliação do Dano Moral. São Paulo: Forense, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel. Curso de direito processual do trabalho. 5.ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARAIVA, Renato. Processo do Trabalho - Série Concursos Públicos. 3ª ed. São Paulo: Método, 2007.

SANCHES, Gislene A. Dano Moral e suas Implicações no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997

SANTOS, Antonio Jeová. Dano Moral Indenizável. 2a. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.

NOTAS:

[1] Mini Códigos RT, 9ª ed., Editora Revista dos Tribunais. 2007.

[3] Mini Códigos RT, 9ª ed., Editora Revista dos Tribunais. 2007.

[4] NASCIMENTO, Amauri, Curso de Direito Processual do Trabalho. 16ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 100/101).

[5] FLORINDO, Valdir, Dano Moral e o Direito do Trabalho, 2ª ed., LTr Editora, São Paulo, 1996, p. 94/95.

A INEFICÁCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE À CRIMINALIDADE INFANTO-JUVENIL

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

RESUMO: O envolvimento de crianças e adolescentes no crime é um problema que vem tomando grandes proporções na sociedade e tem como principal responsável o desrespeito às normas que os norteiam. Nesse contexto, pode-se perceber uma série de situações cotidianas que contribuem para a ineficiência desses direitos, bem como a negligência das autoridades em remediar tais abusos. Por isso, é importante analisar a eficácia das leis que orientam o tratamento que deve ser dado às crianças e aos adolescentes, a fim de buscar soluções capazes de sanar o desrespeito aos seus direitos e, conseqüentemente, minimizar seus efeitos no aumento da criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Criança; adolescente; direito; criminalidade; sociedade; leis.

INTRODUÇÃO

A criminalidade sempre gerou uma série de problemas para a sociedade, mas é a redução da idade dos infratores que vem trazendo preocupação e causando problemas ainda mais danosos e de maior proporção, visto que, demonstra o descaso, a falta de estrutura e de organização do governo para lidar com os problemas que dão impulso a essa mazela.

Nesse sentido a análise sobre a aplicação das normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente torna-se um importante objeto de

estudo na compreensão desse fenômeno na sociedade, visto que, o aumento da criminalidade infanto-juvenil, pressupondo uma relação entre sua eficácia e sua adequabilidade fática, está associado a diversas mazelas existentes na sociedade.

Como pode ser observado, além da dificuldade de se obedecer aos direitos da criança e do adolescente através do simples cumprimento da lei, existem diversos problemas de caráter social, econômico e até mesmo político que impedem sua eficácia. Nesse sentido, o Estado assume uma série de responsabilidades que vão além da seara jurídica, permeando alguns setores da vida em sociedade.

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

Diante do exposto, pode-se perceber que o desrespeito aos direitos da criança e do adolescente, além de ser um tema bastante complexo para o próprio contexto jurídico, também apresenta uma série de fatores que ajudam a torná-lo ainda mais ineficaz diante da sociedade. Nesse sentido, entender as principais causas que contribuem para a inaplicabilidade desses direitos é o primeiro passo para a construção de soluções capazes de reduzir a amplitude da criminalidade, além de promover o bem-estar social.

1. FUNÇÃO DO ESTADO NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Muito se discute sobre o papel do Estado na aplicação do direito, por isso a análise dos aspectos históricos e sociais que norteiam tal tema é de extrema importância para a compreensão dessa discussão. Nesse aspecto, podemos perceber que o desenvolvimento do Estado e de suas funções foi de notável relevância para a organização das sociedades como um todo e para a compreensão dos problemas aqui apresentados.

Com a formação da sociedade, fez-se necessário a criação de um poder capaz de preservar os direitos e deveres firmados entre os homens objetivando, com isso, uma convivência pacífica e harmoniosa entre eles, nesse aspecto, Dallari aponta que “o Estado é um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa” (2007, p. 14). Nesse contexto, Carnelutti descreve o Estado como sendo uma “sociedade juridicamente ordenada” (2010, p. 55), ou seja, uma sociedade organizada através de leis e normas, por isso, também, Carnelutti afirma “O direito é a armação do Estado. O direito é o que se precisa para que o povo possa alcançar sua estabilidade” (2006, p. 16).

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

O Estado, além de criar normas que regem a sociedade é, também, responsável pela sua aplicação e eficácia, visto que, mais importante do que orientar punições e obrigações é promover o bem-estar de todos que nela

convivem e somente através do respeito às normas é que se consegue chegar a essa condição. Entretanto nem sempre o Estado consegue assumir seus poderes de forma a garantir a todos os direitos e deveres a ele inerentes na condução das sociedades o que gera uma série de críticas quanto a sua eficácia.

Nesse sentido, o Estado, como ente responsável pela organização da sociedade, deve sempre exercer seu poder através das leis por ele elaboradas primando sempre pela efetiva aplicação de suas normas a fim de garantir a proteção e o desenvolvimento saudável e seguro de todos os indivíduos que nele estão inseridos.

2. DESIGUALDADE E SUA RELEVÂNCIA NO AUMENTO DA CRIMINALIDADE

A desigualdade é um dos principais problemas existentes no Brasil. Oriunda de diversos fatores históricos, sociais e econômicos, ela, contribui para o aparecimento de uma série de mazelas nas sociedades, além de potencializar os efeitos dos problemas já existentes.

A desigualdade é caracterizada pelas diferenças existentes entre os indivíduos que vivem em sociedade, seja no aspecto econômico, social, ou mesmo, cultural. Vários são os motivos que levaram ao seu surgimento, sendo os mais conhecidos a má distribuição de riquezas, a debilidade do Estado em promover a efetivação dos direitos básicos aos seus cidadãos, a falta de emprego, entre tantos outros.

A desigualdade está presente tanto na área urbano quanto na zona rural. Em relação à área urbana a desigualdade pode ser facilmente notada ao se observar nas mais diversas cidades o contraste entre o cenário das favelas e dos grandes e luxuosos prédios lá construídos, além disso, a

distribuição de riquezas é outra marca da desigualdade e que vem fomentando diversas mazelas sociais, entre elas a pobreza, a fome, a criminalidade, entre outras.

Tal com se deu nas cidades a desigualdade também acomete o meio rural e, nessa perspectiva, é sabido que:

As marcas estruturais geradoras dos problemas do mundo rural são conhecidas: a propriedade da terra sob a forma de latifúndio e a dominação oligárquica-patrimonialista, no passado, mas que persiste de modo tradicional ou integrada com a modernização conservadora no presente (2007, p. 102 e 103).

Sob essa perspectiva e visando reduzir as desigualdades no campo, o Estado promoveu, através da Reforma Agrária, uma nova distribuição de terras com enfoque na função social da propriedade e na produtividade, o que deu origem a figura dos assentamentos, que são extensões de terra constituídas por diversos grupos de famílias e que tem por objetivo a redistribuição de terras para o seu melhor aproveitamento por famílias necessitadas. Nessa perspectiva, deve-se salientar o importante passo dado pelo Estado na busca pela redução das desigualdades no campo e pelo bem-estar dos que nele vivem, sendo cabível destacar a resposta dos assentados sobre a importância dessa conquista “todos afirmaram que não possuíam nenhum local para trabalho e que devido a esta chance de ser o seu próprio local para criar e cultivar alterou bastante a vida dos mesmos, onde ajudou a manter a família, criar filhos e obter alguns bens” (Projeto Integrador).

Entretanto, só a distribuição de terras não é suficiente para combater as desigualdades no campo, por isso, Maniglia afirma que “a reforma

agrária produz um assentamento com trabalhadores, sem condições de progredir, se as políticas públicas não estiverem voltadas para esse fim” (2009, p. 209). Nesse diapasão, o Projeto Integrador também revela a omissão do Estado em ajudar os agricultores em épocas de seca, “Revelam, eles, que não houve incentivo por parte do Estado, havendo, dessa forma, uma queda na renda familiar já que alguns assentados perderam parte da criação, (fonte de sustento), na época da seca”. Diante do acima exposto torna-se salutar compreender que o auxílio do Estado na promoção de políticas que busquem ajudar os pequenos agricultores a utilizarem suas terras a fim de torna-las produtivas e capazes de oferecer alguma renda para sua sobrevivência bem como a de sua família é um dos meios de se reduzir as desigualdades e os problemas que dela decorrem.

Mais importante do que entender as causas que propiciaram o aparecimento das desigualdades na sociedade é conhecer os seus reflexos, os quais podem ser bem piores. No meio rural, segundo Maniglia, a desigualdade

“é a responsável pela insegurança alimentar, pelas violações do direito à alimentação adequada, pela migração rural, pelo inchaço das grandes cidades pela violência urbana, pela destruição ambiental, pela miséria, pela baixa estima do brasileiro, que se envergonha de sua ruralidade” (2009, p. 176).

Assim como ocorre no campo, a desigualdade também contribui para o surgimento de diversos problemas nas cidades, sendo a criminalidade um dos reflexos mais destrutivos dessa realidade, pois como destaca Greco:

A incapacidade do Estado de fazer diminuir o abismo econômico entre as classes sociais permite o surgimento de um espírito de revolta que, com sua própria força, tenta, a todo custo, diminuir as desigualdades. O problema desse tipo de criminalidade é eminentemente social (...) (2011, p. 330).

A desigualdade provoca a segregação entre as pessoas que vivem em sociedade, e tal segregação só serve para fomentar ainda mais a criminalidade no país, pois a sociedade também precisa estar consciente do seu papel em promover o desenvolvimento de todos que nela se encontram. Analisando esse aspecto, Dimenstein afirma que: “sem promover o desenvolvimento das comunidades em seu entorno, o isolamento dos mais ricos só gera mais desigualdade e insegurança. Prova disso são os constantes arrastões a esses oásis de luxo” (2009, p. 27).

É notório o quanto a desigualdade prejudica uma sociedade, além de potencializar o aumento de muitos problemas sociais também contribui para o aumento da criminalidade no país, isso porque a falta de condições mínimas de sobrevivência limita, ou mesmo, impede que crianças, adolescentes e adultos façam escolhas saudáveis, determinando, na maioria das vezes, um futuro marcado pela criminalidade. Nessa perspectiva, é necessário que o Estado, bem como a sociedade auxilie no combate às desigualdades para que, assim, o país possa se desenvolver respeitando um dos direitos mais básicos previstos na Constituição, qual seja, a igualdade.

3. O PAPEL DA FAMÍLIA NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Um dos direitos garantidos à criança e ao adolescente é a convivência familiar e comunitária, pois é na família que esses jovens começam a construir seus valores, seus hábitos, seu caráter e a se relacionar com a sociedade, por isso, à família é atribuída determinadas funções que devem ser exercidas para que tais indivíduos possam se desenvolver de forma saudável, e segura dentro da sociedade.

Analisando sobre o conceito e a importância da família para o bom desenvolvimento do Estado, Stolze e Pamplona argumentam que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes” (2013, p. 44). Além disso, é através da família que a criança constrói as primeiras bases necessárias ao seu desenvolvimento em sociedade, daí se origina a grande importância de preservar essa instituição.

O fato é que, quando a família não cumpre com os seus deveres, por ação, omissão ou insuficiência de recursos, além da família, cabe ao Estado ou a sociedade garantir a efetivação dos interesses desses indivíduos, nesse contexto, o Estatuto da criança e do adolescente em seu art. 4º determina que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Entretanto, tais determinações não acontecem na prática, o que traz uma série de consequências, inclusive a potencialização da criminalidade infanto-juvenil, nesse contexto, Greco argumenta que:

Uma família na qual seu mantenedor não tem emprego, não possui casa própria ou, mesmo, um endereço fixo, em que seus membros, quando adoecem, são abandonados à própria sorte pelo Estado, em que os filhos não podem ser educados em escolas dignas, as crianças são desamparadas, usadas como ferramentas no ofício da mendicância; enfim, enquanto houver tantas desigualdades sociais, a tendência será o crescimento da criminalidade (...) (2011, p. 329).

Por isso, é oportuno salientar que sendo a família uma instituição tão necessária ao desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes, ela deve ter seus direitos respeitados e assegurados a fim de promover o desenvolvimento de todos que dela fazem parte, para que de suas deficiências não surjam consequências ainda piores como é o caso da criminalidade entre menores.

4. A INEFICÁCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE À CRIMINALIDADE INFANTO-JUVENIL

O Estatuto da criança e do adolescente é um conjunto de normas que retrata com maior especificidade e cuidado sobre as questões envolvendo crianças e adolescentes, embora a atual Constituição Federal também ponha a salvo alguns de seus direitos e garantias. Nesse contexto, o Estatuto

orienta diversas condutas necessárias à prevenção da criminalidade infanto-juvenil, além de repreender as condutas ilícitas praticadas por eles ou contra eles.

Como preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 3º:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nesse contexto, podemos perceber que tais indivíduos possuem uma série de direitos resguardados para que eles possam crescer e se desenvolver de acordo com suas necessidades mais básicas. Mas, mesmo com todos esses direitos a realidade é bem diferente e não há respeito a essas normas fato que acaba contribuindo para o aumento da criminalidade.

A falta de uma estrutura adequada por parte do Estado na efetivação dos direitos mais básicos dos cidadãos é uma das principais causas do aumento da criminalidade, pois, além de acentuar as desigualdades, gera diversos problemas sociais que acabam colaborando com essa mazela. Um exemplo claro é a má distribuição de renda, visto que, poucos detêm grande parte da riqueza do país enquanto muitos vivem com apenas um salário-mínimo ou até menos, fato que impossibilita o desenvolvimento saudável

desses indivíduos e impedem que tenham acesso a uma série de direitos que a lei orienta como a educação, a saúde, o lazer, a alimentação, entre outros.

O Estatuto da Criança e do Adolescente baseado nas diretrizes traçadas pela Constituição busca minimizar o efeito desses problemas assegurando em seus artigos maiores garantias de proteção a esses indivíduos, a fim de possibilitar seu desenvolvimento. Por isso, é dele também a obrigação de orientar as punições que devem ser aplicadas a tais indivíduos em caso de transgressão.

É preciso destacar que para os efeitos jurídicos, segundo o ECA, art. 2º, considera-se criança o indivíduo até doze anos incompletos e adolescente até os dezoito anos incompletos. Nesse sentido, pode-se perceber que a lei estabelece uma série de diferenciações entre o tratamento que se deve dar a uma criança e um adolescente que cometem uma infração em relação a um adulto, visando principalmente preservar sua integridade física e psicológica, a fim de possibilitar sua ressocialização.

As medidas sócio-educativas estão previstos no art. 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente e servem para orientar as punições necessárias à correção dos menores infratores, por isso, elas obedecem a uma série de quesitos para sua aplicação a fim de possibilitar a ressocialização dos menores transgressores.

Tais medidas objetivam punir as ações delitivas dos menores infratores, levando em consideração suas limitações e necessidades a fim de buscar, principalmente, a ressocialização desses indivíduos ao meio social. Entretanto, o descaso das autoridades em proporcionar o uso adequado dessas medidas, bem como a omissão do Estado em promover programas assistenciais que ajudem a afastar os jovens da delinquência

acabam fazendo com que tais medidas não gerem a eficácia necessária para o cumprimento desses objetivos fato que contribui para o aumento da criminalidade, nesse sentido, Rovinski afirma, “Após 18 anos de existência do ECA ainda são poucas as unidades socioeducativas de internação que apresentam programas pedagógicos e estrutura adequados para a reintegração do jovem à sociedade” (2009, p. 171).

Ainda em relação a esse contexto Graco menciona que, “No Brasil, infelizmente, esses menores são tratados como animais, sendo constantemente espancados e torturados pelos funcionários encarregados da sua vigilância e, muitas vezes, violentados, sendo obrigados a com eles manter relações sexuais” (2011, p. 279). Diante disso, pode-se perceber que existe uma lacuna muito grande entre o que a lei orienta e a forma como ela é aplicada concretamente o que se reflete diretamente na sua eficácia, sendo assim, não basta apenas criar normas é necessário oferecer a elas os mecanismos necessários a sua eficiência e validade.

Por isso, mais importante que elaborar alternativas para punir os jovens infratores é promover ações que impeçam sua entrada na criminalidade, sobre essa questão já previa Beccaria que “a maneira mais segura, porém ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos propensos à prática do mal, é aperfeiçoar a educação” (2011, p. 100). Nesse sentido, o autor acreditava ser a educação a principal arma na luta pela eliminação da criminalidade, embora também tivesse consciência que colocá-la em prática seria uma tarefa difícil e cheia de barreiras.

A partir do que foi exposto podemos perceber que há uma série de deficiências que impedem a efetividade das normas que regulam os direitos das crianças e dos adolescentes na sociedade, tais deficiências

comprometem o desenvolvimento desses indivíduos, além de estimularem graves consequências, nessa perspectiva podemos citar o aumento da criminalidade. Diante disso, é preciso destacar o papel do Estado em promover as melhorias necessárias ao melhor desempenho dessas normas, bem como a sua fiel aplicação, pois somente através da observância de tais ações é que o Estado conseguirá cumprir com o objetivo proposto pelas normas descritas no ECA, sendo elas, a proteção integral e adequada à criança e ao adolescente.

CONCLUSÃO

O Estado é responsável pela elaboração das leis, mas, além disso, é dele, principalmente, a obrigação de torna-las aplicáveis e efetivas dentro da sociedade. Nesse sentido, ele deve auxiliar no desenvolvimento de normas que atendam a realidade social, para que sua utilização atinja os objetivos para os quais foi criada.

O aumento da criminalidade entre menores está intimamente relacionado à ineficácia das normas, visto que, sua aplicação inadequada gera uma série de problemas estruturais e sociais os quais se convergem na potencialização dessa mazela. Nesse sentido, temos as desigualdades sociais e os desequilíbrios familiares causados pela omissão do Estado em promover o adequado funcionamento da lei, como importantes meios desencadeadores dessa criminalidade. Por isso, é dele a responsabilidade de dirimir tais problemas.

Não é fácil encontrar soluções capazes de sanar as mazelas que tanto prejudicam o bom funcionamento da sociedade, mas cabe ao Estado fornecer os meios adequados para sua redução. Sob essa perspectiva é preciso reconhecer que fomentar a educação bem como todos os meios

necessários para o seu exercício é, sem dúvida, o primeiro passo para a construção de um país livre de tantas misérias, tantos desrespeitos e, conseqüentemente, livre da criminalidade seja por parte dos adultos, seja por parte dos jovens.

Destarte, pode-se concluir que o Estado precisa investir em programas de assistência, educação e projetos geradores de renda e de emprego que tenham o objetivo de oferecer melhores condições de vida a crianças e adolescentes, bem como para suas famílias a fim de estimular o desenvolvimento desses indivíduos na sociedade, pois fazendo isso, o Estado, além de contribuir com a redução das desigualdades, também proporcionará a redução de outros problemas impulsionados por ela, a exemplo, a criminalidade infanto-juvenil.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 6ª ed. – São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

BELFIORI-WANDERLEY, Mariangela; BÓGUS, Lúcia; YAZBEK, Maria Carmelita. **Desigualdade e a questão social**. - 2 ed. rev. e ampliada – São Paulo: EDUC, 2007.

CANELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. 1ª ed. – Campinas: Russell Editores, 2006.

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

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

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil**. 23ª ed. – São Paulo: Ática, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MANIGLIA, Elisabete. **As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes. **Psicologia Jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção**. 1ª ed. – São Paulo: Vetor, 2009.

ADPF 54 - ANENCEFALIA: ANÁLISE DO JULGAMENTO SOB A ÓTICA DOS DEBATES CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS

MARIANA FONTOURA DA ROSA: Estudante de Direito da Universidade de Brasília.

Resumo: O presente artigo aborda a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que versa à respeito da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos. A análise de tal caso demonstra os diversos fatores que foram fundamentais para a resolução do caso, envolvendo principalmente a análise dos direitos fundamentais dos indivíduos, da proteção dos direitos das mulheres e ainda a abrangência da laicidade do Estado, questão muito debatida no contexto do julgamento do caso. A análise da argumentação utilizada pelo STF demonstra a importância desses fatores para a resolução do caso.

Palavras-chaves: anencefalia, ADPF nº 54, direitos fundamentais, constitucionalismo, laicidade, democracia.

Introdução

No dia 12 de abril de 2012 o Supremo Tribunal Federal entendeu ser admissível a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, que versa à respeito da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos. Em 17 de junho de 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS – formalizou a arguição de descumprimento de preceito fundamental ora em análise, se apoiando em artigos constitucionais que expressam os direitos fundamentais; portanto no período de 2004 a 2012 o STF analisou a possibilidade de legalização da antecipação terapêutica

do parto de fetos anencefálicos. Esse julgamento causou uma movimentação grande da sociedade brasileira, diversos grupos divergentes se sentiram atingidos pela possibilidade de legalização desse tipo de procedimento, o que abriu diversas discussões à respeito de aspectos considerados fundamentais para o julgamento.

Foram postas em discussão questões de difícil análise e consenso, como quando começa a vida, a proteção dos direitos das mulheres e seu prevalecimento sobre os supostos direitos do feto, o prevalecimento da vontade da maioria da sociedade brasileira ou na minoria atingida diretamente por essa questão e ainda a laicidade do Estado e o quão ela realmente é implantada.

Nesse artigo, discutir-se-á os aspectos propriamente jurídicos do caso, como os direitos fundamentais postos em questão, a proteção dos direitos das mulheres e o prevalecimento da vontade das mulheres que se encontram nessa situação sobre a vontade da maioria e ainda a laicidade do Estado.

Do caso

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), em 17 de junho de 2004, formalizou a arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 54; a ADPF trata sobre a possibilidade de legalização da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. A CNTS, que foi representada pelo atual Ministro do STF Luís Roberto Barroso, encabeçou a sua argumentação nos preceitos dos artigos 1º (III), 5º, 6º e 196 da Constituição Federal Brasileira e artigos 124, 126 e 128 do Código Penal.

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

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, (...)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário

às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (Brasil, Constituição Federal)

A CNTS argumentou no sentido de afirmar que os juízes e tribunais estariam, baseados no Código Penal e em detrimento da Constituição, decidindo pela proibição da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos. De acordo com a CNTS, a antecipação terapêutica do parto não constitui aborto, por não ser esse um procedimento que envolva vida extrauterina em potencial, visto que a patologia em questão é caracterizada pela má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico, sendo fatal em 100% dos casos e não havendo a possibilidade de vida extrauterina, nem intervenção cirúrgica capaz de reverter o caso. A CNTS defendia, então, que esse procedimento não fosse tipificado como aborto e crime, mas sim como um procedimento médico amparado em princípios constitucionais como o direito à dignidade, à liberdade e à saúde da mulher.

Como parte da argumentação também foi utilizado argumentos médicos referentes a certeza científica da impossibilidade da vida extrauterina do feto, a certeza que a probabilidade de um falso diagnóstico por meio da ecografia é praticamente nula, conferindo ao médico segurança para efetuar o procedimento, e além disso a proteção à saúde da mulher, exaltando a possibilidade de danos psicológicos e físicos à gestante no caso da proibição da antecipação terapêutica do parto.

Essa ADPF proposta pela CNTS despertou o interesse, direto e indireto, de diversas pessoas e grupos, entre eles grupos religiosos, médicos e mulheres. Os grupos religiosos, representados majoritariamente pela CNBB, condenaram a ADPT por considerarem que a Confederação estaria tratando o feto como um objeto e não como um ser humano e ainda, se posicionaram contra qualquer espécie de aborto. As mulheres não possuem um posicionamento homogêneo, existindo aquelas que defendem a antecipação do parto e o prevaletimento dos direitos das mulheres e por outro lado aquelas que defendem o feto. Os médicos, defendem a antecipação do parto pois isso conferiria maior segurança à gestante, levando em conta que a gravidez de feto anencefálico é de risco e ainda não sendo o feto uma vida em potencial, a saúde da gestante deve prevalecer. A CNTS afirmou ainda que essa ADPF, caso fosse aprovada, não causaria a obrigação de aborto àquelas que não o desejam, apenas possibilitariam que as mulheres que se encontrassem nessa situação tivessem uma opção.

No dia 12 de abril de 2012, após 8 anos de análise, a ADPF foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Por 8 votos a 2, o aborto de fetos anencefálicos foi legalizado. Dentre os ministros, Cezar Peluso foi um dos únicos a se posicionar contra a legalização do aborto e, em seu voto, levou em consideração os direitos do feto. Ele afirmou que o feto anencefálico estava sendo reduzido à condição de lixo e de coisa imprestável e alegou que seus direitos e sua dignidade não estavam sendo levados em conta. O Ministro afirmou que o caso é claramente uma discriminação, no qual os direitos da mãe são considerados superiores aos do feto e que ainda este

é condenado à pena de morte sem ter ao menos a mínima chance de se defender. O outro ministro a se posicionar contra a antecipação terapêutica do parto foi Ricardo Lewandowski, que afirmou em seu voto que “não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.”

Quanto as demais Ministros, eles votaram a favor da legalização da antecipação terapêutica do parto pois não consideraram o procedimento como configurando aborto já que ele não representa uma vida em potencial; o Ministro Marco Aurélio afirmou ser o feto “juridicamente morto, não gozando de proteção estatal”.

Dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais presentes na Constituição são vertentes dos direitos humanos proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão; o estabelecimento e o respeito à esses direitos é um processo em constante evolução. Os direitos humanos e sua Declaração foram baseados em uma afirmação de auto evidência desses direitos, mas em casos com esse é claro que esses direitos não são tão evidentes assim; esses direitos para serem efetivos precisam que todos os seres humanos os possuam igualmente. Para esses direitos se tornarem

efetivamente evidentes necessita-se que eles ressoem dentro de cada indivíduo de forma que sejam partilhados por todos; esses direitos dependem do domínio de si mesmo e de que todos os outros são igualmente senhores de si para assim serem respeitados, e não questionados.[\[1\]](#)

A análise do STF à respeito da referida ADPF deu ensejo a diversos debates, uma questão fundamental que foi posta em discussão é a dos direitos fundamentais da mulher, e até mesmo os do feto. É evidente que direitos constitucionais das mulheres grávidas de feto anencefálico estão sendo gravemente infringidos ao não se permitir que elas realizem o procedimento médico aqui referido. Direitos como direito a saúde, a liberdade e a dignidade são direitos básicos de qualquer ser humano e que não devem ser feridos de forma alguma; todos os seres humanos tem o direitos de possuírem esses direitos e poderem usufruir deles da melhor forma que lhes convém. Qual seria o propósito dos direitos fundamentais impostos da nossa Carta Magna se eles fossem tão frágeis e tão facilmente infringidos?

Nesse caso, além dos direitos fundamentais das mulheres, discutiu-se sobre os direitos do feto, muitos alegavam que assim como a mulher deve ter os seus direitos respeitados, o feto também, assim não seria coerente privar o feto do direito mais fundamental de todos os seres humanos que é o direito a vida, independente da duração dessa vida. Esse ponto ensejou uma polêmica, já que não se sabe e não se tem consenso sobre quando começa a vida, se é na concepção, ou depois de algumas semanas de gestação ou apenas no nascimento.

Levando em conta esse aspecto, surgiu o questionamento de quando o feto passa a ter efetivamente os seus direitos, não há definido no ordenamento quando que o feto passa a possuir direitos efetivos. Há um projeto de lei, chamado de “Estatuto no Nascituro” que tenta elucidar e proteger esses direitos, ele define o nascituro como sendo o feto ainda não nascido e atribui proteção jurídica a seus direitos desde a concepção, independente da sua expectativa de vida extrauterina; esse projeto é visto, por parte da população, como um grande retrocesso à conquista dos direitos das mulheres. Independente desse projeto de lei, a maioria dos Ministros se posicionaram a favor do prevalecimento dos direitos das mulheres, por não haver bem jurídico a se proteger em caso de feto sem expectativa de vida extrauterina; Cezar Peluso, porém, afirmou que ao permitir esse procedimento estava-se reduzindo o feto ao lixo e não considerando seus direitos à vida e a dignidade.

Posto isso, observa-se que esse caso levantou questionamentos a respeito dos direitos fundamentais. Questionou-se o direito à vida do feto, mas como o feto anencefálico não é considerado uma vida em potencial, prevaleceram os direitos da mulher; contraditório seria se a decisão tivesse sido outra, visto que os direitos da mulher prevaleceram mesmo em casos em que envolve vida potencial do feto, como nos casos de estupro, nos quais o aborto foi permitido.

Analisando essa questão no presente caso, fica claro que os direitos, tantos os fundamentais quanto os afirmados na Declaração, não são tão evidentes como se afirmam. Se assim fossem, essa questão não precisaria estar em julgamento por se tratar da privação de diversos

direitos fundamentais da mulher. Visões e posicionamentos diferentes contidos na sociedade não servem como justificativa para o desrespeito de qualquer direito pertencente ao ser humano; uma vez que mesmo havendo dogmas seguidos por considerável parte da população, também há direitos constitucionais que devem ser seguidos independente dos ideias majoritários da população.

Ao colocar em questionamento esses direitos e ao se possuir uma lei como a do aborto que priva direitos fundamentais das mulheres, mostra-se que esses direitos não são evidentes e não estão representados e inseridos na sociedade como deveriam. A mulher grávida de feto anencefálico é privada de seus direitos, como direito à dignidade e a saúde, direitos esses que deveriam ser respeitados pela sua suposta auto evidência e por se tratar de direito fundamental. Os direitos fundamentais presentes na Constituição devem prevalecer sobre qualquer legislação e sobre qualquer posicionamento divergente da sociedade, não se pode permitir que dogmas religiosos, e leis, como a de proibição do aborto, afetem direitos da Constituição, até mesmo pela própria hierarquia constitucional. Os direitos humanos e fundamentais devem ser o ápice e o pilar de todos os ordenamentos jurídicos, eles devem ser respeitados independente de qualquer questionamento moral e opiniões divergentes e independente de qualquer legislação hierarquicamente inferior.

Da democracia e do constitucionalismo

Em seguida, analisar-se-á outro questionamento relevante que pode ser feito observando o julgamento, o referente a democracia e o constitucionalismo. Democracia e constitucionalismo são duas palavras

comumente usadas em conjunto, no entanto, elas escondem uma verdadeira tensão entre si. Enquanto a democracia se caracteriza como sendo o governo do povo, dominado pela regra da maioria, o constitucionalismo seria uma proteção aos direitos da minoria, agindo diretamente contra a vontade da maioria. Desse modo, elas representam verdadeiros opostos, uma tensão que precisa de um equilíbrio para que nenhuma parte da sociedade seja prejudicada e tenha seus direitos afetados.

No caso em análise pode-se ver claramente o conflito entre democracia e constitucionalismo; o debate foi aberto a diversos grupos que se posicionavam de formas diversas à respeito dele, sendo assim, a qual grupo deve ser dada a razão? Àquele que se considera e que é visto como sendo a maioria e que por isso defende que deveria sair vencedor nessa discussão ou aquele grupo que no caso é o minoritário e entrou nessa discussão para defender e lutar pelos seus direitos?

A democracia é o governo do povo, é o que se chama de auto-governo, permitir que o povo, em sua maioria, decida qual será o seu destino. Porém esse método, apesar de ser visto como sendo o mais indicado, esconde uma ameaça; esse método pode não ser o mais seguro, ele necessita de muita precaução na sua implementação para não permitir que essa democracia vire uma tirania da maioria e assim oprima e não permita que as parcelas minoritárias da população sejam prejudicadas em seus direitos^[2]. No caso presente, observa-se esse pensamento democrático do prevalecimento da vontade da maioria na argumentação dos grupos religiosos, os quais defenderam ser contra qualquer tipo de

aborto e que sua posição deveria ser fortemente levada em consideração pois a sociedade brasileira é predominantemente religiosa, sendo assim majoritariamente contra o aborto, e que mesmo o Estado sendo laico a decisão deveria ser tomada de forma a fazer prevalecer a vontade da maioria.

Do outro lado da tensão surge a ideia de constitucionalismo, ela surgiu para proteger o direito das minorias contra as imposições das majorias, para cumprir o que se propôs, ele deveria limitar o governo democrático. O constitucionalismo faz uso da Constituição para assegurar o respeito aos direitos daqueles que não são protegidos pelas majorias da sociedade. Ele surgiu, então, como uma forma de implantar barreiras à democracia, de forma que esta não se torne excessiva a ponto de se tornar uma tirania da maioria. A maioria também necessita de proteção aos seus direitos, mas como a democracia tornou a voz da maioria, de certa forma, mais evidente do que a da minoria, precisou-se criar um mecanismo que resguardasse esses direitos e interesses das minorias e para impossibilitar que elas fosse “engolidas” pelas minorias.

Nesse presente caso, o constitucionalismo é visto do lado daqueles que defendem a legalização do procedimento médico aqui em questão, o constitucionalismo se torna fundamental para a manutenção dos direitos daquelas que se veem prejudicadas por estarem grávidas de um feto anencefálico, visto que diversos direitos constitucionais seriam infringidos ao não permitir que essas mulheres realizassem o procedimento de antecipação do parto. A maioria da população se posicionou contra essa possibilidade, mas ao fazer isso estavam deixando de lado alguns dos

direitos mais fundamentais dessas mulheres, o direito a saúde, a liberdade, a dignidade e a autonomia da vontade. Seria uma negação da própria Constituição proibir o procedimento nesses casos, uma negação dos próprios direitos fundamentais presentes na Constituição Federal. Um posicionamento considerado democrático que não respeita os direitos de todos os cidadãos não pode prevalecer, no momento em que um direito fundamental de qualquer cidadão seja ferido por posicionamentos democráticos a balança entre constitucionalismo e democracia tem que pender para o lado constitucionalista.

Percebe-se, então, que nesse referido caso o constitucionalismo foi fundamental para a legalização do procedimento em questão. Se não fossem as garantias constitucionais, a minoria aqui considerada não teria tido os seus direitos tão fortemente levando em questão e garantidos, visto que a tendência seria uma decisão conforme a vontade da maioria, baseada na democracia. Conclui-se, portanto, que no presente caso, houve um prevalecimento do constitucionalismo à democracia, tendência esta cada vez mais comum no mundo atual, que vem tomando decisões apontando para a percepção que os direitos das minorias devem ser igualmente protegidos quanto os das majorias, e assim, se encaminhando para o reconhecimento cada vez maior dos direitos das minorias.

Da laicidade do Estado

Por fim, é importante abordar a questão da laicidade do Estado e como ela é aplicada na prática. É indubitável que muitos argumentos contra o aborto e contra esse procedimento de antecipação terapêutica do parto advém de grupos religiosos, mas um Estado que se considera

laico não pode ter legislações e decisões baseadas em dogmas religiosos. O Estado brasileiro teoricamente é laico, mas de fato é evidente os rastros de argumentos morais religiosos no nosso ordenamento jurídico. Apesar do Estado ser laico ainda temos crucifixos em prédio públicos, feriados religiosos, o inscrito “Deus seja louvado” nas nossas cédulas, então o quão laico o nosso Estado realmente é?

A laicidade passou a ser um dos fundamentos do Estados ocidentais, nos séculos passados havia uma forte ligação e dependência entre Estado e Igreja mas, com o passar do tempo ocorreram diversos conflitos entre as duas instituições. Com o desenvolvimento do direito e políticas modernas passou a ser evidente a necessidade de um Estado desvinculado da Igreja, e assim, após um longo processo, a separação Estado-Igreja foi sendo adotada no mundo ocidental. A laicidade do Estado implica em arranjo político no qual a liberdade de consciência é garantida pelo Estado, que é neutro em relação a crenças e diferentes concepções de vida existentes da sociedade. O Estado laico permite qualquer tipo de crença dentro da sociedade (Art, 5, inciso VI, CF), porém ele não adota nenhuma crença pra si mesmo, a política e o governo são exercidos pelo Estado e não pela Igreja, desta forma nenhuma de suas decisões devem ser baseadas em preceitos ou dogmas de alguma religião determinada.

Em relação ao presente caso, observa-se essa questão na argumentação da CNBB. A CNBB é uma das maiores representantes da crença cristã, e adotou no seu posicionamento argumentos fundados nos dogmas religiosos; se posicionando contra qualquer tipo de aborto e

argumentando que a vida do feto começa desde a concepção, tendo o feto direitos a serem respeitados. Ademais, a CNBB ressaltou que a sociedade brasileira é composta por maioria cristã, sendo a sociedade predominantemente religiosa e portanto esse posicionamento deveria ser fortemente considerado.

Observando o princípio da laicidade do Estado, esse argumento da CNBB se torna fraco. O fato de uma crença ser compartilhada por um grupo de pessoas, não significa que ela seja razoável e aceitável para a esfera pública de um Estado plural e laico, independente da sociedade ser predominantemente religiosa, um Estado laico não deve motivar nenhuma de suas decisões em crenças religiosas, mesmo que estas representem o pensamento da maioria da sociedade, para não impor crenças àqueles que não as compartilham.

A laicidade do Estado é fundamentada justamente nesse ponto, no que ninguém deve ser submetido a normas impostas por determinada crença, e nenhuma crença deve prevalecer politicamente. No Estado Democrático de Direito, que pretende proteger não só a maioria, como a minoria também, não há espaço pra que crenças religiosas sejam transformadas em lei, já que a nossa democracia é baseada na pluralidade e tolerância.

O aborto, no âmbito do Estado, deve ser analisado sendo considerado o ordenamento jurídico e seus princípios e não dogmas de qualquer religião; apenas é aceitável a proibição do aborto se esta estiver de acordo com as leis e normas do Estado e estiver se estabelecido com base nelas, não se pode justificar argumentos jurídicos baseados em

premissas religiosas mesmo que estas estejam disfarçadas em formas de lei. Essas questões tratadas pelo Estado são questões de natureza política e jurídica, não havendo o cabimento da interferência religiosa em um âmbito no qual ela não tem competência para legitimar e motivar nenhuma decisão.

Assim visto, em um Estado Democrático de Direito que se declara laico não é aceitável que nenhuma decisão seja estabelecida com base em fundamentos religiosos, mesmo que esses encontrem-se camuflados. O que tem que ser feito é desvincular totalmente a esfera estatal da esfera religiosa, fato esse, que ainda precisa ser constantemente trabalhado no Direito Brasileiro, por não ser difícil encontrar leis, decisões e posicionamentos políticos estritamente ligados à algum dogma e posicionamento pertencente à alguma religião

Conclusão

Por meio dos pontos levantados nesse trabalho, conclui-se que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal foi acertada. Ao se declarar a favor do procedimento em questão, o STF se posicionou a favor da proteção dos direitos do interessado pela aprovação do mérito da questão. Os três pontos aqui referidos, direitos fundamentais, constitucionalismo e laicidade, foram fundamentais para o desenrolar do julgamento.

Os direitos fundamentais foram importantes para determinar a proteção dos direitos das mulheres instituídos na Constituição, em desfavor à lei do Código Penal, que incrimina o aborto; a decisão no sentido de prevalecer os interesses da mulher aos do feto também foram

acertados na medida que deve ser efetivamente protegido um bem jurídico real, e não vida que nunca se concretizará. A respeito do constitucionalismo, essa é uma tendência crescente no mundo atual, a de se proteger as minorias e reconhecer os seus direitos para dessa forma se ter uma sociedade mais igualitária, da mesma forma que nesse ano ocorreu o julgamento do casamento gay em diversos países, o julgamento da anencefalia foi igualmente uma forma de se procurar proteger os direitos daqueles que estão sendo desfavorecidos na nossa sociedade, ainda muito conservadora e influenciada por posicionamentos morais religiosos. Por fim, a laicidade é requisito básico de qualquer Estado Democrático e Constitucional que objetive uma sociedade livre e igualitária, visto que a presença de uma religião que impõe seus dogmas a sociedade é fator que geraria forte preconceito, desigualdade e injustiça.

Conclui-se assim, com a análise dessa caso, que esses três pontos devem ser requisitos essenciais que devem prevalecer em embates e decisões jurídicas. O Estado deve proteger os direitos fundamentais da sua população acima de qualquer outra questão, proteger a população na sua totalidade e não apenas a maioria, incluindo atos que transformem os direitos das minorias em direitos mais evidentes e inquestionáveis e ainda tomar as suas decisões de forma a não favorecer nenhum tipo de dogma que está inserido na sociedade; tomando assim, uma decisão racional, legítima e desvinculada de fundamentos morais religiosos.

Como afirmado no decorrer do trabalho, e pegando como exemplo o julgamento em análise, conclui-se que os princípios fundamentais precisam ser melhor inseridos e reconhecidos pela sociedade no geral,

como também a questão da laicidade do Estado, que apesar de estar formalmente inserida, na prática percebe-se que ela não é executada da forma que deveria, e ainda o constitucionalismo, que representa um grande passo na luta por uma sociedade igualitária e sem desigualdades.

O julgamento na anencefalia foi um julgamento que utilizou-se desses três requisitos de forma positiva para decidir a questão da melhor forma possível, assim decidindo pelo caminho mais justos para o Estado como um todo. Com esse julgamento essas questões voltaram a ser discutidas pela sociedade e se fortaleceram com a decisão. Mas ainda é necessário, trabalhar nesses três aspectos para eles se tornarem inquestionáveis e evidentes na sociedade, para, dessa forma, decisões melhores fundamentadas e mais justas serem tomadas.

Bibliografia

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 13-33,

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito. Trad. Fernando Gomes; Paulo Roberto Magalhães. *Cadernos da Escola Legislativa*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 11-26, jan./jun. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 127-159.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo ? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 3ª ed. 2003. p. 47-81.

Diniz, Debora. Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil. Disponível em

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200019&lng=pt&nrm=iso>

Giumbelli, Emerson. As fronteiras da laicidade. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092012000200014&lng=pt&nrm=iso>

Brasil, Constituição da República Federativa. 1988.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>

NOTAS:

[1] HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia das Letras, 2009

[2] ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Trad. Fernando Gomes; Paulo Roberto Magalhães

ANOTAÇÕES AO INVENTÁRIO NACIONAL DOS BENS CULTURAIS MUSEALIZADOS: PONDERAÇÕES À RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 01/2014 DO MINISTÉRIO DA CULTURA

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 Inventário Nacional dos Bens Culturais Musealizados, instituído pela Resolução nº 01/2014 do Ministério da Cultura. 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 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. 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. Inventário Nacional. Bens Culturais Musealizados.

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 ao Inventário Nacional dos Bens Culturais Musealizados: Ponderações à Resolução Normativa nº 01/2014 do Ministério da Cultura.

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 N.º. 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 aceção 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, sã qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente

ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição 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 subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, 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, manifestasse 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 Nº 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 ao Inventário Nacional dos Bens Culturais Musealizados: Ponderações à Resolução Normativa nº 01/2014 do Ministério da Cultura

Tecidos estes comentários, cuida anotar que a Resolução Normativa em comento[26] regulamenta os artigos 11 e 12 do Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013, que institui o Inventário Nacional dos Bens Culturais Musealizados - INBCM, a ser coordenado pelo IBRAM (Instituto Brasileiro de Museus), para os fins previstos no art. 41 da Lei nº 11.904, de 2009. O INBCM é um instrumento de inserção periódica de dados sobre os bens culturais musealizados que integram os acervos museológico, bibliográfico e arquivístico dos museus brasileiros, para fins de identificação, acautelamento e preservação, previstos na Política Nacional de Museus, instituído pela Lei nº 11.904/2009 e regulamentado

pelo Decreto nº 8.124/2013, sem prejuízo de outras formas de proteção existentes.

Conforme o disposto no art. 11 do Decreto nº 8.124, de 2013 e, para os fins previstos no art. 41 da Lei nº 11.904, de 2009, o Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM) coordenará e manterá atualizado o INBCM, sendo os museus responsáveis pelo conteúdo e envio dos dados sobre os seus bens culturais musealizados. Todos os museus inscritos no Registro de Museus deverão informar ao INBCM sobre os seus bens culturais musealizados, conforme art.11 do Decreto nº 8.124, de 2013. As informações ao INBCM deverão ser, anualmente, enviadas ao Departamento de Processos Museais - DPMUS/Ibram. Ao lado disso, a implementação do INBCM[27] obedecerá as seguintes etapas: (i) definição dos elementos de descrição que irão compor as informações sobre os bens culturais musealizados que deverão ser declarados no INBCM, a ser desenvolvida pelo DPMUS/Ibram e CGSIM/Ibram; (ii) publicação das recomendações técnicas para o preenchimento dos elementos de descrição sobre os bens culturais musealizados a serem desenvolvidas pelo DPMUS/Ibram e CGSIM/Ibram; (iii) publicação das recomendações para envio e consulta das informações do INBCM ao Ibram.

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 N° 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 N° 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.

_____. **Instrução Normativa n° 01, de 31 de Julho de 2014.** Normatiza o Inventário Nacional dos Bens Culturais Musealizados em consonância com o Decreto n° 8.124, de 17 de outubro de 2013, que regulamenta dispositivos da Lei n° 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei n° 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus - Ibram e dá outras providências. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25789236_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_1_DE_31_DE_JULHO_DE_2014.aspx>. Acesso em 23 jul. 2015.

_____. **Lei N°. 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 n° 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.

_____. **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 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.

[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. **Instrução Normativa nº 01, de 31 de Julho de 2014**. Normatiza o Inventário Nacional dos Bens Culturais Musealizados em consonância com o Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013, que regulamenta dispositivos da Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus - Ibram e dá outras providências. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25789236_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_1_DE_31_DE_JULHO_DE_2014.aspx>. Acesso em 23 jul. 2015.

[27] BRASIL. **Instrução Normativa nº 01, de 31 de Julho de 2014**. Normatiza o Inventário Nacional dos Bens Culturais Musealizados em consonância com o Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013, que regulamenta dispositivos da Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus - Ibram e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/legis_25789236_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_1_DE_31_DE_JULHO_DE_2014.aspx>. Acesso em 23 jul. 2015.