

Edição Eletrônica nº 1 Ano 1

Fev. 2010

ISSN: 2177-1472

Revista
Eletrônica



Jurídica

FESURV - UNIVERSIDADE DE RIO VERDE
Faculdade de Direito



FACULDADE DE
DIREITO



 fesurv
Universidade de Rio Verde

Revista
Eletrônica



Jurídica

ISSN n. 2177-1472

Edição Eletrônica n.º 1 Ano 1 Fev. 2010

Publicação da Faculdade de Direito

FESURV - Universidade de Rio Verde.

Coordenação

Prof.ª. Patrícia Spagnolo Parise

Prof. Rildo Mourão Ferreira

Conselho Editorial

Prof.ª. Patrícia Spagnolo Parise

Prof. Rildo Mourão Ferreira

Prof.ª. Telma Divina Nogueira Rodrigues

Prof. Wagner de Pina Cabral

Prof. Reinaldo Alves Ferreira

Revisão

Prof.ª. Patrícia Spagnolo Parise

Prof.ª. Telma Divina Nogueira Rodrigues

Capa e Diagramação

Daniel Fernandes de Paula

COLABORADORES:

Adriana Ferreira Paula, Apoliane Lília Araújo Maia, Elza Soares Batista Mourão, Eudes Machado Lemes, Heuler Costa Lourenço, Luciana Aparecida Resende Nascimento, Lúcio Cândido de Oliveira Júnior, Marcelo Machado de Carvalho Miranda, Marcelo Machado de Carvalho Miranda, Marcus Vinicius Ribeiro de Almeida, Helena Maria Campos, Patrícia Spagnolo Parise, Pollyanna Rodrigues Arantes, Queren Hapuque de Leles Losi, Renata Maria de Oliveira Assis, Viviane Aprigio do Prado



Reitor

Paulo Estáquio R. Nascimento

Vice-Reitor

Sebastião Lázaro Pereira

Pró-Reitor de Pesquisa

Nagib Yassin

Pró-Reitor de Administração e Planejamento

Cleides Antônio Cabral

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Edson de Souza Freire

Pró-Reitor de Graduação

Maria Flavina das Graças Costa

Pró-Reitor de Extensão, Cultura e Assuntos Estudantis

Carmo dos Reis Souza

Procurador Geral

Christiano Bittar

Diretora da Faculdade de Direito

Prof.ª. Helena Maria Campos

SUMÁRIO

AMPLIAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE.....6

Apoliane Lília Araújo Maia

Adriana Ferreira Paula

ATUAÇÃO DO STF NA DECISÃO QUE ABOLIU A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL.....9

Eudes Machado Lemes

Patrícia Spagnolo Parise

CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE FAMÍLIA.....14

Pollyanna Rodrigues Arantes

Lúcio Cândido de Oliveira Júnior

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO ABSTRATIVIZADO.....18

Marcelo Machado de Carvalho Miranda

Patrícia Spagnolo Parise

GREVE DOS POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DE GOIÁS.....27

Renata Maria de Oliveira Assis

Marcelo Machado de Carvalho Miranda

Marcus Vinicius Ribeiro de Almeida

Queren Hapuque de Leles Losi

Adriana Ferreira Paula

LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....39

Luciana Aparecida Resende Nascimento

Elza Soares Batista Mourão

NOVO PARADIGMA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.....47

Helena Maria Campos

O VOTO DE CABRESTO E A LIBERDADE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE STUART MILL E ALEXIS DE TOCQUEVILLE.....60

Viviane Aprigio do Prado

REMIÇÃO FICTA, GARANTIA CONFERIDA AO CONDENADO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E OBRIGAÇÃO DO ESTADO.....66

Heuler Costa Lourenço

NORMAS EDITORIAIS.....70

Revista Jurídica

Os dados, conceitos e opiniões emitidos nos artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta Revista, desde que citada a fonte.

Contato:

Fazenda "Fonte do Saber", Campus Universitário I, Bloco "3", Caixa Postal 104, CEP: 75-901-970, Rio Verde-GO

Núcleo de Pesquisas e Estudos Jurídicos da Faculdade de Rio Verde - Sala 20

Fone: (64)3620-2296

E-mail: parise@fesurv.br

APRESENTAÇÃO

O trabalho que apresentamos é resultado de um sonho de toda a comunidade acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde. É a concretização de um projeto originário de ser um veículo preferencialmente de divulgação dos trabalhos produzidos por estudiosos do direito, corroborados pela produção científica dos nossos docentes e discentes.

Não pretendemos que seja uma obra terminante, mas apenas um instrumento que permita ao leitor pesquisar e utilizar como ponto de partida para estudos posteriores, haja vista que se buscou revivificar o direito; o direito que auxilia, anima e ampara; o direito que fornece condições para se confrontar, com a bagagem do passado, as eventuais incertezas do amanhã.

Ressaltamos que a idéia e o sonho se concretizaram graças à união e o esforço daqueles que acreditam que era possível. Agradecemos à FESURV - Universidade de Rio Verde - pelo apoio incondicional para a realização desta obra. Nossos agradecimentos são extensivos aos professores e acadêmicos da faculdade de Direito, mormente, a professora Patrícia Spagnolo Parise, que na mesma seriedade com que realiza e dignifica sua carreira docente, ao ser nomeada coordenadora do Núcleo de Pesquisa, demonstrou que com persistência e humildade se consegue a ascensão aos elevados pináculos do saber.

Helena Maria Campos

Diretora da Faculdade de Direito
Fesurv - Universidade de Rio Verde

SOBRE A REVISTA

A Revista Jurídica Eletrônica da Faculdade de Direito tem como ideal a veiculação, no meio acadêmico e jurídico, de trabalhos de diferentes áreas e orientações teóricas, de diferentes procedências - professores e alunos da graduação e pós-graduação, pesquisadores e profissionais do Direito - com o cunho de proporcionar aos colaboradores, meios de expressão e discussão dos mais diversos temas jurídicos, de forma aberta e democrática.

Essencial para o debate e o confronto das idéias inovadoras, a Revista busca, ainda:

- Explicar a realidade e fundamentar a ação para modificá-la;***
- Servir como um espaço de criação científica para os docentes da Instituição, bem como à contribuição de professores externos;***
- A produção de artigos científicos do corpo discente, estimulando-os desde o início à pesquisa jurídica;***
- Agregar valor científico ao debate jurídico, trazendo a contribuição de trabalhos escritos vinculados a cursos de graduação e programas de pós-graduação;***
- Fornecer à comunidade local e regional, soluções de problemas sócio-jurídicos que possam de alguma maneira contribuir para as políticas jurídicas nas esferas administrativas mais amplas.***



AMPLIAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE¹

Apoliane Lilia Araújo Maia²
Prof. Adriana Ferreira Paula³

RESUMO

Este estudo teve como propósito verificar a aplicação da lei 11.770 de 2008, bem como os setores atingidos pela mesma. Buscou-se verificar se a ampliação do período de licença maternidade é uma faculdade ou obrigatoriedade dos empregadores, sejam elas pessoas jurídicas de direito público ou privado. Portanto trata-se de estudo dialético, tendo em vista a controvérsia sobre o assunto. Detectou-se que não é obrigatória a adesão, e sim facultativa. Em troca as pessoas jurídicas de direito público receberão incentivos fiscais. A administração pública poderá aplicar imediatamente a lei, já as empresas privadas deverão esperar a renúncia orçamentária de 2009 para poderem conceder a prorrogação dos cento e oitenta dias de licença maternidade em 2010. Nota-se que a lei é autoaplicável somente para os órgãos federais, os estados e municípios devem sancionar outra lei através do Chefe do Executivo, para regulamentar seu funcionamento. Espera-se que as empresas incluam em seu quadro social a dilação do prazo, principalmente pela função social que a lei proporciona.

PALAVRAS-CHAVE: Licença maternidade, segurada, pessoa jurídica.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho trata da lei nº.11.770 de 2008 que amplia a licença maternidade de cento e vinte dias para cento e oitenta dias, os benefícios que a lei proporciona as mulheres e seus filhos por conta da dilação do prazo, as mudanças que poderão ocorrer na relação de emprego, no que tange empregadores e gestantes. De início abordou a história do instituto no Brasil e seu

desenvolvimento, sua finalidade e natureza jurídica.

Apontou as seguradas abrangidas pelo benefício, os requisitos para a concessão, o período de carência, as seguradas que gozarão da prorrogação desse período, a renda mensal inicial do benefício, a forma de pagamento e as de cessação do pagamento.

Verificou-se a controvérsia sobre a obrigatoriedade ou não do empregador em aderir ao aumento do benefício. Cabe assinalar que caso o empregador queira inserir ganhará certificado empresa cidadã e será deduzido o valor pago a segurada dos sessenta dias de licença no imposto de renda da pessoa jurídica.

Mesmo com os incentivos fiscais concedidos para as empresas que aderirem ao aumento da licença maternidade, muitos empregadores não concordam com a dilação do prazo, sob alegação que a empregada ficará muito tempo afastada da empresa, tendo que adaptar às mudanças ocorridas no emprego.

O que é temeroso para as mulheres é que poderão perder seu espaço no mercado de trabalho, devido ao tempo que ficará afastada, por outro lado, elas ficarão mais tempo com a criança, podendo amamentá-la durante os seis primeiros meses de vida considerados primordiais ao desenvolvimento da criança, que ficará mais resistente a doenças, além do vínculo afetivo entre mãe e filho.

2 LICENÇA MATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Histórico do instituto no Brasil

A licença maternidade surgiu no Brasil a partir do Decreto nº. 21.417-A de 17 de maio de 1932.

¹Artigo baseado na Monografia apresentada à Universidade de Rio Verde Goiás, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

²Bacharel em Direito, da Fesurv - Universidade de Rio Verde - 2009/1

³Professora do curso de Direito da Fesurv - Universidade de Rio Verde - Orientadora.

Segundo Martins (2009, p.369), o referido decreto determinava “que a empregada tinha direito a um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses”, esse salário seria pago pelos Caixas do Instituto de Seguro Social, caso este não cumprisse o empregador arcava com o ônus.

Somente com a Constituição Federal de 1946 é que foi usada pela primeira vez a expressão previdência social, a CF de 1934 instituiu a previdência, mas não era usado o termo social (MARTINS, 2009).

O objetivo da medida, segundo a Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP), é também corrigir o descompasso entre a legislação brasileira, que prevê uma licença de quatro meses, e a recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS) de que as mães devem amamentar seus filhos por, no mínimo, seis meses (SENADO FEDERAL, 2009, p.1).

Muitos alegam que dois meses não é nada, não fará diferença, mas para um recém nascido esse tempo faz muita diferença, a mãe ficará mais tranqüila ao voltar ao trabalho, sabendo que irá deixar uma criança mais forte, mais resistente a doenças, por causa do aleitamento durante os seis primeiros meses de vida, assim ficará mais tranqüila no ambiente de trabalho, menos frustrada por conta da separação (SATO, 2009).

Segundo Pedersen, psiquiatra da Universidade de Carolina do Norte, a quantidade e a qualidade dos cuidados maternos nos três primeiros anos de vida determinam a competência social do adulto, a habilidade de lidar com o estresse, a agressividade e mesmo a opção pelo uso das drogas (SOCIEDADE..., 2009).

As empresas precisam evoluir, pois este é um papel social exigido pela atualidade, há muitas campanhas incentivando o aleitamento materno nos seis primeiros meses de vida do bebê. O governo só terá a ganhar devido ao aumento do benefício, pois a amamentação exclusiva nos seis primeiros meses de vida do bebê diminui os riscos de contrair doenças, e enfermidades na adolescência e na vida adulta, estudos realizados revelam a agressividade e a violência se dá pelo fato da privação afetiva nos primeiros meses de vida (CAMPOS JUNIOR, 2009).

Salienta-se que a tendência é o Estado recuperar os recursos da renúncia fiscal, uma vez que irá gastar

menos com a hospitalização de crianças, atualmente, Sistema Único de Saúde (SUS) gasta só com internações de crianças de até um ano, vítimas de pneumonia, aproximadamente R\$ 400 milhões (REZENDE, 2009).

Ainda é muito cedo para estimar se o aumento da licença maternidade será benéfico ou não, mas dá para perceber que muitas empresas estão aderindo ao benefício, algumas sem receber nenhum incentivo fiscal, estão arcando com o ônus sozinho, assim como existem outras resistentes quanto ao aceite da nova lei.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação da licença maternidade poderá beneficiar as seguradas da administração pública, direta, indireta e fundacional, e as pessoas jurídicas de direito privado, sendo excluídas as micro e pequenas empresas, pois a lei que autoriza a criação destas não admite mais benefício fiscal, pois já as empresas já são beneficiadas com incentivos fiscais.

A concessão do benefício não é obrigatório, é facultativo no âmbito privado, em troca, a empresa receberá incentivos fiscais, como o abatimento do valor pago à segurada dos sessenta dias de aumento no imposto de renda da pessoa jurídica.

A administração pública pode conceder o benefício de imediato, ao contrário das empresas privadas que necessitam da renúncia fiscal deste ano, para poderem beneficiar as seguradas em 2010.

Muitos setores da administração pública estão concedendo o benefício a várias mulheres, assim como algumas empresas também estão concedendo a suas funcionárias os cento e oitenta dias de licença maternidade sem receber nenhum incentivo fiscal, pois já reconhecem a importância desse período à criança.

Ainda é cedo para tirar conclusões a respeito da aceitação da ampliação do benefício, acredita-se que a partir do momento que a sociedade perceber a importância da amamentação nos seis primeiros meses de vida do bebê, bem como a satisfação da mulher no trabalho, a diminuição de doenças nos recém-nascidos que gera custo para o Estado, irá haver mais adeptos à função social que traz a lei.

Existem vários setores aderindo aos cento e oitenta dias de licença maternidade, e isso é considerar-se uma vitória para a sociedade brasileira quanto ao reconhecimento da importância da lei.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, M. Lei de licença-maternidade abre debate sobre direitos da mulher. Disponível em: <<http://www3.brasildefato.com.br/v01/agencia/nacional/lei-de-licenca-maternidade-abre-debate-sobre-a-questao-da-mulher/?searchterm=rebate>>. Acesso em: 16/05/2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Vade Mecum. 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009a.1838p. (Legislação Brasileira).
- _____. Lei 11.770 (2008). Vade Mecum. 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009b.1838p. (Legislação Brasileira).
- CAMPOS JUNIOR, D. A importância do vínculo afetivo. Correio Braziliense 10/05/2006. Disponível em http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=17&id_detalhe=2165&tipo_detalhe=s. Acesso em 15/05/2009.
- CLARK, D. Cresce número de empresas que ampliam licença-maternidade. Disponível em: <http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=17&id_detalhe=2679&tipo_detalhe=s>. Acesso em: 18/05/2009.
- GONÇALVES, I.D. Direito previdenciário. São Paulo: Saraiva, 2005.
- INTERLEGIS. Audiência pública discutiu ampliação da licença-maternidade. Disponível em: <<http://www.interlegis.gov.br/cidadania/infancia-e-parlamento/audiencia-publica-discutiu-ampliacao-da-licenca-maternidade/>>. Acesso em: 18/05/2009.
- KERTZMAN, I.M. Curso prático de direito previdenciário. 2.ed. Salvador: 2006.
- LEITURAS FAVRE. Governo federal vai aprovar licença-maternidade de 6 meses, diz Mantega. Disponível em: <<http://blogdofavre.ig.com.br/2008/08/governo-federal-vai-aprovar-licenca-maternidade-de-6-meses-diz-mantega/>>. Acesso em: 16/05/2009.
- MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- OLIVEIRA, Lamartino França. Direito previdenciário. São Paulo: RT, 2005.
- PANTALEÃO, S. F. Licença maternidade 180 dias: setor público e setor privado. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/lic_matern_180dias.htm>. Acesso em: 20/04/2009.
- PIRES, C. Por que amamentar? Disponível em: <<http://www.leitematerno.org/porque.htm>>. Acesso em: 19/05/2009.
- RESENDE, L. Hoje em dia: licença-maternidade pode ser de seis meses. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=2697>. Acesso em: 26/05/2009.
- RIBEIRO, J. Lula sanciona lei que aumenta período da licença-maternidade. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL754129-9356,00-LULA+SANCIONA+LEI+QUE+AUMENTA+PERIODO+DA+LICENCA+MATERNDADE.html>. Acesso em: 16/05/09.
- SATO, K. Licença-maternidade obrigatória de seis meses: veja prós e contras. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/licencamaternidade_obrigatoria_de_seis_meses_veja_pros_e_contras/19008/>. Acesso em: 24/05/2009.
- SEBRAE. O que é lucro real e lucro resumido. Disponível em: <http://www.sebraesp.com.br/faq/financas/legislacao/lucro_real_presumido>. Acesso em: 14/04/2009.
- SENADO FEDERAL. Objetivo é garantir um começo de vida saudável ao bebê. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/jornal/cidadania/novalicenCamaternidade/not04.htm>>. Acesso em: 19/05/2009.
- SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Licença-maternidade. Disponível em: <http://www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=17&id_detalhe=2782&tipo_detalhe=s>. Acesso em: 24/04/2009.
- WANDSCHEER, L. Licença-maternidade ampliada completa seis meses sob críticas e aplausos. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/03/06/materia.2009-03-06.7324396959/view>>. Acesso: 16/05/2009.
-

ATUAÇÃO DO STF NA DECISÃO QUE ABOLIU A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Eudes Machado Lemes¹
Patrícia Spagnolo Parise²

RESUMO

Na presente pesquisa aborda-se a polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal que aboliu a prisão do Depositário Infiel, ao alocar os tratados internacionais de direitos humanos em posição superior às normas infraconstitucionais regulamentares do inciso LXVII do art. 5º da CF/88. O estudo tem como escopo demonstrar as formas com que os referidos tratados são recepcionados pelo direito interno, elucidar os questionamentos surgidos sobre a hierarquia destes tratados após a referida decisão, como também expor a forma atípica de extensão dos poderes da Suprema Corte ao deliberar dessa forma. Com base nas informações obtidas em doutrinas, jurisprudências e artigos especializados, verifica-se a relevância do tema no que diz respeito à divergência doutrinária acerca da hierarquia dos pactos internacionais de direitos humanos na relação entre o direito comparado e o direito interno, assim como os reflexos da decisão do STF, que deveria agir com cautela ao decidir questões que podem ser definidas por outro poder.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Normas Supralegais, Supremacia Constitucional, Tratados Internacionais

1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º, inciso LXVII, da CF/88 dispõe que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Porém, a hipótese da prisão do depositário infiel sofreu alteração após decisão da Suprema Corte, no

juízo conjunto do RE 466.343-1/SP, RE 349.703, HC 87.585/TO e HC 92.566, que acabou com a referida prisão.

A decisão do Supremo Tribunal Federal contraria décadas de jurisprudências que vinham se posicionando no sentido de equiparar os tratados internacionais sobre direitos humanos às leis infraconstitucionais. Influenciado pelo voto do douto Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento do RE 466343-1/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, julgou-se procedente por votação unânime, o fim da prisão do depositário infiel, por meio da elevação dos tratados internacionais sobre direitos humanos à condição de normas supralegais, o que tornou ineficaz a legislação que regulamentava o inciso LXVII do art. 5º da CF/88. O tema gera controvérsias, pela ação sem precedentes do STF que expande sua atuação, ao criar um novo tipo normativo, interferindo no equilíbrio dos três poderes estabelecidos na atual Carta Constitucional.

2 RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL

No debate que gerou a polêmica decisão, a maior discussão diz respeito à forma de recepção e hierarquia dos tratados internacionais relativos a direitos humanos, como também sobre os possíveis conflitos entre normas de direito internacional e direito interno, assim, para o esclarecimento desse embate, a doutrina aponta as teorias monista e dualista.

Em relação aos aludidos conflitos entre direito interno e internacional, a teoria dualista, que tem como prenunciador Carl Heinrich Triepel, articula que existem

¹Acadêmico do 4º período do Curso de Direito.

²Mestre em Direito, é orientadora do presente trabalho de pesquisa, professora da disciplina Direito Constitucional e Coordenadora do Núcleo de Pesquisas e Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito - FESURV.

duas ou mais ordens jurídicas distintas e independentes, destacando diferenças nas relações sociais, sendo o Estado, na ordem internacional o único sujeito de direito enquanto na ordem interna o homem também é sujeito de direito; no que concerne às fontes, o direito interno é o resultado da vontade de um Estado, enquanto o direito internacional tem como fonte a vontade coletiva dos Estados; à respeito da estrutura, o direito interno está baseado em um sistema de subordinação e direito internacional na coordenação. Nesta teoria, não há conflito entre direito interno e direito internacional, pois no processo de recepção, normas de direito internacional se transformam em normas de direito interno. (Mello, 2004)

Em avesso à teoria dualista, Hans Kelsen foi o grande doutrinador da teoria monista, dizendo que há uma só ordem jurídica que rege a coletividade mundial em suas relações recíprocas. Para a teoria monista, em caso de conflito entre o direito interno e internacional, pode-se dar primazia para o direito interno (monismo nacionalista), neste caso, a adoção de tratados pelos Estados é ato discricionário, prevalecendo a supremacia absoluta da ordem jurídica interna. Mello (2004) dispõe que "Entre as críticas a esta teoria está a de que ela nega a existência do próprio direito internacional como um direito autônomo, independente. Ela reduz a um simples direito estatal". Na teoria monista, pode-se também dar primazia para direito internacional (monismo internacionalista), que segundo este entendimento, em seu primeiro momento a ordem jurídica interna teria como fonte a ordem jurídica internacional, ocupando esta, posição superior ao direito interno, não podendo existir conflito por ser a ordem internacional a fonte da ordem jurídica interna. Kelsen, influenciado por Verdross, passou a admitir a possibilidade de conflitos entre as duas ordens jurídicas, surgindo assim, o monismo moderado, teoria que vem sendo hodiernamente adotada pelo Brasil. (Mello, 2004)

Mello (2004, p. 93), dispondo sobre o monismo moderado, diz que:

O conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do DI; que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas

hipóteses: a) uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um "processo" de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior.

Os tratados internacionais são recepcionados pelo direito interno brasileiro, em conformidade com os ditames dos arts. 84, VIII e 49, I da CF/88, que expressam a competência dos Poderes Executivo e Legislativo, para exercerem este processo de recepção. Na fase inicial da celebração do tratado, ocorrerá a negociação, assinatura e conclusão do ato, sendo estas ações da alçada do Chefe do Poder Executivo, ou de autoridade a qual delegue poderes especiais; após esta etapa, o tratado passará então, pela apreciação do Congresso Nacional, devendo ser aprovado por maioria simples, por meio de Decreto Legislativo. Kinchescki (2006) diz que "no caso brasileiro, o Congresso Nacional não pode emendar o tratado sob pena de descaracterizá-lo, mas pode, todavia, propor sugestões e ressalvas". E por fim, para o tratado efetivamente ter obrigatoriedade no âmbito interno e internacional, será necessário o ato de ratificação do diploma internacional, exercido pelo Presidente da República.

O art. 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, dispõe que todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé, assim, consolidada a vigência de um tratado internacional no direito interno, o mesmo não poderia ser contrariado, prevalecendo o princípio *pacta sunt servanda*. Ainda neste sentido o art. 27 do mesmo diploma prescreve que uma parte não pode invocar as disposições de direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Essas regras de direito internacional que regulam as relações entre Estados, dependem da aceitação de cada um deles, porém o Brasil ainda não aderiu à Convenção de Viena.

2.1 Cláusula Aberta e Emenda Constitucional nº 45/2004

No § 2º do art. 5º da Carta Magna, o Legislador Ordinário prescreveu que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Este dispositivo constitucional conforme prescreve Bonifácio (2008) é denominado como cláusula aberta, pois não limita os direitos fundamentais aos que estejam expressamente previstos no texto constitucional, possibilitando o surgimento de novos direitos fundamentais.

O mesmo autor diz que a previsão de norma com textura aberta, no título dos direitos fundamentais, apenas segue uma tendência inaugurada com a primeira Constituição Republicana (1891) e repetida em quase todas, à exceção da CRFB de 1937.

O art. 78. da Constituição Federal de 1891 dispõe que a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna. A diferença com a atual Constituição está na extensão aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A partir desta disposição aberta da atual Constituição, tratados relativos a direitos humanos como o Pacto de San José da Costa Rica, assim como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, segundo entendimento de alguns doutrinadores, seriam recepcionados como normas materialmente constitucionais, compondo o chamado bloco de constitucionalidade, devido ao conteúdo desses dispositivos. Porém, após a inclusão do § 3º no art. 5º na CF/88, torna-se questionável o entendimento que atribuiu hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Devido às controvérsias geradas pelo § 2º do art. 5º da CF/88 o legislador se manifestou por meio da EC nº 45/2004, que adicionou o § 3º no art. 5º da Carta Magna atual, declarando expressamente no texto constitucional, que os tratados de direitos humanos poderiam equivaler às emendas constitucionais, desde que passem pelo quorum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação.

2.2 Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos

Ao apregoar no dispositivo em comento essa possibilidade de equivalência dos tratados internacionais

de direitos humanos às normas constitucionais, regulamentaria o parágrafo anterior e a forma de seu ingresso na ordem jurídica brasileira, com estatura de norma constitucional formal. Porém, faliu ao não dispor sobre os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45/2004. Assim, em decorrência da abertura com que dispõe o § 2º do art. 5 da CF/88, muitas são as interpretações defendidas pelos doutrinadores a respeito do grau hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE 466.343/SP sistematiza em quatro correntes principais:

- a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direito humanos. (BRASIL, 2006).

O Brasil adota o princípio da supremacia formal e material da constituição, por isso as normas de direito internacional não são aceitas contendo caráter supraconstitucional. Araújo (1999) citado por Lenza (2007) dispõe que:

a norma constitucional é autolegitimante, ou seja, colocando-se no vértice superior da pirâmide, é o pólo irradiador de legitimação no interior do sistema jurídico. Se serve de anteparo para as normas infra-ordenadas, não tem assento em qualquer disposição normativa, pois que sobre si nada encontra.

Doutrinadores como Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan defendem a recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos em nível constitucional, concluindo que, em qualquer situação na temática de conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno, a norma a ser aplicada é a que melhor favoreça a efetivação dos direitos fundamentais. (Bonifácio, 2008)

Os tratados internacionais de direitos humanos, desde o julgamento do RE 80.004 de 1977 vinham sendo recepcionados com importância infraconstitucional, estabelecendo-se em paridade com as normas internas infraconstitucionais *lex posterior derogat priori*. Assim, mesmo depois da EC nº 45/2004, para resolver a discussão sobre o conflito de normas sobre a prisão do depositário infiel, no intuito de reafirmar a importância da consolidação e efetivação dos direitos humanos, em consonância com o Pacto de São José da Costa Rica, o STF decidiu dar fim ao anacronismo das decisões anteriores e elevar o Pacto e outros tratados de direitos humanos promulgados antes da E.C. nº 45 ao grau de norma suprallegal, passando agora a ocupar um grau intermediário no ordenamento jurídico interno, subordinando-se à supremacia da Constituição Federal e sendo hierarquicamente superiores às demais normas infraconstitucionais.

O Ministro Gilmar Mendes conclui em seu voto no RE 466.343/SP que:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. (BRASIL, 2006).

Conforme dispõe Lenza, (2009, p. 445):

o grande problema parece-nos justificar (especialmente diante da nova redação conferida ao § 3.º do art. 5.º pela EC n. 45/2004) a possibilidade de se 'paralisar' a eficácia das leis, contrárias aos tratados ou convenções sobre direitos humanos, mas que encontrariam suporte de validade na própria Constituição, que continua estabelecendo, ao lado da prisão do devedor de alimentos, a do depositário infiel.

Destarte, importante ressaltar que a prisão do Depositário Infiel não foi revogada da Lei Maior, visto que a ascensão do Pacto à condição de norma

suprallegal, apenas tornou ineficaz a legislação infraconstitucional.

2.3 Efeitos da decisão do STF

A Constituição, documento que expressa a realidade e os ideais de uma sociedade, busca a garantia da estabilidade e segurança jurídica, porém, não é imutável, precisando se adaptar à evolução político-social. Destarte, pelas vias expressamente previstas em seu texto, a Carta Magna pode ser mudada formalmente, por meio de emendas e revisões constitucionais, alterando-se o texto da Carta Constitucional, como também se pode mudar a norma sem mudar o texto da constituição, ou seja, muda-se o seu conteúdo, sendo este, um processo informal de mudança, denominado mutação constitucional. Bulos (2000) citado por Lenza (2007, p.....), dispõe que denomina-se mutação constitucional:

o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais.

A função típica do Supremo Tribunal Federal está prevista no art. 102 da CF/88, que é a guarda da Constituição e para efetivamente protegê-la, detendo a atribuição constitucional de exercer o controle de constitucionalidade, desempenha também o controle de correção dos atos do legislativo, no entanto, deve zelar pelo equilíbrio entre os três poderes políticos, e no desempenho desse processo informal de modificação do sentido das normas constitucionais, interpretar a constituição de acordo com o caso concreto, cuidando para não colidir com o bem-estar social.

A deliberação do STF trouxe à tona, a valorização da discussão sobre a expansão de poder por parte do Judiciário, que estaria agindo além dos seus limites constitucionais, invadindo a competência do Poder Legislativo, composto por representantes políticos do povo, que no exercício de sua legítima função legiferante, estaria apto à propositura de projeto de emenda constitucional, para alterar a redação do

art. 5º, LXVII, aumentar o número de tipos normativos do art. 59 da Carta Magna; assim como seria competente para aprovar o Pacto de San José da Costa Rica em conformidade com os tramites do art. 5º, § 3º da CF/88 e que a partir de então equivaleria à norma constitucional.

O Supremo Tribunal Federal ao criou um novo tipo normativo, suspendeu a eficácia das normas infraconstitucionais, consequentemente suspendeu-se também os efeitos do dispositivo do texto constitucional que permite a prisão do Depositário infiel, assim, o Excelso Pretório ao elevar do Pacto de San José da Costa Rica ao grau supralegal, agiu imponderadamente ao interpretar contrariamente ao que já estava expressamente previsto na Constituição Federal no art. 5º, LXVII, assim como ao inventar um novo tipo normativo, evidenciando a prática expansiva de sua atuação.

3 Considerações Finais

A extinção da prisão do Depositário Infiel corrobora a importância da defesa dos direitos humanos, valorizando a política adotada pelo Brasil, favorável à universalização desses direitos, porém, no

que tange à definição de um novo tipo normativo, pode-se dizer que a expansão da atuação do Poder Judiciário, proporciona riscos para a legitimidade democrática, sendo assim, o Supremo Tribunal Federal ao interpretar as normas constitucionais que envolvam questões políticas de grande repercussão, deve atuar com prudência e parcimônia, para não ferir a referida legitimidade e depreciar o papel do Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

BONIFÁCIO, Artur Cortez. O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inconstitucionalidade da prisão civil: Íntegra do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no RE n. 466.343 - São Paulo, proferido em 11/11/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444&idDocumento=&codigoClasse=437&numero=466343&siglaRecurso=&classe=RE>>. Acesso em: 26/07/2009.

KINCHESCHI, Cristiano. A supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos fundamentais: o caso do pacto de San José da Costa Rica. Brasília: OAB Editora, 2006.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009.

CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE FAMÍLIA

Pollyanna Rodrigues Arantes¹
Lúcio Cândido de Oliveira Júnior²

RESUMO

O presente estudo analisa as relações familiares da atualidade. Aborda-se uma reflexão sócio-ético-moral acerca da afetividade entre as pessoas que hoje compõe o núcleo familiar, partindo da noção da Constituição e do Código Civil brasileiro, como um sistema aberto composto de regras e princípios. Demonstrar-se-á a grande diversidade de formas de famílias e de núcleos domésticos que é uma marca deste tempo, em que uniões entre pessoas ocorrem sob vários aspectos: afetivo, consangüíneos, de mesmo sexo ou por simples afinidade. Todas estas formas compõem a entidade familiar em observância ao princípio da não discriminação em face da fuga do conceito tradicional de família.

Palavras-chave: Afetividade, diversidade, homoparental, monoparental, união.

1 INTRODUÇÃO

A reformulação da estrutura familiar tem como base a evolução dos costumes, a emancipação da mulher, a globalização, a busca da liberdade sexual. A família deixa de ser compreendida restritivamente com núcleo econômico e reprodutivo, avançando para um entendimento sócio afetivo. Contudo surgem várias formas de famílias, passando-se a falar em família nuclear, monoparental, homoparental, enfim, em pluralidade das entidades familiares.

Da restrição de conjugalidade, a família se transformou em uma área de afetividade que abrange todas as modalidades vivenciais, gerando conseqüências que devem ser inseridas na esfera do Direito de Família. Diante da legalidade de igualdade entre homens e

mulheres, bem como a valorização da pessoa humana, surge a necessidade de promover uma reforma cultural e legal no que tange o modelo de família, correspondente às modificações advindas do momento de transição ao qual é vivenciado.

Buscando-se instaurar um novo formato de família, é de suma importância que as normas jurídicas sofram adequações significativas ao contexto atual a fim de corresponder aos novos anseios da sociedade.

2 CONCEITO HISTÓRICO DE FAMÍLIA

Desde os primórdios da humanidade, a família era entendida como a união, por meio do casamento, de homem e mulher, objetivando a constituição da prole e a educação dos filhos. Porém não foram simplesmente as mudanças constitucionais que marcaram a última década. Socialmente, o tamanho das famílias, sua composição e disposição também estão sofrendo constantemente um rápido processo metamórfico.

Ao humano sempre houve a necessidade de viver em sociedade. É imprescindível unir-se a alguém, ao lado de um par, em busca de felicidade, de segurança, de afeto, mesmo que de forma inconsciente.

Segundo o mestre Farias (2007), "na história dos agrupamentos humanos, a família antecede todos os demais fenômenos, seja biológico ou social, impondo uma compreensão por diferentes prismas".

O princípio dos modelos familiares surge com uma sociedade conservadora, na qual a família tinha como privilégios inerentes a matrimonialização, estando acometida unicamente ao casamento, não reconhecendo outra forma de constituição familiar. Seguindo os padrões patriarcais, sendo hierarquizada,

¹Aluna de graduação, Curso de Direito, Universidade de Rio Verde (FESURV). E-mail: pollyannasol@yahoo.com.br

²Orientador, Prof. Dep. de Direito, Universidade de Rio Verde (FESURV). E-mail: jucabala9@hotmail.com

tendo o homem como dirigente da unidade de produção, e patrimonializada, em que era visado o desenvolvimento do legado familiar.

Contudo as transformações sociais e a junção de novos valores influenciaram a família. E esse modelo doutrinado, logo se dissolveu com as revoluções sócio-culturais vivenciadas ao longo da história, transformando a família em nuclear, direcionada as relações afetivas e não tão somente patrimoniais, descentralizando o poder genitivo, buscando a igualdade e a não distinção de seus membros.

2.1 A transformação na construção e constituição familiar

A família se modifica com a própria transformação social, evoluindo com novas idéias que modificam a forma de agir e pensar das pessoas, pois trata de agrupamento cultural. Seguindo o mesmo pensamento, o direito procura acompanhar cada momento que vigora na história da sociedade, ressaltando que a validade do direito está na medida em que suas normas são amparadas em razões e argumentos compreendidos e aceitáveis pelos seus destinatários, motivo o qual levou o legislador a buscar novas regulamentações que correspondesse e atendesse aos anseios dessa sociedade moderna.

Nas palavras do ilustre promotor de MG, Alves (2007), "Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferira o status familiae àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio."

O surgimento de novos contextos, como a evolução do movimento feminista, a revolução sexual, o desenvolvimento da igualdade e democracia a nível mundial, desencadearam mudanças na estrutura social, promovendo em 1988 a promulgação da Constituição Federal, a qual trouxe a renovação do significado da família.

A isonomia familiar, preconizada pela CF/88, é considerada uma das maiores conquistas sociais brasileira, pois incorporou ao seu texto a ampliação das formas de constituição da família, acrescentando a união estável e a comunidade formada por qualquer

dos pais e descendentes como entidades, a facilitação da dissolução do casamento, igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal e não distinção dos filhos havidos ou não do casamento ou por adoção.

Não obstante a concretização de um conceito moderno de família recai sobre o ordenamento jurídico, o reconhecimento de entidade familiar todo grupo, em que se permeie o elemento afeto, no qual seus membros enxerguem uns aos outros como seu familiar. Estando intimamente ligado aos princípios do Direito de Família, que vêem no afeto sua sustentação e forma de superação dos fatores de discriminação.

A família agora passa a ter uma concepção ampla, há pluralidade de entidades, inspirados na ética e no afeto. Para o Direito de Família adquirir esses referenciais, se fez necessário o entrelaçamento de normas Constitucionais nos §§1º ao 8º do artigo 226 e artigo 227 e Infraconstitucionais (leis e súmulas).

É importante salientar que um código por mais amplitude que sustente, não é capaz de comportar todas as inovações ocasionais, pois o humano possui complexidade e todo momento requer normatizações. Valoriza-se o direito, à medida em que melhor satisfaz os fatos relacionados à convivência do homem.

Assumindo uma estrutura característica, socialmente reconhecida, e com interação regular e recorrente, emerge diferentes tipos de famílias, cada qual com seu conceito e peculiaridades.

O Código Civil retrata apenas alguns modelos de família. Atualmente, há projeto de Leis disciplinando mais profundamente a matéria, no que futuramente há de se transformar no Estatuto da Família.

2.2 Tipos de família

Estudos e pesquisas realizados por órgãos públicos como o IBGE³, classificam as espécies de famílias da seguinte forma: família matrimonial, concubinato, união estável, família monoparental, família anaparental, família pluriparental, eudemonista, homoparental, família paralela, família unipessoal.

Família matrimonial decorre do casamento como ato formal, é o mais tradicional conceito de

³Dados obtidos junto ao IBGE, referente ao ano de 2009. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=774>. Acesso em 08/12/2009.

família (DIAS, 2009). O concubinato são as relações não-eventuais existentes entre homem e mulher impedidos de se unir formalmente. Atenta-se que não há previsão de proteção ao concubinato no Estatuto da Família, deixando claro a repúdio do legislador.

A união estável é a relação entre homem e mulher que não tenham impedimento para o casamento (DIAS, 2009). A grande característica é a informalidade, a vivência de forma não passageira nem fugaz, em convívio como que se marido e esposa fossem e, em regra ser não-registrada, embora possa obter registro.

O art. 1.723 do Código Civil estabelece que: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família." (BRASIL, 2009, p.302)

Família paralela é aquela que sobrepuja a monogamia, sendo formada por um dos integrantes que participa como cônjuge de mais de uma família. A relação paralela recebe denominações torpes, e são sujeitados à tenuidade (DIAS, 2009). Simplesmente não se reconhece ou assume sequer sua existência, impondo-lhe uma insignificância absurda. Uniões que perseveram por toda uma vida muitas vezes com prole e reconhecimento social, são exclusas da tutela jurisdicional.

Família monoparental é a relação que possui apenas a presença de um dos pais, em que este é o responsável pela educação e criação de seus filhos, estando protegido pelo vínculo de parentesco de ascendência e descendência (DIAS, 2009). A presença de apenas um genitor nominal do liame familiar e está prevista na CF/88, artigo 226, §4º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

...

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 2009, p. 61)

Difícilmente, o vínculo afetivo sucedido da verticalidade é satisfatório. A relação entre parentes ou entre pessoas, que não possuem grau de parentesco, concernente a uma entidade de mesmo propósito, implica a existência de um tipo familiar, a qual se denomina anaparental (DIAS, 2009). Ainda que não

exista enlace sexual nesse tipo de união, a convivência implica o concurso de atos e intenções afins, constituindo o desenvolvimento familiar, sendo assim cabível a aplicação analógica das normas de união estável.

Tem-se por família pluriparental a entidade familiar advinda do rompimento de vínculos familiares anteriores e criação de novos laços (DIAS, 2009). A qualificativa advém da organização peculiar do núcleo, reestruturado por casais em que um ou ambos vêm de uniões anteriores. Eles trazem consigo seus filhos, dos relacionamentos anteriores e, muitas vezes, adquirem novos filhos.

Eudemonista é aquela família decorrente do afeto. O Eudemonismo é um sistema que busca a felicidade individual, vivenciando um processo de emancipação de seus membros. Não havendo neste modelo familiar a necessidade de consangüinidade ou parentesco, a união pode ocorrer por afeto ou simplesmente através da afinidade entre as pessoas.

Existe, também, a chamada família unipessoal, que é a composta por apenas uma pessoa (DIAS, 2009). Recentemente, o STJ lhe conferiu à proteção do bem de família, que se dá resguardando o direito constitucional de moradia, como se infere na súmula 364: "o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas."

E por último, a tão polêmica, questionada e discutida família homoparental. Família homoafetiva, como também é chamada, é aquela decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, as quais se unem para a constituição de um vínculo familiar (DIAS, 2009).

A homossexualidade sempre existiu, sofreu um longo período de perseguição e restrição. Contudo, atualmente, há uma maior aceitação e vivência com o que a muito é fato social, porém, há ainda muito para que o preconceito seja definitivamente ultrapassado, em que a sociedade veja a união homoafetiva como uma entidade familiar, possuidora de direitos e deveres como os demais. Preconceito esse, que advém desde o legislador constituinte às normas infraconstitucionais, que se omitiram em legislar sobre as uniões homoafetivas, disciplinando expressamente que a união estável é formada pelo homem e pela mulher.

A união homossexual deve ser tratada perante o foro de família, de acordo com a semelhança da

coabitação - o afeto -, e pelas conseqüências desta, que podem advir. O não reconhecimento do caráter de entidade familiar decorrentes desse vínculo ofende aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Afinal, como aduz a Desembargadora Maria Berenice Dias (2004),

"se a realidade social impôs o enlaçamento das relações afetivas, a partir de uma definição de família unicamente pela presença de um vínculo afetivo, mister reconhecer a existência de duas espécies de relacionamento interpessoal: as relações heteroafetivas e as homoafetivas, pois, ambas, sem distinção, constituem-se por comprometimento afetivo."

2.3 Estatuto da família

No que concerne ao Estatuto da Família, que começou a tramitar no Congresso Nacional em 25/10/2007 o PL nº 2285/07 de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, este propõe a revisão e uma grande reforma em todo o sistema jurídico brasileiro sobre a família. Projeto de Lei que é produto da reflexão de dez anos de existência do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, que veio instalar novos paradigmas jurídicos para a organização das famílias. (IBDFAM, 2008.)

O Estatuto da Família encontrará obstáculos por parte de alguns parlamentares. Pois, há de se realizar, alterações hábeis na estrutura familiar e no sistema jurídico. É um estatuto que inclui e legitima todas as formas de famílias conjugais e parentais. Dentre as quais, estão àquelas constituídas pelo casamento, pela união estável entre homens e mulheres e também as homoafetivas.

Portanto, trará à tona novas estruturas familiares, as quais objetivam no atendimento do afeto, solidariedade, lealdade, confiança e respeito. Este direito está disponível e aplicado a todos (erga omnes), na CF/88, § 8º do artigo 226: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". (BRASIL, 2009, p. 129).

Amparar juridicamente a família é, primeiramente, dar a pessoa tutela jurisdicional, pois é através da família, que ao Estado compete, o dever

de proteger, oferecendo-lhe dignidade e tornando possível o seu desenvolvimento perfeito.

A família é o âmago estrutural do homem. Independente das mudanças que ocorram não há como se desfazer o laço, o que pode acabar é a conjugalidade. Tais modificações e alterações sociais e jurídicas há de vir retratar a mais autêntica realidade vivenciada pela sociedade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indiscutivelmente a valorização dada pelas novas legislações, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visa integrar os vazios legislativos para situações sociais. Assim sendo, se faz necessária uma interpretação mais congruente com a nova realidade, de igualdade entre homem e mulher nas suas relações de convivência.

Há a necessidade de se penetrar no universo dos códigos, da conjugalidade do legítimo legal, para haver a compreensão do complexo universo familiar, cheio de ambigüidades e contradições.

Por fim, nesta análise, pode-se observar que não está ocorrendo uma desagregação, tão pouco substituição da estrutura familiar. Ocorrem sim, mudanças no sentido de um modelo mais informal e democrático das relações familiares em que a interdependência das trajetórias individuais sobrepõe, o conceito de dependência, fazendo com que os arranjos domésticos familiares tomem novas formas, tamanhos e significados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181º da Independência e 114º da República. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Famílias. 5ª ed. São Paulo. RT, 2009.

IBGE. IBGE detecta mudanças na família brasileira. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=774>. Acesso em 08/12/2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 2008. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?observatorio&proposicoes&p=2>>. Acesso em 08/12/2009.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO ABSTRATIVIZADO¹

Marcelo Machado de Carvalho Miranda²

Patrícia Spagnolo Parise³

RESUMO

A pesquisa tem o escopo de fornecer subsídios para analisar a viabilidade da reconfiguração do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se propõe nos autos da reclamação constitucional n.º 4.335, interposta pela Defensoria Pública da União em face de ato de juiz do Estado do Acre, sob a alegação de descumprimento da decisão proferida pela Corte no habeas corpus n.º 82.959, que declarou a inconstitucionalidade da previsão legal que vedava a progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos. O estudo foi desenvolvido a partir da leitura de caráter seletivo de obras doutrinárias, artigos científicos e decisões judiciais. Basicamente, a celeuma gira em torno de uma suposta ocorrência de mutação constitucional no artigo 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil. A Corte Constitucional entende que o Senado Federal é quem tem o condão de suspender a execução da lei por ele declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Porém, no julgamento da reclamação n.º 4.335, cogita-se a possibilidade da função do Senado Federal, nesses casos, restringir-se a de dar publicidade à declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, cuja decisão já adquiriria efeitos gerais e abstratos automaticamente. A reclamação encontra-se suspensa em virtude de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski. A pesquisa concluiu pela ilegitimidade da mencionada mutação constitucional e, portanto, do denominado controle de constitucionalidade difuso de efeitos de controle abstrato. Dentre outras razões, verificou-se a impossibilidade semântica da norma para

a nova interpretação que se busca ofertar ao dispositivo constitucional.

Palavras-chave: execução, lei, Senado Federal, STF, suspensão

1 INTRODUÇÃO

No que tange à decisão judicial de inconstitucionalidade, ela pode surgir a partir de duas formas de controle de constitucionalidade bem distintas, as quais devem ser conhecidas: o controle difuso de constitucionalidade (também denominado aberto, via de exceção ou defesa) e o controle concentrado de constitucionalidade (igualmente chamado de via de ação direta).

O controle difuso de constitucionalidade é herança americana que o Brasil adota desde sua primeira Constituição republicana, de 1891 (MORAES, 2006).

A principal característica do controle difuso de constitucionalidade é a permissão que ela confere a todo e qualquer juiz ou tribunal de realizar o controle de constitucionalidade à luz de um caso concreto.

Nesse controle, o pedido de declaração de inconstitucionalidade nunca é o pedido principal, mas somente um incidente que fundamenta outra pretensão, essa sim principal, razão pela qual a declaração de inconstitucionalidade, nesses casos, sequer faz coisa julgada, já que o incidente é sempre fundamento do pedido e não o pedido em si, e como reza o direito processual, somente a decisão que resolve o pedido faz coisa julgada, não o fundamento do julgado.

De outro lado, o controle concentrado é herança austríaca, que inovou ao instituir um Tribunal Constitucional responsável pelo controle judicial de

¹Artigo extraído de tópico tratado na monografia do autor, intitulada: *Ativismo Judicial*.

²Aluno de graduação, Curso de Direito, Universidade de Rio Verde (FESURV). E-mail: marcelomiranda.jus@uol.com.br

³Orientadora, Profa. Faculdade de Direito, Universidade de Rio Verde (FESURV). E-mail: ps.parise@hotmail.com

constitucionalidade (MORAES, 2006).

Essa espécie de controle tem como objeto a própria declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em tese, ou seja, isolada de qualquer caso concreto. Por isso se diz que o controle de constitucionalidade é abstrato. Repare que, nessa hipótese, o pedido visa à própria declaração de inconstitucionalidade, não se trata de incidente processual.

O Brasil inova na medida em que adota os sistemas de controle difuso e concentrado de constitucionalidade simultaneamente, diferente do que comumente ocorre em outros países.

2 A VISÃO CLÁSSICA SOBRE A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO SENADO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988, na seção que trata do Senado Federal, ao descrever sua competência privativa, prevê a possibilidade da Alta Casa do Congresso Nacional suspender, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (BRASIL, 2009, p.46)

Esse mecanismo, previsto no artigo 52, inciso X, da CF, não é novidade da atual constituição. A primeira carta brasileira a outorgar ao Senado Federal a competência de emprestar generalidade à decisão judicial de inconstitucionalidade foi a Constituição de 1934 (art. 91, IV), disposição esta reiterada nos textos de 1946 (art. 64), 1967/69 (art. 42, VII) e 1988 (art. 52, X) (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

Prevalece que a suspensão da lei pelo Senado Federal serve ao modelo de controle de constitucionalidade difuso, tendo em vista que o controle de constitucionalidade concentrado permite ao Supremo Tribunal Federal fazer, às vezes, de legislador negativo independentemente da atuação da Alta Casa do Congresso Nacional, isto em função do § 2º do artigo 102 da Constituição Federal, observe:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 2009, p. 67).

Conforme se pode observar no julgado do mandado de segurança n. 16.512 de 1966, há muito tempo o STF entende que o ato do Senado Federal que suspende a eficácia da norma declarada inconstitucional é o instrumento hábil para emprestar eficácia erga omnes à decisão proferida pela Corte Excelsa em sede de controle difuso, posição esta dominante até hoje.

Sobre o tema, preleciona Moraes (2006, p.649-650), professor da Universidade de São Paulo - USP, in verbis:

O Supremo Tribunal Federal, decidindo o caso concreto poderá, incidentalmente, declarar, por maioria absoluta de seus membros, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público (CF, art. 97; RISTF, arts. 176 e 177).

A partir disso, poderá oficiar o Senado Federal, para que este, nos termos do art. 52, X, da Constituição, através da espécie normativa resolução, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

O Regimento Interno do Senado Federal prevê, em seu art. 386, que o Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade, total ou parcial de lei mediante: comunicação do Presidente do Tribunal; representação do Procurador-Geral da República; projeto de resolução de iniciativa da comissão de constituição, justiça e cidadania. (...)

A declaração de inconstitucionalidade é do Supremo, mas a suspensão é função do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional, porém a tarefa constitucional de ampliação desses efeitos é sua, no exercício de sua atividade legislante.

Logo, o que prevalece é que a decisão em controle difuso de constitucionalidade tem efeitos *inter pars*, exceto nos casos em que o Senado resolver suspender a eficácia da lei.

Essa é inclusive outra importante diferença entre o controle por via de exceção e o controle por via de ação. Naquele os efeitos valem *inter pars* e *ex nunc*, nesse os efeitos são vinculantes, *erga omnes* e *ex tunc*, via de regra.

2.1 A revisão jurisprudencial do artigo 52, X, da Constituição Federal

O posicionamento que até então dominava a doutrina e a jurisprudência brasileira está sendo revisto na reclamação constitucional n. 4.335, proposta pela Defensoria Pública da União em face de ato de juiz do Estado do Acre, para outorgar ao controle aberto de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal efeitos *erga omnes* e vinculante independentemente da atuação do Senado Federal.

Observe que a reclamação constitucional tem cabimento em quatro casos: a) contra invasão de competência do STF ou do STJ; b) contra desobediência de decisão do STF ou do STJ; c) contra decisão judicial ou ato administrativo que viola súmula vinculante; d) contra recebimento de apelação de sentença proferida em conformidade com súmula do STF ou STJ (súmula impeditiva de recurso).

A reclamação constitucional n. 4.335 justifica o seu cabimento na hipótese de desobediência à decisão do STF, mais precisamente ao *habeas corpus* n. 82.959, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, no qual se decidiu, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da previsão legal que vedava a progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

Portanto, a admissibilidade da mencionada reclamação está sujeita à verificação da desobediência pelo juiz de direito do Estado do Acre ao *habeas corpus* n. 82.959, no qual houve controle de constitucionalidade em via de exceção e não em via de ação, ou seja, que em tese teria efeitos *inter pars* e não vincularia o magistrado, segundo doutrina e jurisprudência então dominantes.

Com fundamento no *habeas corpus* n. 82.959, a Defensoria Pública da União ajuizou pedido de

progressão de regime a certo número de condenados, o qual foi indeferido. O magistrado que julgou o pedido ressaltou que a decisão proferida pelo STF no *habeas corpus* n. 82.959 tem seus efeitos restritos às partes nele envolvidas, e que só alcançaria eficácia *erga omnes* a partir do momento em que o Senado Federal expedisse resolução que suspendesse a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo STF, nos termos do artigo 52, inciso X, da CF. Diante do indeferimento do pedido, a Defensoria ajuizou a reclamação supracitada.

O relator da reclamação constitucional proposta pela Defensoria, o Ministro Gilmar Mendes, considerou haver descumprimento da decisão proferida no *habeas corpus* n. 82.959 pelo juiz do Estado do Acre, ao argumento de que esse precedente vincularia todo o Poder Judiciário, ainda que fruto de controle difuso de constitucionalidade.

Para o referido Ministro do STF, o artigo 52, X, da CF foi alvo de mutação constitucional, devendo, por isso, ser revisto. A literalidade do dispositivo não se coadunaria com o seu sentido real. A função do Senado no controle concreto de constitucionalidade realizado pelo STF deveria ser vista como a de dar publicidade à decisão proferida pela Corte e não o de suspender a lei ou ato normativo.

O voto de Gilmar Mendes foi acompanhado por Eros Grau, por outro lado, divergiram os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence. O julgamento da reclamação constitucional n. 4.335 acha-se suspenso em virtude de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

2.2 Os argumentos do Ministro Gilmar Mendes

Mendes destaca que a teoria da nulidade da lei inconstitucional seria desrespeitada na atual sistemática de controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF. A norma inconstitucional seria nula, e por isso, inexistente desde a sua edição. Não seria necessário um ato do Poder Legislativo encarregado de suspender a lei declarada inconstitucional, já que não haveria razão para suspender ato nulo. A nulidade geraria efeitos por si própria (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

Também argumenta que o papel do Senado Federal no controle aberto de constitucionalidade, instituído no Brasil pela Constituição de 1934, serviria,

àquele tempo, para realizar, na prática, o mesmo papel que a teoria do *stare decisis* exerce nos Estados Unidos (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

Nesse país, a não aplicação da lei declarada inconstitucional decorre do poder vinculante natural da jurisprudência dos tribunais superiores, que inclusive justificariam esse efeito vinculador à teoria da nulidade da lei inconstitucional.

Gilmar Mendes defende que a razão que fundamenta a existência do instituto da suspensão pela Alta Casa do Congresso Nacional da lei declarada inconstitucional pelo STF em controle aberto de constitucionalidade seria a concepção de separação de Poderes que, para ele, resta há muito superada (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

Ademais, aponta que a Constituição Federal de 1988 ampliou o âmbito das possibilidades de controle abstrato de constitucionalidade, fazendo, assim, que todas as questões constitucionais relevantes fossem passíveis de análise pelo STF, o que reduziria a importância dada ao controle difuso de constitucionalidade. Dessa maneira, a diminuta relevância do controle aberto, com efeitos *inter pars* e *ex nunc*, que é realizado por todo magistrado e Tribunal, autorizaria a abstrativização dos efeitos de todo o sistema, com a concentração de forças no STF, já que esta seria a intenção da Constituição de 1988 (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

Segundo aponta o Ministro, as novas ferramentas de controle de constitucionalidade trazidas pela atual Constituição não se compatibilizariam com o artigo 52, X, da CF.

Explica que a referida previsão constitucional não serviria para conceder eficácia geral e efeito vinculante às decisões do STF que, ao invés de declarar a inconstitucionalidade de lei, restringem-se a determinar uma orientação constitucionalmente adequada (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

Nesses casos em que o STF restringe determinado significado de uma expressão literal ou colmata lacuna, enfim, nas hipóteses de interpretação conforme a Constituição em geral, o Senado não poderia intervir para estender os efeitos da decisão, uma vez que não se trata de inconstitucionalidade de lei.

Igualmente, o instituto ora tratado não tutelaria os casos em que o Tribunal declarasse a constitucionalidade de um dispositivo, através da rejeição

de uma arguição de inconstitucionalidade, bem como nas hipóteses de não recepção de uma norma pré-constitucional (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

Na defesa de seu posicionamento, Gilmar Mendes também faz referência a uma série de institutos diversos em que o STF tem o poder de conferir efeito genérico e vinculante, o que revelaria a inconsistência e a superação do atual modelo, tais como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; provimento e improvimento de recurso extraordinário pelo relator, quando estes estiverem em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior; ação civil pública e mandado de segurança coletivo; as súmulas vinculantes (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009).

Aliás, ressalta que a inexecução de uma lei inconstitucional não deveria ficar a mercê da vontade de um órgão marcadamente político, mas sim aos órgãos judiciais, cujo papel diuturno é a aplicação do Direito (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p.1135).

Dessa maneira, o Ministro entende que o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF tem efeitos *erga omnes* e vinculante independentemente da atuação da Alta Casa do Congresso Nacional. Observe:

se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa "força normativa". Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. (...) A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. (MENDES, 2004, citado por CAMARGO, 2008, p.119).

2.3 Os equívocos teóricos da doutrina do Ministro Gilmar Mendes

Como se observa, um dos pontos fundamentais da tese levantada pelo Ministro Gilmar Mendes reside

justamente na ocorrência de um processo de mutação constitucional do artigo 52, X, da CF.

Por mutação constitucional se entende o fenômeno de alteração do sentido da norma constitucional sem, contudo, ocorrer alteração do seu texto, seja em virtude de uma nova percepção da realidade fática, seja por uma nova visão sobre o direito.

Portanto, é possível afirmar que a mutação constitucional é um fenômeno informal de alteração da Constituição. A alteração formal do Texto Máximo do Estado se dá por emenda à Constituição, que reúne um conjunto de atos e solenidades que devem ser respeitados. Já a alteração informal é a mutação, cujo fundamento teórico é a concepção da norma constitucional como um texto vivo, sensível às mudanças sociais e teóricas. (BARROSO, 2009).

Ocorre que a mutação constitucional encontra limites. Da mesma forma que não podem ser volúveis, as constituições não podem ser imutáveis. A lei fundamental não poderá ser imodificável, para que não perca sintonia com a realidade que busca reger, do mesmo modo, não deverá ser demasiadamente flexível, sob pena de sucumbir valores e preceitos fundamentais a casuísmos políticos. Existe uma tensão permanente entre rigidez e plasticidade que deve ser balanceada.

A mutação constitucional equilibra-se nesse ponto de conflito, ou seja, no reconhecimento da plasticidade da constituição, todavia, limitada às possibilidades interpretativas de sua redação gramatical.

Nesse sentido, afirma Barroso (2009, p.127), *in verbis*:

a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador.

É evidente que a mutação constitucional defendida pelos paladinos do denominado controle de constitucionalidade difuso abstrativizado esbarra em um dos limites desse fenômeno jurídico, qual seja: possibilidades semânticas do relato da norma; uma vez

que a expressão "dar publicidade" não é nada compatível com "suspender".

Embora não tão cristalino, também há que se cogitar se essa mutação constitucional defendida por Gilmar Mendes também não esbarra no segundo limite destacado por Luís Roberto Barroso, uma vez que a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal retirar do ordenamento jurídico uma norma declarada incidentalmente inconstitucional viola o princípio da separação dos poderes, eis que desequilibra a balança divisória de poder do Estado, prejudicando a harmonia reclamada pelo artigo 2º da Constituição Federal.

Admitir a ocorrência de mutações constitucionais ilegítimas é perigoso, na medida em que o reiterado distanciamento da redação gramatical posta no texto da CF de 1988 reduz a força normativa da constituição.

Ora, não haveria outra maneira para que o Ministro pudesse defender seu entendimento, uma vez que a clareza do texto constitucional fala em "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei" (BRASIL, 2008, p.53) e não em "dar publicidade à decisão do STF", como ele deseja. Assim, como explicar tal discrepância entre redação da lei e interpretação extraída? A solução encontrada foi o fenômeno da mutação constitucional.

Ademais, no que pese a Carta de 1988 ter ampliado o rol de ações abstratas, o que, segundo informa Gilmar Mendes, tornaria menor a importância do controle aberto de constitucionalidade, tal fenômeno não serve para fundamentar a possibilidade da abstrativização dos efeitos da declaração do controle incidental, ao contrário, serve para não permitir que isso ocorra.

Se a Constituição Federal de 1988 já municiou o Supremo Tribunal Federal de uma série de medidas capazes de fazer as vezes do controle difuso de constitucionalidade com efeitos abstratos, não há razão de superar a clara redação do artigo 52, X. Via de exemplo, admitir tal possibilidade esvazia o sentido de ser da súmula vinculante. Observe que a súmula vinculante é instrumento hábil para cumprir com a nova função que Gilmar Mendes quer dar ao controle de constitucionalidade em via de exceção.

Assim, se é dado que a Lei Ápice brasileira instalou um sistema que ampliou o âmbito de possibilidades do controle abstrato de constitucionalidade, não há porque se valer de

interpretações de caminhos tão tortuosos para potencializar ainda mais o que já foi feito pela própria Constituição. Ao contrário, deve o intérprete ter mais atenção aos momentos em que o legislador constituinte tratou de limitar esse campo de ação, para o fim de não desequilibrar a balança de poderes.

No mesmo sentido, ainda que o artigo 52, X, da Constituição Federal, em sua concepção original, não seja hábil para abstrativizar os efeitos de decisão que declare a constitucionalidade de uma lei, a recepção ou não de uma norma pré-constitucional, ou que confira a determinada disposição normativa uma interpretação constitucionalmente adequada, isso não quer dizer que o papel do Senado deva ser revisto para abarcar estas situações. O argumento é o mesmo: o STF possui instrumentos que substituem o controle de constitucionalidade incidental nesses aspectos, e, aliás, se o legislador constituinte não previu a existência desses efeitos é porque intencionalmente quis limitá-los, justamente em atenção às amplas possibilidades de atuação outorgadas à Corte.

Observe que o STF é um órgão judiciário e, como órgão judiciário que é, não deveria manifestar tamanho interesse na busca de atividades tipicamente legislativas.

Atente-se também para a sistemática constitucional de controle de constitucionalidade, que possui amplo rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. É certo que o STF não será o único nesse país a notar disposições normativas que se distanciem do sentido da Lei Maior. É cediço que assim que surjam hipóteses de norma ou ato violador de mandamento constitucional um dos legitimados pela Carta Constitucional a propor ação direta irá se manifestar por esse meio. Trata-se, inclusive, de um eficiente método de divisão de poder. O STF deve ser inerte, como um órgão Judiciário comum, e esperar que seja acionado.

E como já foi bem observado, caso na atuação do STF verificar-se a omissão dos legitimados para a propositura da ação declaratória de inconstitucionalidade, fazendo com que casos de inconstitucionalidade venham repetidamente requerer a análise do Tribunal, existe a súmula vinculante para sanar tal omissão.

Pois bem, diferente do que defende o Ministro, a teoria da separação de Poderes não foi superada, mas sim adaptada, principalmente em razão

da incidência da teoria dos freios e contrapesos.

Montesquieu, partindo da doutrina do inglês Locke, concebeu a teoria tripartite de repartição do poder com o ideal de preservar a liberdade política quanto à sua relação com a constituição. Nesse ponto, importante se apresenta colacionar as próprias palavras de Montesquieu (2002, p.165-166):

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último "o poder de julgar", e o outro chamaremos, simplesmente, "o poder executivo do Estado".

A liberdade política, em um cidadão, é essa tranquilidade de espírito que decorre da opinião que cada um tem de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que em um cidadão não possa temer o outro.

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.

Para esse autor, só haveria liberdade política se a direção das funções executiva, legislativa e judiciária fosse repartida para pessoas diversas.

Veja que os ensinamentos do filósofo nesse tanto não restam ultrapassados, conforme deseja pregar o Ministro Gilmar Mendes, já que para a maioria dos Estados ocidentais a estrutura proposta por Montesquieu funciona como a principal ferramenta de contenção de abuso de poder.

Esta é a regra. São exceções os casos de funções atípicas de poder, nos quais um poder, em razão de determinados motivos específicos, acaba reunindo dentro de suas possibilidades institucionais uma função que tipicamente seria atribuído a outro.

No que pese a doutrina de Montesquieu não seja adotada de forma pura pelos diversos Estados, como é o caso do Brasil, de muito dela não se afasta, eis que não há nação ocidental democrática que opte por divisão de poder diferente, bem como não há quem permita a reunião das funções estatais mais importantes num só centro de poder.

Consoante ensina Silveira (1999), a doutrina dos freios e contrapesos é o desenvolvimento da teoria da tripartição dos poderes à vista da Constituição americana. Especifica que o balance tem origem inglesa, através do qual se permitiu que a Câmara dos Lordes, representada por nobres, passasse a equilibrar os projetos de leis advindos da Câmara dos comuns, composta por pessoas do povo, no intuito de evitar que leis fossem aprovadas por pressões populares momentâneas.

Também o mencionado autor destaca que o check surge a partir do famoso caso *Marbury x Madison*, de 1803, no qual o Justice Marshal declarou em sua opinião que o Poder Judiciário tinha a finalidade constitucional de declarar a inconstitucionalidade dos atos do Congresso, quando, a seu juízo, entender que tais atos não são compatíveis com a Lei Ápice. O check, portanto, acaba se identificando com o fenômeno identificado por judicial review, através do qual o Judiciário passa a controlar os atos dos outros dois poderes do Estado.

Sobre a essência da tese dos freios e contrapesos, também denominada checks and balances, válida é a expressão de Rose (1986) citado por Silveira (1999, p.100), observe:

Most importantly, it established the principle of a "balance of power" to be maintained among the three branches of government - the executive, the legislative and the judicial. Under this principle, each branch was provided the independent means to exercise checks on and to balance the activities of the others, thus guaranteeing that no branch could exert dictatorial authority over the working of the government.⁴

Por isso que é correto afirmar que a tese do checks and balance serve para confirmar a teoria da tripartição dos poderes e não para excepcioná-la, haja vista que os freios e contrapesos constituem um conjunto de medidas que visam impedir a sobreposição de um dos ramos do poder sobre o outro, ou seja, que objetiva a conservação da estrutura proposta por Montesquieu.

A visão contemporânea de tripartição de poderes diverge da tripartição original de Montesquieu no ponto em que, aparentemente de forma contraditória, concentra duas ou mais das funções essenciais do Estado (executar, legislar, fiscalizar e julgar), de forma excepcional e pontual, num mesmo órgão (Poder Executivo, Poder Legislativo ou Poder Judiciário) para, assim, impedir que um desses ramos do Estado invada o campo de atuação do outro. Trata-se de uma exceção que visa conservar a regra: a divisão das funções e, portanto, da quantidade de poder.

Tanto que Peter L. Strauss, professor da Columbia Law School, citado por Garvey e Aleinikoff (1991, p.191), aduz:

Checks and balances [...]. Like separation of powers, it seeks to protect the citizens from the emergence of tyrannical government by establishing multiple heads of authority in government, which are the pitted one against another in a continuous struggle; the intent of that struggle is to deny to any one (or two) of them the capacity ever to consolidate all governmental authority in itself, while permitting the whole effectively to carry forward the work of government.

⁴Mais importante, isto estabeleceu o princípio da "balança do poder" sobre os três ramos do governo - o executivo, o legislativo e o judicial. Debaixo desse princípio (princípio da separação), cada ramo do poder foi provido de independentes meios de exercer checks on and to balance as atividades dos outros dois, assim garantindo que nenhum ramo pudesse alguma vez exercer autoridade ditatorial sobre os trabalhos do governo.

In theory, the joining of all government functions in one authority, unchecked by others, was an invitation to tyranny. Interpretation of function and competition among the branches would protect liberty by preventing the irreversible accretion of ultimate power in any one.⁵

Repisa-se, a regra ainda é a repartição de cada uma das três funções em tanques estancados, a exceção é a outorga pela constituição de funções atípicas, consoante se pode entender da citação que Garvey e Aleinikoff (1991) fazem das palavras de Charles L. Black Jr., ex-professor da Columbia Law School, e Stephen L. Carter, professor da Yale Law School, veja:

What a government of limited powers needs, at the beginning and forever, is some means of satisfying the people that it has taken all steps humanly possible to stay within its powers. That is the condition of its legitimacy, and its legitimacy, in the long run, is the condition of its life.

The balance of powers among the three branches of the federal government is a delicate construct, and if any one of the branches is empowered to create new checks on the others that branch will be in the position to upset the very balance that it purports to protect.⁶

Ante o exposto, verifica-se que continuar o processo de concentração dos poderes no Judiciário, seja através de reformas legais e constitucionais que amplie ainda mais suas possibilidades institucionais, seja por meio de interpretações que visem a este mesmo efeito, prejudicará a estrutura do Estado brasileiro, na medida em que concentrará demasiados poderes num só órgão: o Poder Judiciário.

Aquele que alcança o poder com ele se identifica. O seu exercício é apaixonante. Nos casos dos cargos

técnicos, em que o seu preenchimento é realizado não pelo voto popular mas pelo destaque do conhecimento, o efeito colateral tende a ser mais severo, já que o intelectual tem a convicção de estar mais preparado que os outros para o exercício do poder, razão pela qual se sente confiante para tentar concentrá-lo em si.

Corroborando este entendimento, Montesquieu (2002, p.167) ensina: Desse modo, os príncipes que quiseram tornar-se despóticos, começaram sempre por concentrar em sua própria pessoa todas as magistraturas; e vários reis da Europa chamaram a si todos os grandes cargos de seu Estado.

A melhor solução é sempre a moderação. No momento, não se sentem os efeitos dessa concentração de poderes no STF, porém, caso essa tendência continue, ampliando ainda mais as possibilidades institucionais desse órgão da Justiça, é certo que se vivenciarão as consequências.

É necessário reerguer o legislativo, mediante reformas que torne mais eficiente a produção de leis, bem como mecanismos que limitem o exercício da candidatura.

É inadmissível que candidatos com históricos de crimes e corrupção continuem no poder, bem como não se pode conceber que pessoas sem a menor instrução educacional ocupem cargos de tal grau de relevância.

Logo, esse processo paulatino de concentração de poderes no Judiciário tem de ser visto com cautelas, sob pena de se instalar um estado-judiciário despótico, cuja atuação dependerá cada vez mais da manifestação dos 11 ministros que ocupam a Corte Constitucional, suprimindo a força institucional dos demais órgãos estatais, especialmente o Congresso Nacional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz das considerações articuladas, fica evidente a impossibilidade de se ofertar ao controle

⁵Através dos checks and balances, como na separação dos poderes, procura-se proteger o cidadão contra o surgimento de governo tirânico, ao estabelecer múltiplas cabeças de autoridade no governo, as quais se posicionam uma contra a outra em permanente batalha; a intenção da luta é negar a uma (ou duas) delas a capacidade de permanentemente consolidar toda autoridade governamental em si mesma, enquanto permite efetivamente ao todo desenvolver o trabalho.

Em teoria, a junção de todas as funções governamentais em uma só autoridade, não controlada pelas outras, é um convite à tirania. A interpenetração das funções e a competição entre os ramos protegerão a liberdade ao prevenir a adição irreversível do poder final em um só deles.

⁶O que um governo de poderes limitados precisa no começo e para sempre, ao utilizar os meios de satisfazer o povo, é tomar todos os passos humanamente possíveis para permanecer dentro do seu poder. Isso é condição de sua legitimidade, e sua legitimidade, ao longo do tempo, é condição de sua própria vida.

O balanceamento do poder entre os três ramos do governo federal é uma construção delicada, e se a um dos corpos é dado poder para criar novos controles sobre os outros departamentos, estará em posição de causar preocupação no balanceamento que tem como propósito proteger.

difuso de constitucionalidade efeitos típicos do controle abstrato, ou seja, força vinculante e erga omnes.

Por mais que o instrumento previsto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, em sua literalidade, não seja capaz de abarcar todas as questões sobre constitucionalidade de normas, tais como interpretação conforme, declaração de constitucionalidade e recepção constitucional, é evidente que existem outras ferramentas que servem a essas necessidades.

A intenção manifestada por alguns ministros do STF de rever os efeitos do controle difuso de constitucionalidade nos moldes descritos é faceta de um fenômeno entendido por "ativismo judicial".

Vivencia-se a frequência inversa do efeito pêndulo do positivismo, este que, por sua vez, trouxe consequências bastante negativas no decorrer da Segunda Guerra Mundial, ao legitimar juridicamente atrocidades das mais variadas espécies.

Por enquanto, essa postura proativa do Poder Judiciário, que surgiu com mais força no Brasil a partir de 1988, trouxe ao Estado mais benefícios do que malefícios, eis que foi eixo fundamental para a estabilização da democracia após o fim da ditadura militar.

Todavia, esse processo paulatino de concentração de poderes no Judiciário tem de ser visto com cautelas. Há que se frear esse crescimento. Não é porque um medicamento funcionou bem que tem de se aumentar a sua dose, mas sim que seja mantida a receita original. Qualquer mudança numa dada fórmula que deu certo tem de ser cuidadosa, especialmente quando o que se põe em jogo é

importante e de impactos irreparáveis. Abusos nunca são saudáveis. E o que se vê é uma tendência ao abuso. Espera-se que isto não ocorra, e talvez não ocorra. Porém, mesmo assim, incumbe ao Estado fechar todas as portas que possibilitem acesso ao excesso de poder, ao invés de deixá-las abertas, condicionando o uso dessas passagens ao alvitre de quem está no trono, que poderá fazer uso delas ou não, segundo seus desejos, pressões, vaidades ou necessidades.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. edição. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 2008. 438p.

CAMARGO, Marcelo Novelino. Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Método, 2008. 720p.

GARVEY, John H.; ALEINIKOFF; Thomas Alexander. Modern constitutional theory: a reader. Saint Paul: West Publishing, 1991. 820p.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do espírito das leis. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. 727p.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Freios e contrapesos (checks and balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 199p.

GREVE DOS POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DE GOIÁS

Renata Maria de Oliveira Assis¹

Marcelo Machado de Carvalho Miranda¹

Marcus Vinicius Ribeiro de Almeida¹

Queren Hapuque de Leles Losi¹

Prof. Adriana Ferreira Paula²

RESUMO

O trabalho identifica a origem do direito de greve, em âmbito mundial e nacional, analisando seu conceito e natureza jurídica, não se esquecendo de trazer a experiência do direito comparado sobre a matéria. Definidas as premissas básicas sobre o direito de greve, passa-se a abordar o mandado de injunção, que, por sua vez, constitui instrumento de garantia processual que visa assegurar direitos materiais, dentre eles, o direito de greve. Explora-se o tratamento jurídico dado ao mandado de injunção, sobretudo no âmbito da jurisprudência do STF, trazendo, a partir daí, as conseqüências que esse entendimento judicial acarreta ao exercício da greve. Demonstra-se a problemática da aplicação da lei de greve da iniciativa privada ao setor público, focando-se, por fim, à greve dos policiais civis em Goiás.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança pública, direito de greve, funcionário público, polícia civil, legalidade

1 INTRODUÇÃO

O direito de greve recebeu diversos tratamentos na história, desde o de delito até o de direito constitucional.

Na visão constitucional brasileira, o direito de greve vem tratado como um direito fundamental, sendo garantido tanto para trabalhadores da iniciativa pública e privada.

Embora exista previsão legal regulamentando o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, o mesmo não ocorre para os da iniciativa pública, sendo esse o grande empecilho para o exercício desse direito.

É nesse cenário que se encontra a greve dos

policiais civis de Goiás. Embora esses servidores públicos se encontrem em precárias condições de trabalho, os mesmos têm encontrado grandes dificuldades para fazer valer o direito de greve assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS SOBRE O DIREITO DE GREVE

A origem da palavra "greve" é francesa, mais especificamente porque nas proximidades do Rio Sena, em Paris, localizava-se uma praça chamada Place de Grève ao qual trabalhadores à procura de emprego, ou insatisfeitos com as condições de trabalho oferecidas pelos empregadores, se reuniam com demais operários (MARTINS, 2006).

Devido as cheias do Rio Sena, era comum o acúmulo de pedras e gravetos às suas margens, por isso a praça foi batizada de Place de Grève. Os primeiros movimentos coletivos de paralisação organizados pelos trabalhadores para a defesa dos interesses coletivos e reivindicações de melhores condições de trabalho surgiram na Place de Grève, daí surgiu o termo "greve", que é originário de "gravetos", em alusão aos amontoados de pequenos pedaços de madeiras que se formavam nas proximidades da praça francesa, os quais eventualmente eram utilizados nos protestos (MARTINS, 2006).

Segundo Nobre (2009) "há estudiosos que vinculam a história das greves ao movimento sindical já em voga na Revolução Industrial (1760 a 1850), enquanto outros atribuem suas origens à luta dos trabalhadores durante a Revolução Francesa (1789)".

A partir de então a greve começa a ganhar o mundo, e em alguns países foi considerada um delito. Conforme Martins (2006), na Antiguidade, no Direito

¹Alunos do 10º período do curso de Direito da Fesurv - Universidade de Rio Verde - 2009/2 Autores

²Professora do curso de Direito da Fesurv - Universidade de Rio Verde - Orientadora

Romano, na Inglaterra, na Itália, no Brasil, e, inclusive na França a princípio, a greve era considerada um delito praticado pelos trabalhadores. Em algumas legislações se estabelecia quem poderia exercer a greve ou não, outras previam penas de prisão e multa para qualquer integrante da greve, e na Inglaterra era considerado crime de conspiração contra a coroa.

Consoante Martins (2006, p. 830),

na história da greve vamos verificar que ela foi cronologicamente considerada um delito, principalmente no sistema corporativo, depois passou à liberdade, no Estado Liberal, e, posteriormente, a direito nos regimes democráticos.

Sussekind (2000, p.1220), em relação as proibições de greve no mundo, diz que: "essa proibição deu-se de maneira generalizada em toda a Europa, iniciando na Itália por volta de 1236, seguindo-se na Inglaterra em 1349, na França em 1355 e na Alemanha em 1371, situação que perdurou até o final do século XVIII".

Apesar das diversas manifestações de greve pelo mundo, no que tange ao conceito de liberdade, delito e direito, o primeiro país a reconhecer definitivamente a greve como um direito a ser exercido pela classe trabalhadora foi a Itália, no ano de 1947 (MARTINS, 2006).

Indubitavelmente, a Itália se transformou em fonte inspiradora de muitos países, ao reconhecer legalmente o direito de greve aos trabalhadores.

2.1 Greve no Brasil

Após a abolição dos escravos em 1888, surge a relação de emprego como fator socioeconômico no Brasil. A primeira legislação a tratar de greve a considerou um delito, o Código Penal de 1890 proibia o agrupamento de pessoas para defesa de interesses coletivos trabalhistas, posteriormente esta previsão legal foi revogada pelo Decreto nº 1.162 de 1890 (DELGADO, 2009).

Explica Pizzetti (2009) que "sob o ponto de vista Constitucional, as Cartas Políticas Brasileiras de 1824, 1891 e 1934 se omitiram acerca do direito de greve; a Constituição de 1937, porém declarou a greve e o 'locaute' como recursos anti-sociais".

Conforme Delgado (2009, p.1439),

a Carta de 1937 conferiu expressão normativa à tendência autoritária manifestada tempos atrás pelo Governo Provisório, colocando a greve na ilegalidade. Em seguida, outros diplomas infraconstitucionais repetiram a mesma orientação normativa de proibição e, até mesmo, criminalização dos movimentos paredistas.

Ilustrativamente, Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei n. 431, de 1938), Decreto n. 1.237, de 1939, Código Penal de 1940; finalmente, a própria CLT, de 1943, em seu art. 722.

Em 1945, o Brasil e o mundo sofreram vários impactos oriundos da Segunda Guerra Mundial, motivo que corroborou para o início do processo de redemocratização no país. O então presidente Gaspar Dutra editou o Decreto-lei nº 9.070 de 1946, que continha em seu texto reconhecimento bastante restrito à greve, já que admitia a greve somente no que se referia às atividades acessórias, proibindo-a no que dizia respeito às atividades conceituadas como fundamentais (DELGADO, 2009). Ademais, o artigo 158 da CF de 1946 previu a greve como um direito dos trabalhadores.

Em 1964, com o golpe militar, inicia-se a ditadura no país, revogando-se as disposições anteriores relativas à matéria de greve. O Decreto-lei nº 9.070 de 1946 foi revogado pela Lei Antigreva (Lei nº 4330 de 1964), que estreitou de maneira rigorosa o exercício desse direito trabalhista, transformando-o num direito falsificado, considerado pelos sindicalistas da época uma questão inviável, uma vez que, várias formas de manifestações foram proibidas (MARTINS, 2006).

A CF de 1967 aprovou o direito de greve aos trabalhadores, porém, proibiu o exercício do direito de greve aos funcionários do setor público e do setor das atividades essenciais, tais como saúde, segurança, educação, dentre outros. A greve perdeu mais direitos com o advento do Ato Institucional nº 5, onde as paralisações foram especificamente proibidas em 1968, período em que vigorava o regime militar.

Com a continuação dos movimentos grevistas na década de 70, foram previstas punições pela Lei de Segurança Nacional àqueles que exercitassem a greve, e em 1978 foi editado o Decreto-lei nº 1.632 de 1978, que tipificou as atividades essenciais, impedindo,

expressamente, nesses casos, o exercício da greve (DELGADO, 2009).

Com a promulgação da CF de 1988 (CF de 1988) o direito de greve volta a ser reconhecido, consoante se verifica em seu artigo 37, inciso VII. A partir de então, a oportunidade e os interesses a serem defendidos com a greve ficam submetidos ao julgo dos trabalhadores.

Aliás, convém destacar que o direito de greve dos servidores públicos passa a ser previsto expressamente na CF, por outro lado, a carta constitucional afastou o exercício de tal direito pelos militares.

Para Delgado (2009, p. 1412), o conceito de greve dado pela redação da Lei nº 7.783 de 1989 pode ser sintetizado nas seguintes palavras: "suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregados (art. 2º)".

Esta lei regulamenta o direito de greve em razão dos movimentos grevistas que gerou inúmeras paralisações. Salienta-se que para regulamentar o direito de greve, primeiro foi editada a medida provisória nº 50 de 1989, que posteriormente foi convertida na Lei nº 7.783 de 1989, que tratou do direito de greve da iniciativa privada e definiu as atividades essenciais e necessidades da população.

Por outro lado, atualmente não existe lei específica que regulamenta o direito de greve nos serviços públicos e atividades essenciais.

2.2 Greve no direito comparado

A priori a greve foi proibida e considerada um delito, devido a evolução dos movimentos paredistas, os governantes buscaram meios de manter a ordem socioeconômica de seus países.

Estranho é que em Cuba, o tema greve não é tratado na legislação trabalhista. Neste país a greve é considerada conduta típica prevista no Código Penal (MARTINS, 2006).

Conforme Frediani (2001) citada por Barcelos (2008), relata que na Alemanha, é possível notar a omissão da Constituição de Bonn sobre o direito de greve, tendo se preocupado apenas com o direito de associação. Neste país não existe greve, as normas trabalhista são cumpridas com aferro.

O Direito de Greve em diversos países é proibido para os serviços públicos e atividades essenciais,

a exemplo disso Chile, pois "o art. 19 da Constituição permite a greve, porém há proibição no serviços públicos e nos essenciais" (MARTINS, 2006, p.833).

Outrora, há países que prevê a greve de forma diferenciada, no entanto outorgam essa responsabilidade aos sindicatos, pois é reconhecida como um direito sindical e não dos trabalhadores, são os países: Argentina, Uruguai, Estados Unidos, Portugal (MARTINS, 2006).

Na França, a greve é prevista na Constituição de 1946. Deve ser exercida nos termos da lei e admite greve no setor público, segundo a Lei de 31-7-63, há necessidade de aviso prévio de cinco dias. A greve é proibida na polícia, Forças Armadas e magistratura, neste país (MARTINS, 2006).

A Espanha e a Itália seguem a corrente francesa. A primeira prevê o direito de greve como garantia constitucional, que será regulamentada por lei ordinária. É permitida aos funcionários do setor público, atendido os requisitos, porém é proibida para as Forças Armadas e corpos de segurança. A segunda estabelece o direito de greve na Constituição de 1948 e remete a lei ordinária para regulamentá-la, permite greve no setor público, mediante aviso prévio de 10 dias (MARTINS, 2006).

No Japão, novamente Frediani (2001) citada por Barcelos (2008, p.15) "a greve é feita de forma interessante, em vez dos trabalhadores pararem com os serviços, os grevistas usam fitas vermelhas em substituição à paralisação das atividades laborais." Os japoneses evitam outros tipos de manifestações por considerarem o movimento paredista vergonhoso.

Portanto, o Direito de Greve vem aderindo as legislações no mundo ao passo da evolução socioeconômica de cada país. Direitos antes proibidos, atualmente são permitidos pela lei. A garantia do Direito de Greve aos serviços públicos e essenciais corresponde a maior evolução do homem e consagração ao principio da igualdade, liberdade e fraternidade, que inclusive são lemas da Revolução Francesa e marco inicial da origem do Direito de Greve no mundo como direito fundamental dos cidadãos.

2.3 Natureza jurídica do direito de greve

A doutrina é divergente em relação a natureza jurídica do Direito de Greve. Cada doutrinador defende uma tese.

Todavia, a conclusão em que todos autores chegam é a prevista no art. 9º da CF de 1988, conforme Delgado (2009, p. 1434),

a natureza jurídica da greve, hoje, é de um direito fundamental de caráter coletivo, resultante da autonomia privada coletiva inerente às sociedades democráticas. É exatamente nesta qualidade e com esta dimensão que a Carta Constitucional de 1988 reconhece esse direito (art. 9º).

Diz o art. 9º CF de 1988: "é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre oportunidade de exercê-lo e sobre interesses que devam por meio dele defender."

2.4 Greve na iniciativa privada

Como mencionado anteriormente, o direito de greve na iniciativa privada foi regulamentado pela Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispôs sobre o exercício do direito de greve, definiu as atividades essenciais, regulou o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, dentre outras providências (BRASIL, 1989).

Estabelece o texto da Lei 7.783 de 1989 que: o exercício do direito de greve é a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador, que deverá ser notificada ao empregador com antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. A entidade sindical será responsável para convocar assembleia e elaborar o estatuto que conterà as reivindicações da categoria, assim como definir a forma de paralisação coletiva da prestação de serviços.

São garantidos os direitos dos trabalhadores previstos na CF de 1988 e arrecadação de fundos, divulgação pública da greve e emprego de meios pacíficos para os trabalhadores aderirem à greve (Lei nº 7.783 de 1989).

Vale ressaltar que, será a Justiça do Trabalho que decidirá sobre a procedência ou improcedência das reivindicações feitas pelos trabalhadores.

O art. 10 da Lei nº 7.783 de 1989 definiu as atividades essenciais, dentre elas atendimento médico e hospitalar, funerárias, captação de água, telecomunicações e tratamento de água e esgoto.

Por conseguinte, no que tange a segurança pública, dispõe o art. 11: "nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade".

As disposições estabelecidas nesta lei deverão ser integralmente cumpridas para que os trabalhadores exerçam o direito de greve e não incorrer em movimentos ilegais, como a praticas criminosas.

Porém, o direito de greve da iniciativa pública não foi regulamentado pela referida lei ordinária, nem por outro instrumento legal, carecendo de regramento.

2.5 O direito de greve dos servidores públicos

A greve é um direito fundamental de segunda geração, o qual é assegurado pela CF em seu Título I, nominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", mais especificamente no Capítulo II, cuja denominação é "Dos Direitos Sociais", precisamente no artigo 9º e seus respectivos parágrafos. Segue a redação do dispositivo:

art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei (BRASIL, 2008).

No que tange ao direito de greve dos servidores públicos, a CF de 1988 dedicou dispositivo específico a essa categoria de trabalhadores, inserido no Título III, que se refere à "Organização do Estado", dentro do Capítulo VII, que por sua vez trata da "Administração Pública", no art. 37, inciso VII. Vale colacionar a redação do dispositivo constitucional: "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica".

Frente aos dispositivos constitucionais colocados, não há dúvida que o legislador constituinte tenha assegurado o direito de greve no Estado Brasileiro, contudo, a realização desse direito

depende de ato complementar do Legislativo, qual seja: a edição de lei que regulamente de forma pormenorizada o direito de greve.

Embora todas as normas constitucionais sejam dotadas de eficácia jurídica, entre elas existe uma evidente diversificação do grau de eficácia. Observando essa peculiaridade é que Silva (2007) realizou a clássica classificação das normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada, subdividindo essa última em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

Normas de eficácia plena são aquelas de aplicabilidade direta, imediata e integral, vale dizer, não dependem de legislação posterior que lhe confira aplicabilidade, funcionam desde a sua entrada em vigor, e não são passíveis de restrição por outras normas infraconstitucionais.

Já as normas de eficácia contida são consideradas aquelas de aplicabilidade imediata, direta e possivelmente não integral, ou seja, são aplicáveis desde a vigência e não dependem de outra lei que regulamente a norma, embora seja possível a sua restrição através da edição de uma norma infraconstitucional. Assim, as normas de eficácia contida são aplicadas de forma plena até a possível elaboração de uma norma restritiva que pode ser editada amanhã, daqui um mês ou um ano, ou talvez nunca.

Por fim, as normas de eficácia limitada são conceituadas como aquelas de aplicabilidade mediata, indireta e reduzida. Nesse caso, a norma não tem eficácia desde a vigência, por isso se diz mediata e não imediata; dependendo de lei que lhe confira aplicabilidade, sendo essa a razão para ser chamada de indireta (CAMARGO, 2008).

A norma de eficácia limitada obrigatoriamente tem a eficácia reduzida, sendo esta uma característica que lhe é inerente. Noutras palavras, o constituinte, verificando que determinado direito não pode, por determinado motivo, ser exercido de forma plena e, não querendo restringir a matéria constitucionalmente (porque isso confere demasiada rigidez legislativa), decide prever a regra, porém condiciona a sua eficácia a posterior restrição a ser feita pela lei infraconstitucional.

Vale lembrar que as normas de eficácia limitada, embora não possuam eficácia positiva, são dotadas de eficácia negativa, ou seja, impedem que o legislador ordinário crie leis em sentido contrário, bem

assim não permitem que outras leis anteriores à norma constitucional sejam recepcionadas quando com ela incompatível.

Como prelecionado, a categoria das normas de eficácia limitada é dividida em normas de princípio institutivo e programado.

Cita-se a explicação de Camargo (2008) sobre a classificação em questão:

1º) Normas de princípio institutivo (ou organizatório): dependem de lei para organizar ou dar estrutura, a entidades, órgãos ou instituições previstos na Constituição; 2º)

Normas de princípio programático: estabelecem objetivos a serem alcançados, programas de ação a serem desenvolvidos, impondo aos órgãos do estado uma finalidade a ser cumprida (obrigação de resultado), sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la.

Postas essas considerações, é evidente que o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da CF, é assegurado por norma constitucional de eficácia limitada, tendo em vista a expressão contida no final do referido dispositivo: "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica".

Essa é a lição de Moraes (2006, p.320):

no tocante ao exercício do direito de greve, a jurisprudência firmou-se no sentido de não ser auto-aplicável, principalmente nos chamados serviços essenciais, inscrito no art. 37, VII, da Constituição Federal, dependendo, para seu amplo exercício de regulamentação disciplinada em Lei. A jurisprudência refere-se à necessidade de Lei Complementar, nos termos da redação constitucional anterior à promulgação da EC nº 19/98: STF - Pleno - MI nº 20/DF - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.690. Dessa forma, entende-se a legitimidade do ato da administração pública que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos-grevistas.

Conforme explicitado nas palavras de Moraes, no mandado de injunção nº 20, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, publicado no diário da justiça

em 22 de novembro de 1996, ficou entendido que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes do advento de lei complementar que regulasse a matéria, decisão essa fundamentada no fato de que o referido direito, assegurado no art. 37, VII, da CF, constitui norma de eficácia limitada, portanto, desprovido de auto-aplicabilidade.

Esse também foi o posicionamento adotado nos julgados dos mandados de injunção nº 485 e 585/TO.

2.6 O mandado de injunção

Como visto até então, não há dúvidas sobre a necessidade de lei que regulamente o direito constitucional de greve dos servidores públicos para que ele possa ser posto em exercício. Por outro lado, também não é certo que o direito constitucional do cidadão fique à mercê da vontade do legislador. Como se vê, passaram quase 21 anos de Constituição e a lei que trata do direito de greve dos servidores públicos não foi editada pelo Congresso Nacional.

Nesse ponto, em razão da grande capacidade de expressão, as palavras de Wambier (2008, p.23) são bastante adequadas:

de fato, absolutamente ineficaz é a previsão de um direito considerado como direito material, se este não puder, pela via processual, ser feito valer contra quem quer que seja que o pretenda violar ou que efetivamente o viole, inclusive o próprio Estado.

Há basicamente duas formas de violar uma regra: por ação ou omissão. Quando se ordena para alguém não caminhar e essa pessoa caminha, a regra foi violada - agiu quando não era para agir. Quando se diz para alguém caminhar devagar e essa pessoa caminha rápido, a regra também foi violada - agiu de forma diferente da devida. Quando se manda caminhar e o sujeito não caminha, igualmente houve violação - não agiu quando era necessário agir. Esse último é o caso de violação por omissão.

Ao assegurar um direito, independentemente do tipo de norma em que ele esteja contido, o constituinte deseja vê-lo realizado, eficaz, incidente, tal qual é o caso do direito de greve dos servidores públicos. Nesse sentido, é cediço que quando a

Constituição prevê uma norma de eficácia limitada, implicitamente é direcionado um comando ao legislador: "faça a norma limitadora". Para assegurar que essa inconstitucionalidade por omissão do legislador não ocorra é que a própria Constituição previu o instituto do mandado de injunção (instrumento de controle concreto de constitucionalidade).

A Constituição Federal de 1988 é a primeira da história brasileira a prever o mandado de injunção, garantia processual essa que tem logradouro no art. 5º, LXXI, da CF:

considerar-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (BRASIL, 2008).

Observando a redação legal posta, verifica-se que o mandado de injunção é uma garantia processual que visa sanar a existência de lacuna técnica (omissão legislativa), tendo cabimento quando, cumulativamente:

1. ocorra omissão legislativa (a) que regulamente o exercício de direitos e liberdades asseguradas constitucionalmente; ou (b) para a efetividade de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, já afirmadas em legislação (ainda que infraconstitucional); 2. o dispositivo careça de norma reguladora (omissão legislativa), impedindo o exercício pelo titular da garantia constitucional acerca de liberdades e direitos, ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (MAZZEI, 2008, p.213).

Portanto, o mandado de injunção tem lugar nos casos em que existe um direito constitucionalmente assegurado, porém seu exercício se encontra obstruído em razão da inexistência de norma regulamentadora (lacuna técnica).

É importante observar que para a impetração do mandado de injunção é necessária a ocorrência da chamada mora legislativa, sendo tal entendida como sendo o transcurso razoável de tempo entre a vigência da CF e a edição da lei por ela exigida para o exercício de certo direito.

Assim entendido, é através do critério da razoabilidade (juízo ponderativo entre a dilação temporal decorrida e a relevância da matéria) que se verificará ou não a existência da mora legislativa, ponto sobre o qual não existe dúvida quando se trata do direito de greve.

Sobre o tema, veja a seguinte ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal (STF):

mora legislativa. Exigência e caracterização. Critério da razoabilidade. A mora, que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar (MANDADO DE INJUNÇÃO...).

Observando as características já apontadas, torna-se evidente que o mandado de injunção é um instrumento transitório, isto porque na medida em que as omissões legislativas forem se extinguindo, o uso desse instrumento também será, ou seja, a partir do momento em que todos os comandos constitucionais dirigidos ao legislador para que inove a ordem jurídica acerca de determinadas matérias sejam obedecidos, não mais haverá espaço para a impetração de mandados de injunção.

Por outro lado, há que se atentar para a observação feita por Mendes (2009), no sentido de que é possível a ocorrência da denominada inconstitucionalidade superveniente, ou seja, sobre a possibilidade de modificação de situações fático-jurídicas acabarem afetando a constitucionalidade das normas - mutação constitucional. Assim, ainda que o legislador eventualmente um dia consiga suprir todos os comandos constitucionais de criação de normas, é possível que a norma editada e até determinado momento tida como constitucional passe, em razão de um acontecimento, a ser inconstitucional.

O mandado de injunção não possui procedimento específico previsto. Segundo disciplina o artigo 24 da Lei nº 8.038 de 1990, até que exista norma procedimental própria, o mandado de injunção deverá seguir o rito do mandado de segurança, verbis:

Art. 24. Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições e no mandado de segurança, será aplicada a legislação em vigor. Parágrafo único. No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica (BRASIL, 2009).

Como consequência da aplicação do procedimento da ação de mandado de segurança, o mandado de injunção também segue o rito acelerado, com a compreensão dos atos processuais, prescindindo de prova pré-constituída para a sua propositura.

A doutrina aponta o direito luso, inglês e o norte-americano como fontes de inspiração desse novo instituto jurídico trazido pela CF de 1988 (MORAES, 2006; MAZZEI, 2008).

No que pese a sua origem, o mandado de injunção brasileiro tomou características bastante próprias, não podendo se servir da doutrina estrangeira como paradigma de fixação de seus contornos, cabendo à doutrina e à jurisprudência nacional o papel de entender e, se preciso, determinar o seu perfil, incumbência essa que se acentua em virtude da ausência de norma específica que regulamente a garantia processual em comento.

Em razão das circunstâncias apontadas é que se verifica a grande oscilação existente na doutrina e na jurisprudência no que tange ao tratamento do mandado de injunção, conforme se observa, por exemplo, nas recorrentes discussões existentes sobre a sua auto-aplicabilidade ou não, sobre a possibilidade de impetração do mandado de injunção coletivo, sobre a sujeição passiva, sobre os tipos de provimento possíveis, entre outros aspectos controversos.

2.7 O mandado de injunção na jurisprudência do STF

A suprema corte brasileira tem alterado a sua posição no que tange ao tema mandado de injunção, conforme se demonstrará.

O ponto mais polêmico certamente reside na espécie de provimento que pode ser dado ao mandado de injunção, assunto controvertido esse que é de fundamental importância para o entendimento do tratamento que é dado ao direito de greve dos servidores públicos no cenário jurisprudencial brasileiro.

Sobre o tipo de provimento que pode ser conferido ao mandado de injunção, Camargo (2008) identifica quatro correntes principais, denominando-as de: não-concretista, concretista intermediária, concretista individual e concretista geral.

Segundo a corrente não concretista, adotada, dentre outros casos, no MI nº 284, o Poder Judiciário deve apenas reconhecer a omissão e dar ciência ao órgão encarregado de regulamentar a norma constitucional. Essa tese é a adotada pelo STF na maioria dos MIs.

Como se vê, para essa corrente, o mandado de injunção acaba tendo os mesmos efeitos que a ADI por omissão, e se pauta por um maior respeito na tripartição dos poderes, impedindo que o Poder Judiciário atue como legislador positivo.

Para a corrente concretista intermediária, aplicada, por exemplo, no MI nº 232, após reconhecida a omissão, fixa-se um prazo para o órgão incumbido de implementar a norma constitucional.

Para essa corrente, havendo o transcurso do prazo sem que a norma tenha sido regulamentada, o interessado passa a ter direito de exercer o direito.

Igualmente, nessa hipótese, o Poder Judiciário não atua na implementação da norma, ele somente reconhece o direito de exercer o direito constitucional não regulado pelo Congresso Nacional, independentemente da existência da regra implementadora.

Consoante propõe a chamada corrente concretista individual, defendida no MI nº 721, de 30/08/2007, que trata da aposentadoria especial para servidores públicos, o Poder Judiciário poderia criar a norma para o caso específico. A decisão produz efeitos inter partes. Esse é o posicionamento defendido pela maior parte da doutrina.

Como se observa, esse posicionamento propõe uma solução proativa ao Judiciário, permitindo que legisle no caso concreto, porém, somente para as partes.

Para a corrente concretista geral, sustentada e aplicada no MI nº 708, de 25/10/2007, que julgou pela aplicação da legislação da lei de greve da iniciativa

privada aos servidores públicos, o Poder Judiciário pode suprir a omissão, não apenas para o impetrante, mas para todos que se encontram na mesma situação fática. Logo, a decisão possui efeito erga omnes.

É a que denota o comportamento mais ativista, pois possibilita ao Poder Judiciário legislar no caso concreto tal qual faz o Poder Legislativo. A norma do STF passa a valer para todos, como se fosse uma lei comum.

2.8 A aplicação da Lei 7.783 de 1989 para os servidores públicos: policiais civis

O artigo 37 da CF de 1988, em seu inciso VI, assegura aos servidores públicos civis de todas as esferas geográficas o "direito à livre associação sindical". E ainda, no inciso VII, prescreve: "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica".

Verifica-se que o direito de greve para os servidores públicos é constitucionalmente garantido, mas o seu exercício se submetera às limitações que a lei ordinária estabelecer.

Já houve decisões do STF no sentido de enquanto não viger a lei regulamentadora dispondo sobre os limites a serem observados pelos servidores públicos, estes não podem deflagrar qualquer greve.

No entanto, cumpre salientar que a "lei específica" que o art. 37, VII da CF de 1988 faz referência, poderá estabelecer limitações, mas nunca negar o direito, que por sinal já existe e é constitucionalmente garantido, repisa-se.

Desta forma, condicionar o exercício do direito de greve à promulgação de lei que o regulamente significa privar o servidor público de um direito que a Constituição já lhe assegura.

Assim, enquanto a lei regulamentadora da greve não for promulgada, deve ser admitida a aplicação, por analogia, das disposições pertinentes da Lei 7.783 de 1989. Vale destacar que esse entendimento tem sido adotado com frequência em diversas decisões sobre a greve no setor público.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, em 25 de outubro de 2007, em sede de Mandado de Injunção, deliberou pela aplicação da Lei 7.783/89 aos policiais civis, tendo em vista a omissão de legislação específica. Vale lembrar que, conforme explicado anteriormente, essa decisão possui efeito erga omnes.

Apesar do pleno do STF ter decidido da maneira

supracitada, o assunto ainda gera polêmica na Suprema Corte.

No dia 21 de maio de 2009, no STF, discutiram-se as ações em relação ao movimento grevista deveriam tramitar na Justiça do Trabalho ou na Comum. A Corte Suprema decidiu que a competência para julgar a possibilidade de realização de greve por policiais civis é da Justiça Estadual. Na ocasião, os ministros expressaram suas opiniões a respeito do direito de greve dos policiais civis.

Disse o Presidente da Corte, Gilmar Mendes: "só o fato de um movimento paredista de pessoas armadas é suficiente para uma reflexão. Não é uma greve pacífica por definição. Sempre há o potencial de conflito". Ainda afirmou: "quem exerce parte da soberania não pode fazer greve" (GALLUCCI, 2009).

Segundo o Ministro Celso de Mello, o movimento grevista de policiais civis afeta a sociedade, pois aqueles exercem atividades essenciais que não podem ser atingidas por tais movimentos (GALLUCCI, 2009).

Afirma o vice-presidente do STF, o ministro Cezar Peluso: "que pesa o fato de serem armados. Os fatos públicos e notórios registrados na capital de São Paulo são prova do risco da greve de homens armados". Para Peluso, nem com 100% do efetivo a polícia civil consegue garantir totalmente a segurança e a ordem pública (GALLUCCI, 2009).

Eros Grau, também ministro da corte máxima, entende que alguns serviços devem ser prestados plenamente. Grau argumenta: "A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores sejam privadas do exercício do direito a greve" (CRAIDE, 2009).

Não obstante as opiniões dos ministros do STF, ainda se adota o entendimento esboçado na decisão proferida pelo pleno da Suprema Corte, em 25 de outubro de 2007, em sede de Mandado de Injunção, conforme explanando anteriormente, aplicando-se a Lei 7.783 de 1989 aos Policiais Civis, enquanto não for criada a legislação que regulamente a greve neste setor.

Tendo em vista que a Lei 7.783 de 1989 dispõe sobre o direito de greve para o setor privado, o Sindicato dos Policiais Civis do Estado de Goiás elaborou uma Instrução Normativa, nos moldes da referida Lei, para regulamentar as atividades desta categoria durante o movimento grevista (INSTRUÇÃO..., 2009).

A referida Instrução Normativa formulada pelo SINPOL-GO preconiza a forma de atuação e os procedimentos durante a vigência da greve, conforme as

disposições do art. 9º da Lei 7.783/89, respeitando 30% dos serviços essenciais, bem como deverá ser comunicado o início da greve aos órgãos competentes com 72 horas de antecedência (art. 13 da Lei 7.783/89).

A respeito do procedimento, ficou estipulado que os autos de prisão em flagrante delito serão lavrados em todas as unidades policiais, normalmente. Não será feito registro de ocorrência, salvo se forem relacionadas aos flagrantes, de localização de cadáver, dos crimes hediondos e correlatos, ou seja, tráfico, terrorismo e tortura, liberando a ocorrência de furto e roubo de veículos levadas a termo nas Delegacias.

Quanto aos crimes de menor potencial ofensivo, o TCO só será lavrado na hipótese de flagrante. Da mesma forma, o Boletim de Ocorrência Circunstanciado (atos infracionais de natureza leve), também só será lavrado quando se tratar de flagrante.

Tendo em vista que as investigações ficarão suspensas durante a greve, serão expedidas as requisições de exames para preservar a materialidade dos crimes, que posteriormente serão investigados.

No que tange as ordens judiciais, os alvarás e mandados serão cumpridos normalmente. As viaturas ficarão recolhidas no pátio das unidades policiais e somente deverão ser usadas para as diligências relacionadas aos flagrantes.

Não haverá visita aos presos que estão sobre a responsabilidade da Polícia Civil, tampouco serão realizadas escoltas, salvo nas hipóteses de prisão em flagrante e aqueles levados a termo pela Polícia Militar ou Agentes Prisionais.

A ficha de frequência deverá ser assinada diariamente. Com relação aos plantões, havendo necessidade, os policiais do expediente deverão reforçar o grupo plantonista.

Os policiais civis devem obedecer às disposições da Instrução Normativa, mencionadas nos parágrafos anteriores, que foi elaborada em conformidade à Lei 7.783 de 1989, salientando que qualquer descumprimento deve ser comunicado ao SINPOL-GO ou ao Comando de Greve.

2.9 Greve dos policiais civis em Goiás

Os Policiais Civis do Estado de Goiás deram início ao movimento grevista porque o governo do Estado deixou de pagar a data base (Lei 14.698 de

2004) referente aos anos de 2005, 2006, 2007 e 2008, bem como o resíduo salarial (Lei nº 16.036 de 2007). Outra luta desse movimento é o desvio de função e as péssimas condições de trabalho dos policiais civis. Os agentes denunciam as más condições de trabalho e a falta de policiais. O déficit chega a três mil profissionais.

No 1ª Distrito Policial de Valparaíso não há viaturas. O quarto dos policiais de plantão tem uma cama com colchão rasgado. As paredes estão mofadas e a instalação elétrica danificada. Os dois computadores não são suficientes. Há dois banheiros: um interditado e o outro em péssimo estado (POLICIAIS..., 2009).

Também é motivo da greve a reivindicação de aumento de efetivo, a criação de um piso salarial de 65% (sessenta e cinco por cento) do salário de um delegado e, ainda, por melhores condições de trabalho, como aquisição de viaturas, armamento, materiais administrativos em geral, inclusive computadores, e melhoria das instalações físicas das delegacias de todo o Estado. O SINPOL também exige a criação do cargo de Agente de Polícia e Escrivão de Polícia de Classe Especial.

A greve iniciada no dia 23 de março de 2009, pelo Sindicato dos Policiais Civis de Goiás, já havia sido declarada ilegal três dias antes, no dia 20 de março de 2009, pela juíza Suelenita Soares Correia, da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Goiânia, que concedeu antecipação de tutela impedindo a deflagração do movimento paredista, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A tutela antecipada foi requerida pelo Estado de Goiás em Ação Civil Pública na qual sustentou que por meio de ofícios, o Sinpol comunicou à Diretoria-Geral da Polícia Civil e à Segurança Estadual de Segurança Pública que iniciaria greve no dia 23 de março de 2009, para reivindicar a revisão anual referente aos anos de 2005 a 2009, bem como o pagamento do resíduo de subsídio. A paralisação teria sido decidida em assembléia geral da categoria, realizada no dia 17 de março de 2009.

Acolhendo as argumentações do Estado de Goiás, a juíza observou que embora o STF tenha proferido recente decisão admitindo a aplicação da lei de greve da iniciativa privada para esses casos - que cujo direito é previsto pela Constituição Federal, mas depende de lei que o regulamente - o policiamento é um serviço essencial. "É cediço que as polícias, de modo

geral, são as garantidoras da ordem e da segurança pública que é um direito de todos, representando, neste aspecto, serviço essencial e de extrema relevância. É inaceitável, pois, a paralisação dos serviços de segurança pública", comentou a juíza.

Contudo, no dia 16 de junho de 2009, a juíza Sandra Regina Teodoro Reis, da 3ª Câmara Cível, reconheceu o direito de greve dos policiais civis do Estado de Goiás, através do Agravo de Instrumento interposto pelo SINPOL-GO e ainda excluiu a multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) imposta ao Sindicato. Veja parte do dispositivo da referida decisão:

ao teor do exposto, conheço do agravo de instrumento, e conforme disposição inserta no artigo 557 parágrafo 1-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para reconhecer o direito de Greve dos policiais civis do Estado de Goiás, observando-se, no tocante a sua regulamentação, a Lei 7.783/89 e, de consequência, excluo a multa diária no valor de R\$ 50.000,00 imposta em desfavor do agravante. Cumpra-se. Intime-se. Após o transitio e julgado, volvam-se os autos ao juiz de origem. (grifou-se) (A GREVE..., 2009).

Em face desta decisão, os policiais civis do Estado de Goiás retomaram o movimento grevista no dia 22 de junho de 2009, por tempo indeterminado.

O SINPOL encaminhou um ofício ao Secretário de Segurança Pública de Goiás, Ernesto Roller, avisando-o sobre a retomada da greve a partir das 08:00 horas do dia 22 de junho, explicando que o movimento se deu pelo fato de o Governo Estadual não cumprir o direito assegurado pela Constituição Federal, em seu art. 37, X, de revisão anual, reivindicando esse direito referente aos anos de 2005, 2006, 2007 e 2008, bem como o reajuste a ser aplicado no ano corrente, sempre na mesma data, também o cumprimento do mês de maio como mês da data-base e o pagamento do resíduo do subsídio. O ofício ainda versa sobre o fim da greve, avisando que este se dará assim que o Governo cumprir a lei, aplicando os 50% (cinquenta por cento) de reajuste sobre o subsídio do policial civil, bem como, efetuar o pagamento do resíduo do subsídio devido pelo Estado. O documento segue assinado pelo Presidente do SINPOL-GO, Silveira Alves de Moura, e pelo Vice-presidente, João Antonelli.

O jornal "O Popular", dia 23 de junho de 2009, noticiou a retomada da greve dos policiais civis, depois de 75 (setenta e cinco) dias de suspensão, salientado que durante este período não houve qualquer negociação. Conforme o jornal, o governo do Estado, segundo a Assessoria de Imprensa da Secretaria de Segurança Pública (SSP) o Governo de Goiás, não tem condições financeiras de reajustar os salários e, assim, não há contra-proposta prevista. A Secretaria disse, ainda, que já iniciou processo de licitação para obras de reforma em todas as delegacias da capital e do interior. O secretário Ernesto Roller considera, segundo a assessoria, que o salário da Polícia Civil de Goiás está entre os melhores do país.

No dia 25 de junho de 2009, o presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), desembargador Paulo Teles, assinou uma suspensão da liminar que havia reconhecido o direito de paralisação dos policiais civis, alegando não a legitimidade do direito de greve pela categoria, mas as consequências desse movimento para a população. Mesmo assim, havia na data supracitada, cerca de 3.500 (três mil e quinhentos) policiais civis paralisados em Goiás; sendo que todo o Estado aderiu ao movimento, inclusive Rio Verde. Também aderiram ao movimento os papiloscopistas, auxiliares de autópsia, delegados e medicina legal. O Sindicato comunica que a greve continuará até que todas as reivindicações sejam atendidas, independente de qualquer decisão judicial, sendo que o presidente do SINPOL disse estar aguardando a notificação da decisão para recorrer.

3 REFERÊNCIAS

Como se vê, a greve dos policiais civis do Estado de Goiás ainda não obteve um desfecho, não havendo como abordar o tópico relativo à efetividade da greve nesse caso específico.

No que se refere ao direito de greve em si, não há como negá-lo aos servidores públicos, pois garantido constitucionalmente no artigo 37, VII, da CF de 1988. Assim, ainda que se considere que melhor seria a inexistência desse direito às atividades essenciais, tal entendimento estaria eivado de inconstitucionalidade.

Consoante se verifica no dispositivo logo mencionado, não há como suprimir o direito de greve do trabalhador, mas tão somente mitigá-lo na medida

em que se entender necessário através de lei complementar que venha regulá-lo. Suprimir o direito de greve só seria possível a partir de reforma constitucional, ou através de um poder revolucionário que seja capaz de instituir nova Constituição que venha a dispor em sentido contrário.

Há como se observar que embora o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, a partir da aplicação da lei de greve, destinada ao âmbito privado seja reconhecido pelo STF; tal posicionamento encontra, sobretudo, na prática jurisprudencial das primeiras instâncias, certa resistência, conforme demonstra a experiência dos servidores públicos da polícia civil, goiana.

Porém, critica-se o posicionamento adotado pelo STF no mandado de injunção nº 708. Em decisão, o tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, à greve dos servidores públicos, ficando vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria identificada no processo, estabelecendo condições específicas para o exercício das paralisações.

Dever-se-ia, no caso, adotar a posição defendida pelos ministros que tiveram os votos vencidos, nos quais pleiteavam a adoção da teoria denominada concretista individual, ou seja, a corrente que propõe que a decisão tenha seus efeitos restritos às partes envolvidas no processo, estabelecendo-se, para aquele caso, uma solução específica, determinando, na decisão o modo que o direito de greve seria exercido.

É célebre a frase de Carnelluti que reza que a decisão judicial faz lei entre as partes. E assim deveria ser, sendo excepcionais as hipóteses em que os efeitos da decisão pudessem transcender o âmbito do processo, atingindo, assim, terceiros, consoante propugna a teoria concretista geral, cuja solução judicial determinada que a solução dada num caso concreto deve ser aplicada a outros casos semelhantes, de forma vinculativa e geral.

Tal entendimento, além de não encontrar respaldo constitucional ou legal, é irrazoável, na medida em que se sequer permite na ação direta de inconstitucionalidade por omissão referidos efeitos, com menos razão ainda seriam permitidos em mero mandado de injunção.

REFERÊNCIAS

A GREVE, Dos Policiais Civis Continua. Disponível em: http://www.sinpolgo.org.br/v2/index.php?option=com_content&task=view&id=638&Itemid=39. Acesso em 29 de junho de 2009.

BARCELOS, Deborah Chamoun. Direito de Greve do Servidor Público. 2008. Monografia (Graduação Bacharel em Direito) - Universidade de Rio Verde - Fesurv, Rio Verde, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 2008. 438p.

_____. Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989. Publicada no Diário Oficial da União em 29 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990. Publicada no Diário Oficial da União em 28 de junho de 1989, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

CAMARGO, Marcelo Novelino. Direito Constitucional. 2.ed. São Paulo: Método, 2008. 720p.

CRAIDE, Sabrina. STF diz que competência para decidir sobre greve de policiais civis é da Justiça estadual. Disponível em: <<http://falaguada.blogspot.com/2009/09/stf-diz-que-competencia-para-decidir.html>>. Acesso em: 29 de junho de 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ed. São Paulo: LTr Editora, 2009. 1344p.

GALLUCCI, Mariângela. Polícia civil não pode ter greve, dizem ministros do STF. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,policia-civil-nao-pode-ter-greve-dizem-ministros-do-stf,374813,0.htm>>. Acesso em: 29 de junho de 2009.

INSTRUÇÃO . Normativa da Greve da Policia Civil do Estado de Goiás, Disponivelem:<<http://www.sinpolgo.org.br/v2/index.php?option=comcontent&task=view&id=637&Itemid=28>>. Acesso em 29 de junho de 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MANDADO INJUNÇÃO. Disponível em <http://www.notadez.com.br/content/noticias.asp?id=7857> Acesso em 28 de junho de 2009.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Ações Constitucionais. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. Cap. V. p.211-273.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486p.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. 948p.

NOBRE, Nelson Farley. Direito de Greve. Disponível em: <http://www.diarioweb.com.br/noticias/body_colunas.asp?idCategoria=196&Data=21/11/2008>. Acesso em: 28 de junho de 2009.

PIZZETTI, Ariela Casagrande. Direito Constitucional de Greve. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/greve.htm>>. Acesso em: 06 de julho de 2009.

POLICIAIS. De Goiás entram de Greve, Disponível em: http://www.sinpolgo.org.br/v2/index.php?option=com_content&task=view&id=649&Itemid=1. Acesso em 29 de junho de 2009.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 926p.

SUSSEKIND Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. 3.ed. Atual. São Paulo : LTr Editores, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Introdução: reflexões sobre as ações constitucionais e sua efetividade. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). Ações Constitucionais. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p.23-25.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Luciana Aparecida Resende Nascimento¹
Prof^ª. Ms. Elza Soares Batista Mourão²

RESUMO

O presente trabalho proporcionou observar o ordenamento jurídico ambiental, sua aplicabilidade, eficiência, possibilitando estudar no Direito interno, além das Constituições Brasileiras, as legislações ordinárias de maior repercussão e eficácia na defesa dos interesses sobre o assunto. O licenciamento ambiental, conceito hoje largamente difundido e aceito, deve nortear a conduta de todo o país, objetivando interesses comuns, ou seja, de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. O progresso que se necessita pode também estar em harmonia com o meio ambiente, não há que se destruir tudo para criar. A construção de um modelo de desenvolvimento sustentável passa obrigatoriamente pela mudança de cultura, que só poderá ser alcançado em longo prazo com a participação da sociedade na tomada de decisões. Analisada a legislação ambiental, verificou-se que as preocupações de proteção do homem e do ambiente têm sofrido uma abordagem diversa nesse passado recente. A atuação do Poder Judiciário são fatores essenciais na aplicação dos instrumentos hábeis para se fazer cumprir o ordenamento jurídico.

Concluindo que o Brasil possui um ordenamento jurídico exemplar na área ambiental, resta colocar em execução as normas e sua aplicação, não permitindo o desacordo entre as normas e a prática, um ordenamento jurídico voltado para a proteção do meio ambiente para as futuras gerações.

Palavras-chave: Licenciamento; ambiental, ambiente, ordenamento.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental Brasileiro é ramo novo, comparado aos demais ramos do direito do nosso Ordenamento Jurídico, assim, aparece ainda turva a visão da forma em que deve proceder para encontrar amparo para todos os seus pleitos respeitantes à Legislação Ambiental.

Dentre as diversas normas a serem respeitadas, aparece como base, até para a instalação da própria empresa, a necessidade de licenciamento ambiental, como requerer e diversas outras dúvidas, tais como: quem é competente para expedir a licença ambiental, quais licenças deverão ser retiradas, consequências e punições.

O artigo presente tem a finalidade de amenizar algumas dessas dúvidas, por se tratar de um assunto amplo e complexo, demonstrando de forma sucinta e direta a resolução dos questionamentos levantados, servindo de esteio para um aproveitamento mais racional da legislação vigente.

2 O QUE É LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O Licenciamento Ambiental é um procedimento pelo qual o órgão ambiental competente permite a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, e que possam ser consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, destaca Machado (2009, p.276).

A Resolução do CONAMA 237/97 em seu art. 1.º, I, define tal licença como:

¹Possui graduação em Pedagogia Licenciatura Plena pela Faculdade de Lavras/MG, (1985), Graduação em Direito, pela Universidade de Rio Verde - Fesurv Rio Verde/GO (2008). Pós- graduanda em auditoria e perícia ambiental pela Universidade de Rio Verde - Fesurv -Rio Verde/GO (2009). Atualmente exercendo advocacia em Rio Verde/GO, e Professora Substituta na Universidade de Rio Verde/GO, onde ministra disciplinas: Direito Constitucional, Legislação Ambiental, Direito Civil.

²Curso de Direito, pela Faculdade de Direito de Anápolis, da Associação Educativa Evangélica, concluído em 21 de dezembro de 1984.; Coursou PÓS-GRADUAÇÃO " Lato Sensu " , na área de Direito Civil, pela Universidade Católica de Goiás, concluído em agosto de 1992 ; PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU, nível Mestrado Mestre em Planejamento e Gestão Ambiental, pela Universidade Católica de Brasília (UCB), tendo iniciado em agosto de 2001, concluído os créditos em agosto de 2003 e apresentou a defesa da dissertação em 26 de fevereiro de 2004.

procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva e potencialmente poluidoras ou daqueles que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas aplicáveis ao caso.

Esse instrumento é essencial para garantir a preservação da qualidade ambiental, conceito amplo que abrange aspectos que vão desde questões de saúde pública até, por exemplo, a preservação da biodiversidade, com o desenvolvimento econômico - um desenvolvimento sustentável, que se baseia em três princípios básicos: eficiência econômica, equidade social e qualidade ambiental.

Assim, o Licenciamento Ambiental é uma ferramenta de fundamental importância, pois permite ao empreendedor identificar os efeitos ambientais do seu negócio, e de que forma esses efeitos podem ser gerenciados.

A Política Nacional de Meio Ambiente, que foi instituída por meio de Lei Federal, estabeleceu mecanismos de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente visando assegurar em nosso país o desenvolvimento socioeconômico e o respeito à dignidade humana.

Para Machado (2009, p.276), "as definições de licença ambiental que não contiverem a possibilidade de renovação e/ou da revisão da licença diante da Lei 6838/81, estão incompletas". A revisão não deixa o detentor da licença ao sabor do órgão público, pois o mesmo é obrigado a justificar através da motivação, razoabilidade, proporcionalidade e da legalidade, interesse público, eficiência e ampla defesa entre outros elementos jurídicos (art. 2º da Lei 9784/99).

2.1 Histórico

A Constituição Federal de 1988 consagrou de forma nova e importante a existência de um bem que não possui características de bem público e muito menos, privado, voltado à realidade do século. Os anos oitenta foram marcados pela difusão da consciência ambiental, expressa tanto em termos do crescimento

das associações ambientais como de maior espaço nos meios de comunicação.

É importante ressaltar que, antes da Lei nº. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, não havia no Direito brasileiro uma preocupação sistemática com a tutela ambiental e o mais importante: a preocupação com a defesa do meio ambiente era sempre uma preocupação secundária na legislação.

A Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981 trouxe um significativo processo de mudanças; no entanto, pouco percebido em sua intensidade e dinamismo renovador. Inúmeras foram as mudanças que essa Política Nacional produziu em termos de pensamentos, atitudes políticas, inovações tecnológicas, mobilização social, estruturação empresarial e outros resultados que, vem sendo percebidos ao longo do tempo.

Na busca de soluções pela tutela do meio ambiente, a edição da Lei 6.938/81, entre tantos outros méritos, trouxe para o mundo do Direito o conceito de meio ambiente, como objeto específico de proteção em seus múltiplos aspectos. Instituiu, ainda, o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), apto a propiciar o planejamento de uma ação integrada de diversos órgãos governamentais, através de uma política nacional para o setor, e o de estabelecer a obrigação do poluidor de reparar os danos causados, de acordo com o princípio da responsabilidade objetiva, em ação promovida pelo Ministério Público.

Nos termos do art. 2º da Lei nº. 6.938/81, a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo:

a preservação, melhoramento e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os princípios estabelecidos e necessários ao uso coletivo.

Outra contribuição fundamental instituída pela Política Nacional do Meio Ambiente foi a obrigação legal de as instituições financeiras exigirem que os projetos beneficiários de créditos oficiais cumpram a legislação ambiental. Nesse sentido, prevê o art. 12 da Lei 6.938/81:

As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA.

Segundo Leme Machado (2009), para que possam dar efetivo cumprimento às suas obrigações legais, os bancos deverão tomar conhecimento do leque de estabelecimentos e atividades para as quais se exija legalmente o licenciamento, para estarem aptos a exigir a apresentação da licença ambiental.

Observa-se, portanto, que a Lei nº. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, foi a de maior repercussão entre os ordenamentos jurídicos ambientais, anteriores à Constituição Federal de 1988. Ao inserir em seu contexto as mais diversas formas de proteção ao meio ambiente, inclusive impondo sanções administrativas civis e penais àqueles que deixassem de cumprir os mandamentos nela prescritos, já dava sinais de que o Texto Maior manteria a extensão de sua competência, ratificando o teor de seu conteúdo.

No âmbito jurídico, todas as formas legais são passíveis de utilização, pois a cidadania ambiental, por suas lutas, inscreverá, progressivamente, novos direitos na vida social. Ademais, forçará os poderes públicos a respeitar normas editadas por eles e influirá no sentido da radical modificação na relação entre os seres humanos, na medida em que aprofundar uma racionalidade da convivência e da emancipação, em oposição à da dominação e controle.

Ressalta-se que a Política do Meio Ambiente não é apenas um conjunto de princípios listados no papel do Estado, mas o fruto dos embates travados nesse novo patamar integrante da cidadania ambiental.

É um confronto com o Estado, a fim de que assuma o sentido de publicidade, alegando ter, ao mesmo tempo em que se configura como elemento ampliador do sentido de público: a publicidade.

No entanto, embora a Lei nº. 6.938/81 tenha previsto mecanismos importantes para o meio ambiente, a ausência de definição constitucional para o meio ambiente natural, como interesse difuso, àqueles que desejassem protegê-lo ficavam condicionados a fazê-lo em seu nome próprio, como se tratasse de interesse individual.

Em face desse instrumento tão importante e adequado, que tratou de forma minuciosa das questões ambientais, que é a Política Nacional do Meio Ambiente, questões antes encontradas em leis esparsas e fragmentadas, a Constituição Federal de 1988 recepcionou os princípios básicos da referida lei, e, no artigo 225, ratificou e constitucionalizou os instrumentos que já faziam parte da legislação ordinária.

A Constituição Federal reconhece as questões pertinentes ao meio ambiente, importantes para o conjunto da sociedade, seja porque são necessárias à preservação de valores que não podem ser mensurados economicamente, seja porque a defesa do meio ambiente é um princípio constitucional que fundamenta a atividade econômica, impedindo a total destruição do planeta.

Pode-se concluir que, para que se tenha um meio ambiente sadio e equilibrado, conforme dispõe o preceito contido no art. 225 da Constituição Federal, necessário se faz que todos os atores envolvidos no processo de conscientização e proteção do meio ambiente se unam com objetivos comuns para salvar o que resta dos recursos naturais.

2.2 Competência para o Licenciamento Ambiental.

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, descreve o art. 23, VI, da CF, que trata, entre outras matérias, da função administrativa das pessoas jurídicas de Direito Público que compõem a República Federativa do Brasil.

A competência é, ao mesmo tempo, direito e dever dos entes federados. O licenciamento ambiental é uma das formas de exercer a competência comum.

O licenciamento em meio ambiente, segundo o art. 10 da Lei 7.804/89, estabelece que a competência para prévio licenciamento é do órgão estadual competente, integrante do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente) e do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis), em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis, isto é, a licenças municipais de obras, edificações, localização e funcionamento.

Milaré(2009) assevera que, integrando o licenciamento o âmbito da competência de implementação, os três níveis de governo estão

habilitados a licenciar empreendimentos com impactos ambientais, cabendo, portanto, a cada um dos entes integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente promover a adequação de sua estrutura administrativa com o objetivo de cumprir essa função, que decorre, diretamente da Constituição. Além disso, leciona que os licenciamentos são disciplinados cumulativamente, conforme a natureza da atividade a ser licenciada. A propósito, a criação do SISNAMA tem por finalidade a organização de atribuições diferenciadas e a descentralização de forma cooperativa e harmônica.

Depreende-se da resolução do CONAMA 237/97 o critério para identificação do órgão preponderante habilitado para o licenciamento.

Para Machado(2009) a intervenção do Poder Público não se rege pelo sistema da presunção. A autorização, a licença, a permissão e a aprovação prévia só podem existir se previstas em lei ou a lei deverá prever a sua instituição por outro meio infralegal. Da mesma forma, as licenças ambientais não podem ser instituídas por portaria do IBAMA, pelos órgãos públicos ambientais dos Estados e dos Municípios, pelo Conselho Nacional Meio Ambiente ou outros conselhos.

O licenciamento ambiental ocorre, como regra geral, perante o órgão ambiental estadual. Já em situações de significativo impacto ambiental regional ou nacional o licenciamento se dá no nível federal pelo IBAMA. Não há na lei 6.938/81 previsão para licenciamento municipal como se depreende do artigo 10 da citada lei:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambientais, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado,

bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

§ 2º Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação da SEMA

§ 3º O órgão estadual do meio ambiente e a SEMA, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido.

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional."

Em 1997 o Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA regulamentou o licenciamento ambiental através da Resolução nº. 237, definindo nos artigos 4º, 5º e 6º quais os empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental devem ser licenciando a nível federal e estadual, criando o licenciamento municipal para os empreendimentos e atividades de impacto local, estabelecendo ainda em seu artigo 7º, que o licenciamento se dará em um único nível:

Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

O licenciamento ambiental ocorre, sobretudo, no âmbito estadual, mas pode ser efetivado, também, no âmbito federal e, em certa medida, no âmbito municipal para atividades consideradas de reduzido impacto ou impacto local. No âmbito federal, para atividades de grande impacto regional ou em áreas de tutela federal, o licenciamento ambiental se faz através do IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. No estadual, o licenciamento ambiental se faz através de conselhos ou órgãos estaduais de meio ambiente, mesmo modelo usado pelos municípios que implantaram política e estrutura de gestão ambiental, conforme nos ensina Fiorillo (2009).

2.3 Licenciamento Ambiental: A sua Discricionariedade

Pode-se dizer que o Licenciamento ambiental, enquanto licença, deixa de ser um ato vinculado para ser um ato com discricionariedade. Salienta Fiorillo (2009, p. 135) que:

a não vinculatividade do Poder Público deve-se ao fato de que o EIA não oferece uma resposta objetiva e simples acerca dos prejuízos ambientais que uma determinada obra ou atividade possa causar. É um estudo amplo, que merece interpretação, em virtude de elencar os convenientes e inconvenientes do empreendimento, bem como ofertar as medidas cabíveis à mitigação dos impactos ambientais negativos e também medidas compensatórias. Não se trata de formalismo simplório, sem teor ou conteúdo interpretativo.

Com isso, será possível a outorga de licença ambiental ainda que o estudo prévio de impacto ambiental seja desfavorável. O equilíbrio entre o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento econômico será objeto de estudo de Administração, segundo critérios de conveniência e oportunidade, avaliar a concessão ou não da licença ambiental.

2.4 Procedimento Administrativo

Todo o procedimento para o licenciamento ambiental deverá ser elaborado de acordo com os princípios do devido processo legal, o que implica dizer

que "dos aspectos principais que estão ligados ao respeito pleno na área do EIA/RIMA, conforme segue:

- órgão neutro;
- notificação adequada da ação proposta e de sua classe;
- oportunidade para a apresentação de objeções ao licenciamento;
- o direito de produzir e apresentar provas, aí incluindo-se o direito de apresentar testemunhas;
- o direito de conhecer a prova contrária;
- o direito de contraditar testemunhas;
- uma decisão baseada somente nos elementos constantes da prova produzida;
- o direito de se fazer representar;
- o direito a elaboração de autos escritos para o procedimento;
- o direito de receber do Estado auxílio técnico e financeiro;
- o direito a uma decisão escrita motivada" (MILARÉ,1990).

Pode-se, assim, afirmar que o Licenciamento será regido pelos princípios da moralidade, legalidade, publicidade, finalidade ambiental e da supremacia do interesse difuso sobre o privado e finalmente pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

2.5 Etapas do Licenciamento

O Licenciamento Ambiental é feito em três etapas distintas e insuprimíveis; a) outorga de licença prévia; b) outorga da licença de instalação; c) outorga da licença de operação, como ensina Fiorillo (2009):

- a) licença prévia - concedida na fase de planejamento da obra ou atividade. Visa reconhecer a viabilidade e definir exigências para execução da obra; constitui a primeira fase do licenciamento ambiental. Esta deve ser requerida na etapa preliminar de planejamento do empreendimento e, ou, atividade. A licença será concedida mediante a análise da localização e concepção do empreendimento; a apreciação dos requisitos básicos a serem atendidos nas próximas fases e a observância dos planos municipais, estaduais ou federais para a área de abrangência do empreendimento;

b) licença de instalação - obrigatoriamente procedida pela licença prévia. Aprova os documentos e autoriza a instalação da atividade a ser implantada. Pode ser autorizada em caráter precário. Prazo de validade de 6 anos; corresponde à segunda fase do licenciamento ambiental; é concedida mediante a análise e aprovação dos projetos executivos de controle de poluição. Esta licença permite a instalação e, ou, ampliação de um empreendimento, inclusive as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante, conforme preceitua o art. 8º II da Resolução Conama 237/97.

c) licença de operação - também chamada de licença de funcionamento, sucede a de instalação e tem por finalidade a autorização para funcionar ou iniciar a execução das atividades. Autoriza a operação do empreendimento e, ou, a realização da atividade impactante. Isto dá-se após a verificação do efetivo cumprimento do que consta as Licenças Prévia e de Instalação.

Nesse momento, traz Fiorillo (2009) uma breve definição dos institutos do AIA, EIA e RIMA, pressupostos do dito licenciamento:

AIA (Avaliação de Impacto Ambiental) - "é um instrumento de política ambiental, formado por um conjunto de procedimentos capaz de assegurar, desde o início do programa, que se faça um exame sistemático dos impactos ambientais de uma ação proposta (projeto, programa, plano ou política) e de suas alternativas, e que os resultados sejam apresentados ao público e aos responsáveis pela tomada de decisão, e por eles considerados"

EIA (Estudo de Impacto Ambiental) - é "um dos elementos do processo de avaliação de impacto ambiental. Trata-se de execução, por equipe multidisciplinar, das tarefas técnicas e científicas destinadas a analisar, sistematicamente, as conseqüências da implantação de um projeto no meio ambiente, por meio de métodos de AIA e técnicas de previsão dos impactos ambientais"

RIMA (Relatório de Impacto Ambiental) - "é o documento que

apresenta os resultados dos estudos técnicos e científicos de avaliação de impacto ambiental", constituindo-se como documento do processo de avaliação de impacto ambiental, devendo esclarecer todos os elementos da proposta, de forma que possa ser divulgado e apreciado.

2.6 Prazos

O Licenciamento Ambiental é por prazo determinado, o que apresenta dupla função: por um lado dá segurança a empresa que o consegue, pois sabe que durante aquele prazo, salvo por fato extraordinário, terá direito a sua atividade sem maiores percalços. Por outro lado, é benéfico para o ente estatal, pois não fica adstrito eternamente às condições impostas inicialmente, podendo, desta forma, quando da renovação, fazer novas exigências necessárias a proteção do meio ambiente. (FIORILLO, 2009).

Os prazos apresentam um parâmetro de ordem federal definido via Resolução CONAMA (Resolução 237/97), em que se tem:

- a licença prévia não pode ter prazo superior a 5 anos;
- a licença de instalação não pode ter prazo maior que 6 anos;
- a licença de operação não poderá apresentar período maior que 10 anos.

Partindo dessa premissa, os órgãos estaduais definirão seus respectivos prazos, respeitando esses já definidos.

A Resolução determina, no artigo 16, que o não cumprimento dos prazos estipulados no artigo 14, o qual prevê o estabelecimento de prazos de análise diferenciados para cada modalidade de licença (LP, LI e LO), em função das peculiaridades da atividade e do empreendimento, bem como para formulação de exigências complementares, desde que observado o prazo máximo de 6 (seis) meses a contar do ato de protocolar o requerimento até seu deferimento ou indeferimento, ressalvados os casos em que houver EIA/RIMA e/ou audiência pública, quando o prazo será de até 12 (doze) meses, ensejará a atividade supletiva do órgão que detenha competência para atuar.

Salienta-se que, na realidade, a contagem do prazo para análise do requerimento da licença, somente se inicia depois da aceitação dos documentos apresentados e, caso seja convocada audiência pública, depois da realização desta.

O prazo definido para o empreendedor é o previsto no artigo 15 da Resolução, para atendimento das solicitações de esclarecimentos e complementações, formuladas pelo órgão ambiental, dentro do prazo máximo de 4 (quatro) meses, a contar do recebimento da notificação, permitida a prorrogação, desde que haja concordância deste e do órgão ambiental, cujo não atendimento enseja o arquivamento do processo.

O arquivamento não impede a apresentação de novo requerimento de licença, que deverá obedecer aos procedimentos estabelecidos no artigo 10, mediante novo pagamento de custo de análise.

O arquivamento não deixa de ser uma sanção, pela simples razão de que sujeita o empreendedor a fazer nova solicitação apresentando toda documentação e pagando o custo de análise novamente, ficando, ainda, sujeito a aplicação da sanção de multa, prevista no artigo 70º c/c 72, II da Lei nº 9605/98 (Lei de Crimes Ambientais) e artigo 44º do Decreto nº. 3179/99 .

O procedimento descrito na Resolução nº 237/97 deve ser seguido, aplicando o arquivamento quando exauridos os prazos, propiciando ao empreendedor a possibilidade de nova requisição, bem como o livre acesso ao processo arquivado, podendo aproveitar deste, caso deseje, alguns documentos.

O poder público, enquanto órgão responsável pelo licenciamento ambiental, deve estabelecer critérios para agilizar e simplificar os procedimentos de licenciamento, visando a melhoria contínua e o aprimoramento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a elaboração do presente trabalho, foram estudadas legislações ambientais, a interpretação doutrinária e jurisprudencial na busca das possíveis respostas para os questionamentos e dúvidas verificadas entre o ordenamento jurídico e sua aplicação.

O estudo realizado demonstrou que o Brasil possui legislações suficientes em termos de proteção ambiental. O que falta é a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente, nos moldes em que foi concebida, para que a ampla proteção na Constituição, nas leis e diplomas infralegais, venha a

se tornar efetiva, mediante ações concretas e coordenadas à efetiva fiscalização em seus três níveis: federal, estadual e municipal.

O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado tem sido reconhecido, nas legislações de muitos países, como um dos direitos humanos essenciais e primordiais. A Constituição Federal reconhece as questões relativas ao meio ambiente como de vital importância para a sociedade, não só porque são necessárias para a preservação de valores, mas porque a defesa do meio ambiente é um princípio constitucional.

Pontua-se que a Constituição de 1988, ao garantir uma boa qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, juntamente com as legislações esparsas existentes, criou instrumentos de grande vulto para a tutela ambiental.

A mudança de comportamento vem ocorrendo gradativamente, o que tem que acontecer é a conscientização das conseqüências advindas do uso indevido dos recursos naturais e da possibilidade de responsabilização pelos danos causados, em decorrência das ações procedidas pelo homem na natureza. A partir dessa consciência, que leva à preocupação com a questão ambiental, sinaliza-se para o mundo a necessidade de que sejam tomadas medidas imediatas para evitar a destruição dos recursos naturais, o que ocasionará danos irreversíveis a todos.

Conclui-se que a educação ambiental é um dos instrumentos essenciais e eficazes para se obter um meio ambiente sadio e equilibrado, bem como para fazer cumprir a legislação ambiental no Brasil.

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988, ao elevar a proteção do meio ambiente à categoria de princípio constitucional, impôs limitações ao uso da propriedade, visando assegurar à coletividade o direito à sadia qualidade de vida para as presentes e as futuras gerações.

As mudanças devem começar dentro de cada ser humano, após uma revisão dos hábitos, tendências e necessidades, podendo, através da adoção de novos comportamentos, contribuir para a diminuição da degradação ambiental e para a defesa e promoção da qualidade de vida. Sendo assim, o Poder Público e a sociedade em geral poderão destinar o futuro do planeta.

4 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo.
- BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Coletânea de Legislação de Direito Ambiental. Organizadora Odete Mendauar. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003.
- FIORILLO, Celso A. Pacheco. Direito ambiental e patrimônio genético. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Básico. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo : Malheiros Editores, 2009.
- MILARÉ, Edis. Tutela jurisdicional do ambiente. Justitia. São Paulo: Ministério Público, 1992.
- _____. Direito do Ambiente - Doutrina-Jurisprudência, glossário. 6ª ed., São Paulo: RT 2009.
- MILARÉ, Edis e BENJAMIM, Antonio Hermann de Vasconcellos. Estudo Prévio de Impacto Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

NOVO PARADIGMA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Helena Maria Campos¹

RESUMO

Nas últimas décadas a sociedade passou por inúmeras transformações, pois até mesmo o tempo, transformou-se em mercadoria e o lazer em um grande problema. Vale dizer que aproveitar o tempo livre significa satisfazer ansiedades geradas pelo desejo insatisfeito de consumo. Em meio às inúmeras transformações, concebem-se as mutações sofridas nos direito Comercial e Civil e a sua conglobação, fazendo brotar das aspirações da sociedade, a nova empresarialidade. A empresa moderna não mais sintetiza no poder controlador e independente de outrora, que ambicionava apenas o lucro. A empresa moderna vai muito além. Partindo dos anseios da sociedade e da vontade dos legisladores, a empresa moderna, que aglomera a idéia de economicidade, organização e a profissionalidade, surgiu pugnando por uma visão também moderna de empresário com características de empreendedor. No decorrer deste estudo, serão apresentados alguns aspectos que devem ser observados pela empresa que vive uma nova realidade. Realidade esta, que está a exigir um novo paradigma empresarial, um protótipo que tem o seu próprio espaço na economia, contribuindo significativamente para amenizar as questões sociais enfrentadas nas últimas décadas. Os novos caminhos da atividade empresarial levam a descobrir um modelo díspare de empresa que se preocupa em apreender recursos e informações necessárias, que combinados com gerenciamento empreendedor, levam-na a trabalhar de maneira integrada, buscar parcerias, novas tecnologias, defesa do meio ambiente, investir na

qualificação, enfim, a empresa moderna que deposita em primeiro plano a sua atual e verdadeira função social: o direito de liberdade, igualdade, fraternidade e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Empresa - novos caminhos - empreendedorismo

1 INTRODUÇÃO

Através do comportamento do homem na sociedade insurge o que hoje se conhece como direito Comercial. No Brasil, o direito Comercial passa a existir com o advento da Lei 556 de 26 de junho de 1850. À época, sancionada pelo então Imperador Dom Pedro II, publicada em 1º de julho de 1850, na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, registrada na folha 8 do Livro 1º das Leis e Resoluções. Já o Código Civil Brasileiro, que vigorou até 2002, nasceu com a Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917.

Primando pelas datas apresentadas, tem-se que o Código Comercial teve sua vigência por mais de um século e meio e quanto ao Código Civil Brasileiro, este, teve sua vigência durante quase um século. Daí há que se considerar o dito popular de que "quanto mais antiga a lei, mais difícil se torna a sua interpretação".

"Exatamente como o direito Civil, o direito Comercial, pertence ao gênero direito privado, tendo com aquele, íntima vinculação no campo do direito obrigacional."³

Partindo do princípio de que o direito Comercial teve seu desenvolvimento à margem do Código Civil, oriundo, também, de raízes romanas, os estudiosos

¹CAMPOS, Helena Maria, Mestre em Direito, Advogada, Professora Universitária e Diretora da Faculdade de Direito da Fesurv Universidade de Rio Verde Goiás

²CHECOLI, Paulo. *Direito de Empresa no Novo Código Civil/2002*. Editora Pillares. SP/ 2004.

³NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. Saraiva. São Paulo/ 2004:11.

não conseguiram identificar com precisão, o seu período inicial no decorrer da história, chegando-se à conclusão de que, provavelmente, o marco inicial se deu na idade média, passando, sobremaneira, até os dias atuais, por inúmeras transformações.

2 BREVE RELATO DO DIREITO COMERCIAL

2.1 O Direito Costumeiro

Em virtude de aparências circunstanciais, ante a impossibilidade de sistematizar, ou pelo menos reunir de maneira organizada, um conjugado de preceitos apropriado e capaz de regulamentar as práticas rotineiras na sociedade, através das observações de situações e, conseqüentemente, das soluções dos conflitos, por meio de um processo dedutivo, chegou-se à normatização do direito Comercial. Daí o porquê do direito Comercial ser visto como direito costumeiro, ou seja, baseado na prática dos usos e costumes mercantis.

Surgindo o direito Comercial através dos usos e costumes dos comerciantes, diante da inexistência de legislações próprias que regulamentasse as transações comerciais, os mercadores da época se uniram coletivamente, em busca do fortalecimento e desenvolvimento do comércio, criando organismos com jurisdição própria, conhecidos como as corporações de ofícios, que aos poucos conquistaram a Europa e a expressividade política.

Muitos autores, dentre eles, Negrão (2004), apresentam o quadro evolutivo do direito Comercial dividindo-o em fases: fase subjetiva; fase do mercantilismo e colonização; fase objetiva e fase atual.

Na primeira fase, entre os séculos XII e XVI - mercados e trocas - o direito Comercial era conhecido como um direito de classe, um direito profissional. Era destinado aos comerciantes, dirigido e aplicado por eles, através da figura do cônsul das corporações de ofício, sendo, por isso, considerado o direito de amparo ao comerciante.

Os cônsules, que eram eleitos em assembléia dos comerciantes, desempenhavam funções políticas em defesa da honra e dignidade das corporações das quais estavam vinculados e, ainda, auxiliavam na defesa

e manutenção da paz; nas funções executivas, os cônsules cumpriam o papel de observadores dos estatutos, leis e usos mercantis, além de administrar o patrimônio e decidir com maior brevidade, sem formalidades, sobre as questões apresentadas.

Imbuídos no espírito empreendedor e diante da necessidade de se unir de maneira organizada, os comerciantes levavam mercadorias de uma cidade para outra, de feira em feira, fazendo com que as feiras das cidades européias, tais como Florença e Bolonha, tornassem, naquela época, as mais famosas.

Coelho preleciona que:

A história do direito comercial é normalmente dividida em quatro períodos. No primeiro, entre a segunda metade do século XII e a segunda do XVI, o direito comercial é o direito aplicável aos integrantes de uma específica corporação de ofício, a dos comerciantes. Adota-se, assim, um critério subjetivo para definir seu âmbito de incidência. A letra de câmbio, os bancos e o seguro são exemplos de institutos já existentes nesse período.⁴

Na segunda fase, século XVII e XVIII - mercantilismo e colonização - o direito Comercial foi caracterizado pela expansão colonial e mercantilismo, tendo como ápice, a época áurea da evolução das grandes sociedades que viviam sob a autorização do Estado. As associações somente eram consideradas lícitas se houvesse a autorização do rei.

Novas e rendosas redes comerciais foram desenvolvidas, ligando o oriente à Europa, que com a descoberta de novos territórios, iniciou-se uma nova etapa para as potências européias que, embora marcadas por disputas e rivalidades, não impediram a criação de vantajosas redes comerciais e financeiras com e nas Índias.⁵

Neste período, se verifica a distinção entre o common law e o direito continental. Tudo porque, para os europeus do continente, o direito Comercial e o direito Civil permaneciam distintos, haja vista que o direito comercial se destinava a solver os problemas das corporações e de seus membros.

⁴COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Saraiva. Vol. 1, São Paulo/2004:13.

⁵NEGRÃO. *Op. cit.* 2004

Já na Inglaterra, não havia distinção entre as leis comerciais e civis, tanto que os tribunais corporativos foram absorvidos pelos tribunais do common law (expressão inglesa, que significa Lei Comum. Diz-se do sistema jurídico adotado nos Estados Unidos e na Inglaterra, que se funda nos usos, costumes e princípios definidos e interpretados pela jurisprudência dos tribunais, que constitui a legislação judiciária.)⁶

Dessa forma, percebe-se que durante a primeira e segunda fase da história, o direito mercantil teve como marco, "o método para se definir se determinada atividade era de natureza mercantil ou civil, decorria da figura do comerciante, assim definido aquele associado à corporação, independentemente do ato praticado."⁷

A fase objetiva, no século XIX - liberalismo econômico - quando do surgimento do Código Comercial Francês, constitui a terceira fase do direito Comercial, foi nesta época que se conceituou de forma objetiva o comerciante, como sendo aquele que pratica, com habitual profissionalidade, atos de comércio. Tal definição surgiu com a promulgação, em 1806, do Código Napoleônico, influenciado pela legislação de Savary, que por sua vez, influencia toda a legislação, inclusive, o Código Comercial Brasileiro de 1850.

Visualiza-se, nesta fase, a relevância da ciência do direito colocada sobre os aspectos exteriores da personalidade, "a prática de determinados atos, que, se exercidos com profissionalidade, terão a proteção de uma legislação especial, de natureza comercial."⁸

Também batizada como objetiva, em consequência de um desenvolvimento, surgiu o conceito de atos de comércio, uma vez que qualquer atividade comercial ou não, que estivesse elencada nesse rol, seria considerada ato de comércio.⁹

Doutrinadores italianos, com o Código Comercial Italiano de 1982, buscaram distinguir a atividade econômica da civil almejando determinar o âmbito de aplicação do direito comercial. Entretanto, o direito comercial, como o direito dos atos de comércio, resultou em inúmeras controvérsias e dificuldades, ante a falta de rigor científico acerca da

distinção entre os conceitos de ato civil e ato comercial.

Foi pela expansão da autoridade e da jurisdição das corporações de comércio, que se tornou necessária a adoção do conceito de ato de comércio, como elemento central da atividade mercantil e ponto distintivo da matéria mercantil.

A grande transformação, segundo Rocco, dos atos de comércio, ocorreu em virtude da constatação da ampliação da classe de atividades que eram consideradas comerciais, ampliação essa conseqüente à inserção de atividades que passaram a ser classificadas como comerciais independentemente da "profissão" de seus executores.¹⁰

O Código Comercial Brasileiro de 1850, apesar das falhas acerca dos atos de comércio, conseguiu sobreviver de maneira quase que inexplicável até 2002 no direito brasileiro, e, no ordenamento francês, sobrevive até a atualidade.

Na sua definição ou enumeração não segue o Código francês, sequer expressa e/ou define ato de comércio, senão através do regulamento 737 de 1850, que enumerou os atos que seriam submetidos aos tribunais de comércio, e, nesse prisma, apoiados ao artigo 632 do Código Francês, surgem as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, transportes de mercadorias e de espetáculos públicos.

Como se vê, o nosso Código não se referia a atos de comércio, mas, a mercancia que só foi definida pelo Regulamento 737 de 1850, em seu artigo 19, que assim dispunha verbis:

Art. 19. Considera-se mercancia (19):
(19) Os actos enumerados pelos paragraphos que se seguem são reputados commerciaes júris et de jure, não sendo admissível prova em contrario.

§ 1º. A compra e venda ou troca de effeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso (20);

§2º. As operações de cambio, banco e corretagem;

§3º. As empresas de fabricas, de

⁶NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos*. APM Editora. 1987:234.

⁷LIPPERT, Márcia Mallmann. *A Empresa no Código Civil*. Editora RT, São Paulo/2003:46

⁸NEGRÃO. *Op. cit.* 2004:9

⁹QUIZA, Rosana Garcia. *Resumo Jurídico de direito Comercial*. Vol. 11, Editora Quartier, São Paulo, 2004

¹⁰LIPPERT. *Op. cit.* 2003:7

comissões, de depósito, de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos;

§4º. Os seguros, fretamentos, riscos, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

§5º. A armação e expedição de navios.¹¹

Posteriormente ao Dec. 737, outros regulamentos foram editados, entretanto, no ano de 1866, o Código Comercial começava a viver sua decadência, em razão da derrogação do juízo arbitral. Em seguida, foram extintos os tribunais do comércio, passando aos juizes de direito a competência para julgar as causas comerciais e às Juntas Comerciais, as funções administrativas.

Apesar das críticas de que o direito Comercial foi criado por comerciantes, com objetivo de disciplinar apenas as atividades do comércio, ele não era um direito classista, vez que vislumbrava ser um direito das atividades econômicas, uniforme e universal para reger práticas semelhantes ou bem próximas, em diferentes locais.

Fase (atual) - O Direito de Empresa

Na última fase, isto é, hodiernamente, tem-se no Código italiano de 1942, o marco inicial da concepção moderna de empresa não pela consideração em si, mas, pelos elementos que a compõem. Em razão até mesmo da evolução dos tempos, das dificuldades de se estabelecer um conceito particular de comércio, finalmente, a chamada era empresarial, surge como um vendaval transformando e reformando, não só o conceito, mas, a própria empresa.

"A teoria da empresa é fruto da unificação dos direitos civil e comercial ocorrida na Itália em 1942, com o surgimento do *Código Civile*."¹²

Sobremaneira, a busca incessante de outros ramos do direito, pela distinção entre civil e comercial, no direito das obrigações, mais especificamente no Livro II, artigos 966 ao 1.195, encerra o capítulo das discussões,

eis que, o novo Código Civil, tratou de forma especial, transformadora e sistemática, sobre o Direito de Empresa.

Afora os artigos retro mencionados, diversas outras disposições do novo Código Civil cuidam da matéria sobre direito de Empresa. Exemplificando, em especial, o artigo 2.045 que revogou expressamente a Primeira Parte do Código Comercial (Lei 556, de 25.6.1850) que abrangia os artigos 1º ao 456, que regulamentava o comerciante e seus auxiliares (arts. 1º a 120); os contratos e obrigações mercantis (arts. 121 a 286); e as sociedades comerciais (arts. 287 a 353).

A manifesta vontade dos legisladores e estudiosos acerca das mudanças e transformações do Código Comercial vem de muitas décadas, tanto que nos idos de 1986, ainda na vigência do Código Civil de 1916, alguns autores já consideravam o direito mercantil como o direito que regulava as atividades empresariais.

Coelho (2004), ao estudar esta fase, entende que:

O marco inicial do quarto e último período da história do direito comercial é a edição, em 1942 na Itália, do *Código Civile*, que reúne numa única lei as normas de direito privado (civil, comercial e trabalhista). Neste período, o núcleo conceitual do direito comercial deixa de ser o "ato de comércio", e passa a ser "empresa".¹³

2.2 A Empresa

A teoria da empresa tem sua origem ligada ao direito Comercial. O direito Comercial, por sua vez, passou por grandes transformações em virtude das mudanças ocorridas no contexto histórico e, na Baixa Idade Média surge como decorrência do renascimento da atividade mercantil.

A consideração de empresa emana de uma visão moderna de empresário, tendo sua origem na legislação italiana de 1942, que unificou o Código Civil e o direito obrigacional, fazendo, via de consequência, desaparecer o Código Comercial como legislação separada.¹⁴

¹¹LIPPERT. *Op.cit.* 2003:59

¹²NERIHO, Lucíola Fabrete Lopes. *Manual da sociedade Limitada no Novo Código Civil*. Editora Juruá. Curitiba/2004:24

¹³COELHO. *Op.cit.* 2004:18

¹⁴Ascarelli descreve a mudança operada: "Deve se entender não no sentido do desaparecimento de um corpo separado de leis (que somente teria uma importância meramente formal), mas no sentido da unificação do direito das obrigações. Não mais existem atos de comércio e, desta forma, não mais existe uma oposição entre ato civil e ato de comércio. Nas codificações anteriores determinados atos (por exemplo, a venda) eram submetidos a um regime especial quando pudessem ser qualificados como comerciais (e podemos recordar os diversos critérios históricos para esse fim: o subjetivo, baseado na pessoa - o comerciante - que realiza o ato; e o baseado nas características do ato; por exemplo, a aquisição com intenção de revender); na atual codificação desaparece essa disciplina. Os diversos atos são submetidos a uma disciplina constante" (*Iniciación al Estudio Del Derecho Mercantil, introducion y traducción de Evelio Verdera y Tuells Barcelona, Bosch, 1964, p. 122*)

Preceitua Quiza (2004, p. 19), que o regime capitalista e sua evolução, tornam clara a idéia de que a matéria comercial não pode ser vista e conceituada apenas como prática de atos de comércio, de maneira esporádica e isolada, mas, sim, no dizeres de Requião, "a organização dos fatores de produção, para a criação ou oferta de bens ou de serviços em massa."¹⁵

Assim, tem-se que a teoria da empresa é fruto da teoria dos atos de comércio, onde a figura do comerciante foi substituída pela figura do empresário que pode se dedicar às atividades de cunho comerciais, como as atividades de intermediação de bens e serviços, conforme determina o artigo 2.037 do novo Código Civil.

2.2.1 Conceito

Conceituar a empresa não é tarefa fácil como se imagina, tanto que se levar em consideração o disposto no novo Código Civil, para se chegar a um conceito de empresa, é mister a inferência da somatória dos conceitos de empresário e de estabelecimento que, a partir desse silogismo, pode-se chegar a um conceito de empresa.

Lippert (2003), afirma que o conceito de empresa de Miguel Reale encontra eco nas propostas de autores como Fábio Ulhoa Coelho, Waldirio Bulgarelli, Rubens Requião, respectivamente, verbis:

Conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens e serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). (...)

Como atividade econômica, profissional e organizada, a empresa tem estatuto jurídico próprio, que possibilita o seu tratamento com abstração até mesmo do empresário.

Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. (...)

Empresa é essa organização dos fatores da produção (...) pelo empresário.¹⁶

A empresa hoje é uma espécie do gênero sociedade.¹⁷

O Código Civil em seu artigo 966 estabelece características próprias da empresa, contudo, não estabelece diferencial entre atividade de natureza civil ou comercial, entretanto, ao se reportar o artigo 982 do mesmo diploma legal, percebe-se que ao exercer uma atividade econômica organizada que tem por objetivo a produção ou a circulação de bens ou serviços, ter-se-á uma sociedade empresária.

Dessa forma, tomando por base os novos rumos da atividade empresária, tem-se que a empresarialidade, "não está ligada conceitualmente ao lucro, mas, sim, ao exercício de uma atividade econômica organizada e aos resultados para partilhar entre os sócios."¹⁸

Segundo ensinamentos de Simão Filho (2004), as principais características da empresa são:

- a) organização
- b) profissionalidade
- c) exercício de atividade econômica organizada
- d) produção ou circulação de bens ou serviços
- e) elemento de empresa

Assim, a idéia de empresarialidade envolve a economicidade, a organização e a profissionalidade.¹⁹

Coelho (2004) conceitua a empresa como sendo,

a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa).²⁰

Muitos estudiosos já tentaram definir de maneira lacônica, o conceito de empresa, todavia, quem melhor esclarece o assunto, é Asquini, citado por Comparato,

Sob o aspecto econômico é de fato possível estabelecer uma definição unitária da empresa, como sendo uma organização de trabalho e capital que tem como fim a produção de bens ou

¹⁵QUIZA, Rosana Garcia. *Resumo Jurídico de Direito Comercial*. Editora Quartier Latin. 2ª ed. São Paulo/2004:19

¹⁶LIPPERT. *Op. cit.*

¹⁷SIMÃO FILHO, Adalberto. *A Nova Sociedade Limitada*. Editora Monole. São Paulo/2004

¹⁸SIMÃO FILHO. *Op. cit.*

¹⁹SIMÃO FILHO. *Op. cit.*

²⁰COELHO. *Op. cit.* 2004:19

serviços para a troca. Porém, sob o aspecto jurídico, o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, que assume não somente um, mas diversos perfis, segundo o fenômeno econômico e a norma jurídica a qual se refere.²¹

Partindo dos inúmeros conceitos que se tem acerca da empresa, observa-se que no decurso dos séculos, em virtude da busca incessante de um direito próprio e renovado para regulamentação da empresa, que somado ao crescimento dos negócios, fez surgir a necessidade de uma organização que unisse todos os interesses basilares, para atender às demandas de um comércio dinâmico e em constante mutação, frente a novas tecnologias e a novos conceitos. Sem embargo, ao se falar em empresa, tem-se a idéia de economicidade, organização e profissionalidade.

2.2.2 A empresa no novo Código Civil

O novo Código Civil define o empresário, em seu artigo 966; sociedade empresária, no artigo 982 e estabelecimento em seu artigo 1.142, todavia, não define empresa, seguindo, portanto, a orientação do Código Civil italiano.

Para que se possa conceituar a empresa, conforme elucidado em linhas pretéritas, necessário se faz uma inferência e somatória dos conceitos existentes acerca do empresário e do estabelecimento, posto que inexistente, no ordenamento jurídico, um conceito teórico da empresa.

Requião (2000) define que "empresa é essa organização dos fatores da produção exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, ipso facto, a empresa."²²

Buscando atender aos anseios da sociedade, o novo Código Civil, cujo projeto quedou-se adormecido por vários anos, introduziu modificações significativas na legislação brasileira, as quais afetaram diretamente as relações contratuais e as atividades empresariais.

A empresa nos dias atuais é uma realidade. O direito de empresa é uma inovação única, vez que, nenhuma codificação contemporânea trata do assunto, sobretudo, num capítulo específico, como é o caso da legislação brasileira.

Vista sob o prisma atual, a empresa faz surgir e brotar sua autonomia da realidade social; autonomia esta, que se funde com a idéia de liberdade; liberdade de escolha, liberdade contratual, liberdade de determinar, delimitar, de conduir ou não o negócio, sem desconhecer que a ordem jurídica lhe empresta um novo paradigma.

A empresa hoje, embora seja de difícil conceituação, deve ser considerada a célula fundamental da economia de mercado, para a qual se deve dispensar um tratamento diferenciado.

Segundo entendimento de Nerilo (2004, p.24) significa dizer que "O cerne da teoria da empresa está nesse ente economicamente organizado que se chama empresa, que pode se dedicar tanto a atividades eminentemente comerciais, como a atividades de intermediação de serviços ou de compra e venda de bens imóveis, tradicionalmente excluídas do direito comercial."²³

Do ponto de vista de Bulgarelli(1997), existe uma dificuldade da doutrina em conceituar juridicamente a empresa, bem como abranger juridicamente os seus vários tipos, que adotam por objeto atividades tradicionalmente fora do âmbito do direito Comercial como agricultura.²⁴

2.2.3 O empresário

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 966, verbis:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ou ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.²⁵

²¹COMPARATO, Fabio Konder. *A Reforma da Empresa*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1983

²²REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito comercial*. Saraiva, São Paulo 2000:57.

²³NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. *Manual da sociedade Limitada no Novo Código Civil*. Editora Juruá, Curitiba, 2004:24

²⁴BULGARELLI, Valdério. *Direito Comercial*. 15 ed. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997:67

²⁵Código Civil Brasileiro

O empresário é o titular da atividade econômica organizada; é o sujeito de direitos. Asquini(1996) destaca, nesse ponto, a profissionalidade. Só é empresário quem exerce a atividade de modo profissional, ou seja, são necessários os requisitos da habitualidade e da estabilidade.²⁶ Dessa forma, quem exerce profissionalmente uma empresa é o empresário.

Ressalta-se que a base de todo ordenamento jurídico atual, não é mais o comerciante, mas, sim, o empresário, com a dilatação das suas características, exercendo profissionalmente a atividade econômica.

Bulgarelli (1997) conceitua o empresário:

Titular da empresa, o seu sujeito, portanto, aquele que tem a iniciativa da criação da empresa e que a dirige, correndo o risco inerente à atividade empresarial (...), além das funções próprias do empresário (o risco, o direito ao lucro e o poder supremo) o seu dinamismo, uma espécie de força vital que emprestaria à empresa para seu surgimento e posterior crescimento (...) Juridicamente, o empresário é o sujeito de direito, o único, aliás, reconhecido pela lei, em termos de representação empresarial.²⁷

Portanto, se uma pessoa física que emprega seu capital e organiza a empresa de forma individual, ou a jurídica, que com a união de esforços de seus integrantes, toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica, de produção ou circulação de bens ou serviços, será considerado empresário.

O empresário, no exercício de sua profissão, deve se revestir de um espírito empreendedor, que não apenas almeje o lucro da empresa, mas, que vai a busca de qualificação para que além dos lucros, vislumbrando, também, o social da empresa na qual está vinculado.

A revista *Veja* de 30 de junho de 2004, trouxe uma reportagem de grande interesse e diretamente ligada à realidade atual, intitulada: "A descoberta do talento", apontando que "Para sobreviver nesse mercado, além de ser empreendedor é necessário ter espírito de liderança. O profissional precisa conhecer também os

talentos que o diferenciam e investir neles."²⁸

Realmente, tendo em vista a própria essência do regime capitalista que se encontra intrinsecamente agregado ao conceito de empresário e ao dinamismo relacionado com o desenvolvimento empresarial que de maneira instintiva faz com que os preceitos comerciais vivenciem constantes mudanças, imperativo se faz trabalhar a descoberta de talentos empreendedores acometidos do espírito de liderança, para que a nova empresarialidade consiga sobreviver neste mundo contemporâneo.

Esta realidade faz cogitar o empresário como uma pessoa diferenciada que não deve se intimidar com a concorrência, mas, sentir-se estimulado através dela, criando, suscitando idéias, reestruturando a organização, gerando recursos, investindo, promovendo treinamentos, enfim, o empresário moderno é aquele que jamais declara sua incapacidade empresarial, mas corre atrás dos seus objetivos como empreendedor, dominando e atendendo as exigências do mercado, disposto a vencer seus obstáculos e superar seus limites.

2.2.4 O estabelecimento

O artigo 1.142 do novo Código Civil prescreve:

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. (grifamos)

Checoli(2004) afirma, categoricamente, não gostar do texto do artigo retro, elucidando que "Por expressa disposição legal, a personalidade jurídica é conferida à sociedade e não ao estabelecimento e, assim, face ao conceito de empresa ou de azienda, melhor seria qualificar o estabelecimento, para chamá-lo de estabelecimento empresarial."²⁹

Considerando o entendimento do autor, é de se crer que a existência do estabelecimento empresarial pressupõe a existência de um empresário e que, ao tratar sobre o estabelecimento, o novo

²⁶ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa. Revista de Direito Mercantil. Trad. Fábio Konder Comparato, São Paulo, 1996*

²⁷LIPPERTI. *Op. Cit. 2003:140*

²⁸Lima, João Gabriel de. *A Descoberta de Talento - Revista Veja - 30.06.2004*

²⁹CHECOLI, Paulo. *Direito de Empresa no Novo Código Civil/2002. Editora Pillares, São Paulo 2004:308*

Código Civil, deveria ter utilizado a denominação de estabelecimento empresarial; o que reporta à inteligência de que o empresário, é aquela pessoa a quem é conferida a obrigação de exercer a atividade empresarial finalística, organizando um conjunto de bens, que após, organizados, constituem o estabelecimento.

Buscando uma definição precisa acerca do estabelecimento empresarial, conclamou-se Coelho(2004), que: "Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica. A proteção jurídica do estabelecimento empresarial visa à preservação do investimento realizado na organização da empresa."³⁰

Sem embargo, entende-se que o estabelecimento não é pessoa, nem atividade empresarial, mas, uma universalidade de fato que integra o patrimônio do empresário.

2.2.5 Função Social da Empresa

Na verdade, a empresa exerce uma função social no mundo econômico, apresentando mudanças não só quantitativas, mas, também, qualitativas.

A empresa, diante das inúmeras transformações, busca uma melhor performance para se adequar às exigências e anseios da sociedade cada vez mais distinta e seleta. Para tanto, a empresa procura investir na qualidade e durabilidade dos produtos fabricados ou distribuídos, aspirando atender às exigências dos consumidores; investe na saúde e bem estar de seus empregados; busca novas técnicas para soluções dos conflitos, como os mecanismos da conciliação; integra-se na economia internacional com formação e participação de blocos; investe na substituição de empresa isolada por grupos empresariais; consórcios; trabalha a reformulação do controle da empresa; preserva a presença de consultores, auditores e advogados para atender a sua evolução; delega poderes e responsabilidades.

A preocupação de outrora acerca de um poder controlador da empresa, deu lugar ao direito empresarial, o direito de concorrência, o direito de mercado de capitais, o direito da engenharia financeira e em especial ao direito de parceria.

A função da empresa não é mais controladora, mas, associativa e organizada, destinada às atividades de produção e de circulação de mercadorias, bens e serviços, dirigidos por uma pessoa denominada empresário, sujeito de direito, que organiza e assume o risco do empreendimento com profissionalidade.

2.2.6 A Lei Falimentar - pressuposto para a manutenção da empresa

Partindo do princípio de que as Leis são os reflexos do comportamento de um povo, que traduz a consciência social de um novo mundo, aspirando harmonizar a nova realidade de uma sociedade solidária, eis que surge, a nova Lei de Falência, oportunizando a recuperação empresarial, antes mesmo de demonstrar, publicamente, o seu estado de crise, bem como, depois de sua efetiva decretação.

Na busca incansável de uma nova realidade econômica, vislumbra-se com a Lei de Falência, um meio garantidor da reestruturação do sucesso e da sobrevivência das empresas. Assim como o novo Código Civil fez surgir uma luz no fim do túnel que visa proteger a parte mais fraca, desfavorecendo o aspecto individual a fim de privilegiar os interesses coletivos, a Lei de Falência, ao tratar da recuperação da empresa, veio para sanear e socorrer a empresa econômica e financeiramente viável, gerando a possibilidade de sobrepujar a crise e admitir a conservação do manancial produtor, do emprego e dos interesses dos credores, levando-se em conta, a preservação da empresa, sua função social e em especial, o incentivo à atividade econômica.

Com as inovações do Código Civil que afetam diretamente as relações contratuais e as atividades empresariais, espera-se que realmente ocorra a aplicação da norma no sentido de proteger os sócios, bem assim, os minoritários e os anseios da sociedade, com o escopo de beneficiar as pessoas que se associam e se organizam a fim de, em conjunto, dar eficácia ao que pactuam.

Partindo do princípio de que o fundamental objetivo da nova Lei é reestruturar, sanear e salvar a empresa econômica e financeiramente viável, tem-se

³⁰COELHO. *op. cit.* 2004:97

que um novo modelo de empresa está insurgindo das cinzas de um passado lamentável para atender aos reclamos da sociedade que há muito busca um caminho eficaz para a solução de litígios e controvérsias comerciais, divisando, no atual cenário, uma abertura de mercado e o fortalecimento do novo paradigma empresarial que antes de tudo, prima por diligenciar o seu alvo máximo: a função social.

Das mudanças propostas, a que mais se destaca é a concordata; esta foi extinta. A empresa em crise econômico-financeira poderá requerer recuperação extrajudicial ou judicial, fazendo acordo com credores.

No que refere à falência, dispõe de mais agilidade para evitar a dilapidação do patrimônio do devedor e o pedido só poderá se feito quando o valor das dívidas for superior a 40 salários mínimos.

Quanto aos créditos trabalhistas, estes foram limitados a 150 salários mínimos por credor. Créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado e créditos tributários.³¹

2.3 Novos caminhos na atividade empresarial - organização, planejamento e negociação

A empresa é basicamente um sistema de informação, posto que, tem o dever de conduzir o conhecimento necessário para o sucesso do seu próprio negócio.

O grande desafio para as empresas está justamente na possibilidade de instituir um plano de organização, planejamento e negociação que permita às suas funções e processos, operarem de forma sincronizada rumo ao objetivo maior da empresa que é: oferecer produtos e serviços que possam atender às exigências e expectativas do mercado, visando proporcionar os melhores resultados.

Em síntese, os novos caminhos na atividade empresarial, estão voltados para a receita do sucesso. Para tanto, buscam ofertar produtos e serviços que estejam de acordo com as expectativas e necessidades do mercado, a preços competitivos, primando pela qualidade, atendimento, gestão de informação que permita usar a informação necessária para a organização da empresa, entre outros conhecimentos de mister.

2.3.1 Organização

De maneira eficaz Pandiá Pandu, define organização, verbis: "Ato ou efeito de organizar; estado do que se acha organizado; constituição física; estrutura; fundação; constituição moral ou intelectual; composição; empresa; instituição."³²

Com escopo na definição mencionada, percebe-se que é da essência da empresa, a sua organização para que a mesma possa se manter e sobreviver no mundo atual, que cada vez mais, prima, exige e busca por melhores produtos, bens, serviços e ofertas.

A tendência do mundo atual é buscar meios de soluções amigáveis para a preservação e continuidade da empresa, a manutenção dos seus empregados e prosseguimento da produção. Deixando a falência ou liquidação do patrimônio para casos em que não haja possibilidade de recuperação.³³

É certo que o autoritarismo, a concentração de poderes, o individualismo, a centralização dos lucros, dentre outros fatores, exerceu um papel importante para o despertar dos novos caminhos da empresa, levando-se em conta a necessidade de se organizar de forma diferenciada, para atingir os objetivos almejados, hoje centrados no interesse social e coletivo.

Também a globalização está a exigir a expansão das oportunidades de desenvolvimento econômico, estimulando a criatividade e o surgimento de novos produtos e processos que agreguem qualidade de vida, gerando e estimulando a sinergia entre os povos e proporcionando total liberdade de tráfego e comunicação, promovendo o crescimento do ser humano e da empresa, em todas as dimensões e, conseqüentemente, promovendo o surgimento de novas organizações lastreadas em tecnologias e novas atividades, ampliando assim, o mercado de trabalho e gerando riquezas.

Hodiernamente enfrentam-se situações já vividas num passado não mui distante (revolução industrial, conflitos mundiais, colapsos financeiros, revoluções), cujo resultado obrigou as sociedades a criarem novos caminhos, novos paradigmas e novos recursos para atender ao novo modelo de empresa organizada.

³¹Revista Consulex - 28.02.05

³²PANDU, Pandiá. *Dicionário Global da Língua Portuguesa*. Editora Renovada, 1982:566

³³ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. *Falências e Concordatas*. Editora de Direito. São Paulo 1998:442

2.3.2 Planejamento

Pandu define planejamento como sendo o Ato ou efeito de planejar; planejar, para o autor é : Fazer o plano de; projetar; tencionar; planejar.³³

O planejamento existe em consequência da organização; a arte de planejar deve ser constante e diuturna, na vida dos cidadãos. É constante na vida do homem, planejar uma viagem, uma compra, uma festa, escrever um livro, estudar para a prova, conseguir boas notas, casar, ter um filho, projetar as leis, etc.

Assim, a arte de planejar, também deve ser constante, no dia-a-dia de uma empresa. Não basta organizar, é preciso planejar. Para que a empresa prospere, adquira confiança e se estabilize, mister se faz o planejamento de suas atividades, a curto, médio e a longo prazo.

Através do planejamento, a empresa se verá apta para desenvolver atividade especializada e profissional, capaz de satisfazer as necessidades alheias, mais precisamente, às exigências do mercado em geral.

Partindo dessa premissa, entende-se que até mesmo a busca para a recuperação da empresa, de maneira indiscriminada, sem organização e sem planejamento, em contra partida à sua liquidação, poderá acarretar prejuízos, aumentando os custos sociais ao invés de diminuir, mesmo porque, poderá trazer conseqüências irremediáveis, tanto no campo econômico, quanto social, o que seria uma catástrofe.

O papel da empresa nos dias atuais é fazer valer o interesse social que deve estar acima dos demais; todavia, de forma organizada, planejada e negociada, para evitar a falência, que conseqüentemente, causaria um desequilíbrio financeiro, econômico e social, impossível de ser solucionado.

A responsabilidade social da empresa contemporânea é a bíblia da nova governança corporativa.

Os novos rumos das empresas estão a exigir conceitos mais modernos sobre organização e planejamento da empresa, recomendando entre outras medidas, a adoção de sistemas de estrutura flexível, contrariamente às estruturas tradicionais organicistas, bem como, o autoconhecimento e a conscientização

das potencialidades e estilos pessoais, fatores essenciais para o sucesso profissional da empresa moderna.

2.3.3 Negociação

Também a negociação está presente na vida das pessoas, de forma tão corriqueira, que, na maioria das vezes, não se percebe que se está negociando ou que se está atingindo os melhores ou piores resultados, através da negociação.

A arte de negociar está presente em todos os momentos e em todas as situações vivenciadas pelo indivíduo. Negociar é adotar uma determinada postura diante de cada situação.

Até mesmo em família se pratica a arte da negociação. O simples diálogo entre as pessoas pode-se tornar uma forma de negociação. Negocia-se, ainda, com o feirante, com o comerciante, com empresário, com o chefe, com o vizinho, com o amigo, com o vendedor, enfim, a negociação está cada vez mais constante na vida das pessoas.³⁴

Não bastando, a arte da negociação, também se faz presente nas relações comerciais, políticas e porque não dizer, nas relações internacionais, como é o caso do MERCOSUL, NAFTA, ALCA, ONU, etc.

A arte de negociar não é apenas fazer um negócio ou um ajuste, mas, um meio alternativo de encontrar soluções para conflitos de toda ordem, sejam, individuais ou coletivos, pessoais, familiares, institucionais, negociais, locais, regionais, nacionais ou internacionais.

Para a obtenção do sucesso no processo da empresa moderna, a organização, planejamento e negociação, devem se fazer presentes, é claro que algumas precauções devem ser tomadas para não se deparar ao depois, com o insucesso ou fracasso dos meios utilizados.

Urge a exigência de organização, planejamento e negociação, com o intuito de se conseguir um resultado melhor do que se conseguiria sem o acordo, todavia, não justifica a realização de um mau negócio, apenas com a finalidade de uma composição amigável, mister se faz muita cautela e muito cuidado, não só no decorrer do processo, mas, até mesmo antes de se optar por

³³PANDÚ. *Op cit.*

³⁴VIEIRA, Maria Margareth Garcia. *Euro Jus - Revista de Direito, Brasília, 2003*

essa forma alternativa para solução de conflitos.

Para tanto, as empresas devem organizar-se no sentido de investirem significativamente no aperfeiçoamento profissional, no treinamento orientado e adequado a determinados perfis pessoais.

A realidade atual aponta que para um futuro onde as empresas e pessoas estarão em constante sintonia e mutação, em busca da satisfação das suas necessidades, através do aprimoramento interativo, haja vista que todos farão parte de um mesmo organismo que almeja um mesmo objetivo de conquistar o cliente com a oferta de produtos e serviços da melhor qualidade de acordo com o mercado em que atua.

2.4 Aspectos importantes para o sucesso da empresa

2.4.1 Participação

Para a empresa moderna, não basta apenas mostrar resultados na coluna dos lucros, é preciso, também, conquistar o reconhecimento da sociedade, embora tenha que enfrentar muitos desafios.

Diante dos novos rumos empresariais, nenhuma empresa pode deixar de lado a modernidade corporativa, deve congrega conceitos de segurança ambiental, responsabilidade social, parcerias com a sociedade e ONGs e em especial, ter uma boa idéia e persegui-la até que ela se realize do melhor modo possível.

A empresa contemporânea deve criar um canal de comunicação entre os funcionários e a cúpula da empresa, dando azo a um canal formal para apresentação de idéias e não de sugestões, pelos funcionários, fazendo insurgir a reengenharia participativa.

É preciso sonhar mesmo que de forma ambiciosa. Sonhar com olhos bem abertos em direção ao sucesso, compartilhando os sonhos com funcionários, clientes e fornecedores de maneira equilibrada, o que facilitará o acesso à vitória.

2.4.2 Criatividade

Há muito o empresário sabe que o colaborador (ou funcionário) é a mola mestra da empresa. Só é

possível atender bem ao cliente, se o colaborador estiver satisfeito com seu trabalho e detiver o conhecimento necessário para o desempenho de suas funções.

Infelizmente, muitos empresários desconhecem ou não a devida importância à proteção à propriedade intelectual (industrial e autoral), fazendo gerar conseqüências graves, pois deixando de registrar sua Marca, a empresa fica desprotegida e poderá até perder direito de usá-la e sofrer uma ação indenizatória se outro empresário vir a registrar a Marca primeira.

A empresa moderna tende a descobrir os valores humanos e sua capacidade de criar. Por isso deve estar aberta a todos os tipos de informações que são essenciais para o seu sucesso empreendedor.

É fundamental a estimulação da criatividade.

O espírito empreendedor da nova empresarialidade deve fazê-la enxergar que não basta apenas criar coisas novas, é preciso fazer diferente e transformar as suas inovações em negócios, porque suas chances são maiores a partir do momento em que o conhecimento aumenta.

2.4.3 Visão de futuro

A revista Pequena Empresa Grandes Negócios de março 2005, n. 194, trouxe a reportagem sobre a terapia empresarial. Resta demonstrado que "empreendedores se reúnem para discutir questões psicológicas e gerenciais", onde um grupo de empresários discute os vários ramos da atividade, compartilhando com os outros, os momentos de incertezas, para encontrar as melhores ferramentas que podem ser utilizadas em seus próprios negócios. (The Executive Committee - TEC)³⁵

A terapia empresarial vem ao encontro das necessidades dos grandes empreendedores, auxiliando-os na intuição e visão de futuro que em geral leva-os a aproveitarem as oportunidades que conseguem.

2.4.4 Oportunidades

A empresa deve fazer antes de ser solicitada ou de ser forçada pelas circunstâncias. Deve expandir os negócios até para novas áreas, produtos e serviços, melhorando sempre a qualidade para conquistar a sociedade.

³⁵Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios n. 194 março de 2005

Neste aspecto, vale trazer à baila a reportagem da revista Pequenas Empresas Grandes Negócios de maio de 2005, n. 196, que trata da Profissão de fé "Empresárias criam roupas para crianças evangélicas e judaicas e conquistam a molecada religiosa."³⁶

De acordo com a reportagem, restou demonstrado que a capacidade de detectar oportunidades de mercado e de transformá-las em negócios de sucesso não é uma tarefa fácil. Sem embargo, a empresa moderna deve sempre buscar novas oportunidades para incrementar o seu negócio. Nos momentos de crise, sempre se é obrigado a pensar em soluções, este é um momento bem apropriado para se dar uma nova roupagem ou incremento ao negócio. Com certeza, a forma de fazer diferente levará a um novo empreendimento.

2.4.5 Empreendimento

Sempre que necessário, mudar de estratégia a fim de enfrentar os desafios para superar os obstáculos, assumindo sempre a responsabilidade pessoal pelo desempenho necessário para atingir metas e objetivo.

Ser empreendedor é ser persistente. Ser empreendedor é se ter iniciativas. Ser empreendedor é andar por caminhos que ainda não foram percorridos. Ser empreendedor é ter iniciativa de fornecer produtos e serviços que atendam aos desejos e às necessidades do consumidor.

O bom empreendedor se revela através das coisas mais simples, basta ser persistente e inovador com a certeza de que a perda de uma batalha não significa que se perdeu a guerra.

2.4.6 Estímulo

Esmerar-se em manter funcionários e os clientes satisfeitos e colocar em primeiro lugar a boa vontade em longo prazo, acima do lucro em curto prazo.

A empresa deve aprender a discutir suas relações. Os embates entre funcionários precisam ser gerenciados para não prejudicar a empresa e sua clientela. É necessário estimular para que consiga atingir o ápice do sucesso empresarial.

É preciso, também, desenvolver ou utilizar procedimentos para assegurar que o trabalho seja terminado no tempo e paradigmas de qualidade exigidos

pelo mercado, buscando a qualidade que satisfaça padrões de excelência e preços condizentes com a realidade de cada cliente e da comunidade em geral.

2.4.7 Autoconfiança

Para ser um vencedor e um empreendedor, urge a necessidade de confiar em si mesmo. É preciso avaliar e criar formas alternativas e, calcular os possíveis riscos com o objetivo de reduzi-los ou controlar os resultados.

Evitar a batalha se não tem baixos custos e não consegue brigar de igual para igual com a concorrência, é um bom fluido para a empresa. A confiança em si mesmo é essencial para vencer os obstáculos e alcançar o sucesso.

2.4.8 Metas

Definir metas de longo prazo, claras e específicas, estabelecendo objetivos de curto prazo, mensuráveis. Não se olvidar de que o incentivo é meta fundamental para alcançar bons resultados, mas um deslize muitas vezes poderá ser fatal.

Outra meta a ser obedecida está na busca constante de clientes, fornecedores e concorrentes. Investigar como fabricar melhor um produto do seu ramo de negócio ou como fornecer melhor um serviço. Valer-se de especialistas para obter assessoria técnica ou comercial, necessárias à melhoria da empresa.

2.4.9 Definir os objetivos

A empresa deve situar suas metas com particularização e prazo para acontecer. Deve agir com determinação para evitar desvios desnecessários que podem ser fatais, para tanto, devem planejar e dividir tarefas de grande porte em subtarefas com prazos definidos. Revisar planos levando-se em conta os resultados obtidos e mudanças circunstanciais. Deve trabalhar de acordo com o que foi projetado e planejado.

2.4.10 Relacionamento e independência

Utilizar estratégias deliberadas para influenciar, desenvolver e manter relações comerciais.

³⁶Op. cit. N. 196 maio de 2005

É essencial manter um relacionamento estreito e sério com a rede de vendas, pois sozinha, a empresa não subsistirá. Investir nas relações com pessoas das mais diversas áreas e não apenas do seu ramo de negócio, poderá ajudar no sucesso da empresa.

A empresa deve inspirar e expressar confiança, mesmo quando enfrentar um desafio ou se encontrar diante de resultados inicialmente desanimadores. É necessário colocar o consumidor no centro das atenções, pois o verdadeiro desafio da empresa moderna não é apenas limitar-se a produzir bens e serviços, mas, principalmente, o de zelar pelo bem comum.

2.4.11 Humildade

O empreendedor moderno deve ser corajoso e ousado, mas, sobretudo, humilde. Deve ter como lema: "Mais vale uma tentativa com derrota do que uma derrota sem tentativa."

O empreendedor não deve desistir jamais. Deve investir com coragem e ousadia, inovando sempre para atrair o consumidor e operar de forma competente. A vida é feita de etapas, assim como a felicidade. Da mesma forma se opera no ramo dos negócios. Para o empreendedor moderno o segredo é estar sempre preparado para arriscar no ramo dos negócios e, se houver necessidade, começar tudo outra vez.

A humildade deve ser constante na vida do empreendedor. É preciso ser humilde para reconhecer que sem a participação dos outros não alcançaria suas próprias vitórias.

Carlos Wizard Martins ensina que: *É impossível vencer uma corrida, a menos que se aventure a correr; é impossível conseguir a vitória, a menos que ouse batalhar.*³⁷

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A empresa deverá ter como meta ao longo dos seus caminhos, a promoção e desenvolvimento profissional, cultural e social da própria organização, utilizando-se de programas de capacitação que atendam ao contínuo processo de mudança e, essencialmente um perfil empreendedor capaz de superar fronteiras, vencer os maiores obstáculos e valorizar o ser humano, seu elemento basilar.

REFERÊNCIAS

- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Falências e Concordatas. Editora de Direito. São Paulo 1998
- ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Revista de Direito Mercantil. Trad. Fábio Konder Comparato, São Paulo, 1996
- BULGARELLI, Valdério. Direito Comercial. 15 ed. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997
- CHECOLI, Paulo. Direito de Empresa no Novo Código Civil. 2002. Editora Pillares. SP/ 2004.
- COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Saraiva. Vol. 1, São Paulo/2004
- COMPARATO, Fabio Konder. A Reforma da Empresa. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1983
- CONSULEX, Revista. Fevereiro 2005
- LIMA, João Gabriel de. A Descoberta do Talento - Revista Veja de 30.06.2004
- LIPPERT, Márcia Mallmann. A Empresa no Código Civil. Editora RT, São Paulo/2003
- MARTINS, Carlos Wizard. Vencendo a Própria Crise. Campinas-SP, 2001
- NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Saraiva. São Paulo/ 2004
- NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Saraiva. São Paulo/ 2004
- NEVES, Iêdo Batista. Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos. APM Editora. 1987
- NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. Manual da Sociedade Limitada no Novo Código Civil. Editora Juruá, Curitiba, 2004.
- PANDÚ, Pandiá. Dicionário Global da Língua Portuguesa. Editora Renovada, 1982
- PEQUENAS EMPRESAS GRANDES NEGOCIOS, Revista. n. 194, março de 2005
- N. 196 maio de 2005
- QUIZA, Rosana Garcia. Resumo Jurídico de Direito Comercial. Editora Quartier Latin. 2ª ed. São Paulo/2004
- REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 1º vol., 24ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000
- SIMÃO FILHO, Adalberto. A Nova Sociedade Limitada. Editora Monole. São Paulo/2004
- VIEIRA, Maria Margareth Garcia. Euro Jus - Revista de Direito, Brasília, 2003

³⁷MARTINS, Carlos Wizard. Vencendo a Própria Crise. Campinas-SP, 2001

O VOTO DE CABRESTO E A LIBERDADE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE STUART MILL E ALEXIS DE TOCQUEVILLE

Viviane Aprigio do Prado¹

RESUMO

A conquista do sufrágio amplo ocasionou no Brasil o surgimento da República dos Coronéis, em que o coronel exercia uma forte influência sobre a população e conseqüentemente sobre os eleitores, no denominado, voto de cabresto. Busca-se evidenciar o contra-senso entre a conquista do voto, independentemente da condição financeira, e a ausência de liberdade para escolher seus governantes a partir das visões de Stuart Mill e Alexis de Tocqueville, tendo como fio condutor as obras, "A Liberdade/Utilitarismo" e "A Democracia na América". Serão correlacionados os artifícios dessa dominação, a ausência da liberdade, despolitização dos eleitores brasileiros, com o objetivo de compreender a história dos municípios brasileiros e sua representação política.

Palavras-chave: Coronelismo - República - Liberdade - Voto

1 INTRODUÇÃO

Neste presente estudo, foi analisado o fenômeno que vigorou no interior do Brasil, o coronelismo, a partir da obra "Coronelismo, Enxada e Voto" de Vitor Nunes Leal. A denominação coronelismo resultou de um regime representativo, com sufrágio amplo, em que o coronel exercia uma forte influência sobre a população e, conseqüentemente, sobre os eleitores, no denominado, voto de cabresto. Objetiva-se verificar se o povo brasileiro, embora independente de Portugal, republicano e com sufrágio amplo, exercia a liberdade, principalmente a do voto, sob a perspectiva de Liberdade apresentada nas obras de John Stuart Mill e de Democracia presente na obra de

"A Democracia na América" de Alexis de Tocqueville. Fez-se, inicialmente, uma abordagem histórica, evidenciando o processo de formação do Estado brasileiro e a política implementada para sua construção, juntamente com fatores culturais que contribuíram para essa desvalorização do voto e garantia dessa supremacia dos chefes locais, apoiados pelo poder estatal, sobre a grande massa de eleitores.

2 CORONELISMO, VOTO DE CABRESTO E LIBERDADE NA FORMAÇÃO DO REGIME REPRESENTATIVO BRASILEIRO

O voto brasileiro tem repercussão histórica a partir da independência do Brasil, quando Dom Pedro I ordenou a elaboração da primeira legislação eleitoral. No entanto, a Constituição de 1824 estabelecia o voto censitário e dava continuidade à influência que a aristocracia rural exercia sobre o país. O surgimento dos partidos políticos, em especial o Partido Conservador e o Partido Liberal não impediu a elite agrária de se manter no poder.

No que diz respeito à elite, uma das principais características era seu estreito relacionamento com a burocracia estatal, o que não ocorria somente com o Brasil, mas também com outras elites de países capitalismo menos avançado. No século XIX, a figura do coronel já estava consolidada, de forma que entre 1889 e 1930, foram firmadas as bases para o estabelecimento da República dos Coronéis. A passagem do imperial para o republicano acentuou e exacerbou a função eleitoral do coronel. Foi ele quem atrelou os chefes políticos municipais ao governo

¹Professora da FESURV - Universidade de Rio Verde, mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

estadual, com a atrofia dos núcleos locais. O coronel fazia a política e complementava a opinião pública no âmbito municipal.

A proclamação da República significou, assim, a ascensão dos coronéis ao "primeiro plano da cena política" (VASCONCELLOS, 1995, p. 59). Os grandes proprietários de terras tomaram finalmente o poder na política brasileira e passaram a controlar a frágil democracia marcada pela exclusão social, pois, na verdade, as camadas dominadas da população continuaram não participando do poder público.

Naquele início do período republicano, a maioria do eleitorado brasileiro achava-se concentrada em pequenos municípios e áreas rurais, razão pela qual, com essa mudança político-constitucional, os proprietários de terra ganharam uma nova moeda de troca, isto é, a possibilidade de controlar o voto de milhões de cidadãos pobres e despolitizados. Com isso, o coronelismo conseguia se impor, no funcionamento político dos Estados e mesmo do país como um todo.

No que diz respeito ao relacionamento entre o coronel e os oligarcas, Edgar Carone (1978) afirma que, ao sentido de oligarquia enquanto governo, cuja autoridade está nas mãos de poucos, o Brasil agregou uma especificidade a mais: a do governo baseado na estrutura familiar patriarcal. Tendo se originado no Império, as oligarquias adquiriram maior estabilidade na República, em razão do federalismo e do coronelismo. O oligarca, na realidade, é um coronel como outro qualquer, apenas se diferenciando pela escala política: o simples coronel no âmbito particular, enquanto oligarca é um coronel que atua no âmbito geral, estadual. Em vista da cultura política vigente naquele momento histórico, essas elites mantinham sua liderança através do autoritarismo e dos favores que concediam a seus aliados. Entretanto "... os favores concedidos não procedem somente dos seus bens pessoais, mas aproveita-se das rendas e poder do Estado para uma política individual" (CARONE, 1978, p. 270).

Por isso, as eleições para o Poder Legislativo, por exemplo, passaram a ser realizadas sob um esquema eleitoral marcado por fraudes e desmandos, uma vez que os chefes políticos locais, os coronéis, eram os responsáveis pela qualificação dos eleitores, pela tomada e apuração dos votos, e ainda, influenciavam na composição das comissões de alistamento e mesas eleitorais. Desse modo, o coronel era, acima de tudo,

um compadre, denominação que suaviza as distâncias sociais e econômicas entre o chefe e o chefiado. O eleitor votava na indicação do coronel não porque temia a pressão, mas por dever sagrado que a tradição amoldara. A maior arma do coronel era o voto, por meio do qual exercia seu poder político. Quanto mais votos pudessem oferecer, maior seria o seu poder. Nesse sentido, a eleição era o argumento para legitimar o poder, não a expressão sincera da vontade nacional. As despesas eleitorais cabiam em regra ao coronel, por conta do seu patrimônio. Em troca, os empregos públicos, sejam os municipais e os estaduais, obedeciam às suas indicações. O coronel passa ser o elo de ligação entre o poder estatal e os eleitores, já que estes se situavam, em grande maioria, no campo, sob a zona de influência dos chefes locais, em que os governos estaduais não tinham acesso, por se tratarem de regiões privadas. É por isso que Vitor Nunes Leal (1997, p. 51) afirma que "o elo forte da política clientelista era o governo estadual". Tratava-se de uma cultura política em que só alcançava o poder quem participasse da máquina governamental montada a partir dos coronéis, o que obviamente possibilitou a prática de favores concedidos pelo Estado, reforçando o clientelismo.

Em linhas gerais, o coronelismo foi um compromisso entre o poder público, progressivamente mais forte, e a influência social decadente dos chefes locais, principalmente dos proprietários de terra. Na verdade, a decadência resultou desse progressivo fortalecimento do poder político.

Neste contexto, o que se observa é uma série de fatos que evidenciam as desigualdades, injustiças, abuso dos poderosos, desamparo dos despossuídos, preconceito e ausência de lei. É fácil constatar a incapacidade da população brasileira e, conseqüentemente, dos eleitores de tomar decisões adequadas, reivindicar interesses, movimentar-se, reunir-se em associações com a finalidade de mudar sua situação de vida. Motivos dos mais variados serviram para o entendimento da inércia dos mais humildes, aterrados na labuta diária. Coronelismo, mandonismo, patriarcalismo ou patrimonialismo fosse qual fosse a definição e as nuanças das formulações, o modelo de interpretação utilizado mostrava que a sociedade brasileira mantinha acesa a chama de uma forma de dominação, pessoalizada, arbitrária e hierárquica, em cujo sistema se processavam relações de troca

recíproca até certo ponto bem-sucedidas, já que impediam a emancipação das camadas subordinadas e favoreceriam os donos do poder.

Esse excesso de dominação e manipulação do corpo de eleitores se contrapõe aos relatos de Tocqueville sobre construção política da América do Norte, segundo ele "o que vivifica e sustenta as instituições é o interesse do povo e isso somente ocorre quando há independência e força" (2005, p. 48). Assim, os bons resultados ocorridos na América são decorrentes justamente do oposto das medidas adotadas pelo Brasil, na América pugnavam pela descentralização administrativa e participação política dos cidadãos, possuindo um corpo eleitoral patriótico, "com igualdade quase perfeita entre fortunas e inteligências" (TOCQUEVILLE, 2005, p. 48). Talvez o povo brasileiro, na visão de Tocqueville (2005), tenha se sucumbido à influência dos chefes locais e do poder estatal e não participado da vida política, porque não viu nas "comunas", expressão utilizada pelo autor para designar as cidades americanas, uma corporação livre e forte construída pelo povo. Os municípios no interior do Brasil não têm uma existência feliz, pois seu governo não é o retrato de sua vontade, de suas escolhas. Por isso, na comuna americana tomou-se o cuidado de espalhar o poder a fim de interessar mais gente pela coisa pública, pois é isso que suscita o interesse dos homens.

Na comuna, como em tudo o mais, o povo é a fonte dos poderes sociais, mas em nenhuma outra parte ele exerce seu poder de maneira mais imediata. O povo, na América, é o amo, ao qual foi necessário agradar até os extremos limites do possível. (TOCQUEVILLE, 2005, p. 73).

Mill, em sintonia com Tocqueville, aponta que o caminho para a restrição desse domínio dos chefes locais sobre a massa de eleitores seja a falta de poder. "Como o poder não declina, mas cresce, a menos que se possa levantar uma forte barreira de convicção moral contra o dano, devem-se esperar, nas atuais circunstâncias do mundo, vê-lo crescer." (2000, p.24)

Diante desse quadro que atuam como adjetivos principais, ainda na atualidade, dos eleitores brasileiros, a ignorância e a descrença política e que tal quadro reverte-se em prejuízos ainda maiores para a própria sociedade, retratado pela falta de governantes

realmente compromissados em formar um povo, é relevante analisá-los a partir da visão de Stuart Mill sobre a liberdade. Continuamente em seu discurso Mill observa que se os homens tivessem a possibilidade de ter acesso a visões de vidas diferenciadas e com isso experiências novas, conjugadas com uma prática reflexiva que analisa e retira dessa vivência a melhor parte, poderiam torna-se melhores juízes do que outros, sendo então mais aptos para apontar na sociedade os caminhos.(MILL, 2000)

John Stuart Mill, em um contexto histórico de exigência de pensamento livre, traça os pontos elementares sobre a sua concepção de liberdade. Entretanto para compreender a perspectiva milliana de liberdade, é necessário observar como o autor trabalhava com o conceito de utilitarismo, e, a partir do entendimento do Princípio da Maior Felicidade pode-se analisar como o conceito de Liberdade aparecerá nas obras deste autor, principalmente em seu livro "A Liberdade/Utilitarismo", e como sua argumentação é criada em vinculação aos conceitos de pluralismo e progresso do conhecimento.

Sua teoria está relacionada com o progresso, acreditando que a sociedade em que o povo procure os prazeres superiores é mais avançada que uma civilização que não o faz. Deste modo a promoção da procura por prazeres superiores individuais é ao mesmo tempo o incentivo para que avance a sociedade. Entretanto, não aparece claramente nos textos de Mill as causas eficientes para o progresso social, pois em cada etapa da civilização podem surgir distintas condições que criem o meio necessário para que se passe para a etapa seguinte. Certo é que

O avanço da sociedade é produzido na realidade pelas idéias, pelo exemplo e pela envergadura moral e intelectual dos indivíduos superiores. Esses indivíduos superiores florescem principalmente em condições de liberdade, de modo que a liberdade é a condição necessária para o progresso (MILL, 2004, p. 740)

Pode-se encontrar os efeitos da concepção que Stuart Mill tem do utilitarismo em todos os seus textos, entretanto, será na obra "A Liberdade/Utilitarismo" que ele deixará claro qual o seu entendimento sobre o tema. No capítulo II da obra do autor é preciso ao

indicar que o conceito não pode ser tomado pelo simples prazer grosseiro ou através da idéia de certo ou errado coloquial, mas

o credo que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como fundação moral sustenta que as ações são corretas na medida que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade. (MILL, 2000, p.187)

Para Mill a avaliação é naturalmente realizada por aqueles homens que em razão da experiência, consciência de si e introspecção (capacidade de mensurar racionalmente fatos ocorridos na existência e retirar deles a melhor parte) detêm os melhores meios de comparação. Estas pessoas estariam aptas, não necessariamente para impor suas preferências, mas para servirem de referencial de vida para os demais. Diante do argumento utilitarista milliano pode-se retirar dois pontos básicos: primeiro, e diferentemente dos outros utilitaristas, Mill acredita na existência de prazeres superiores, e em segundo lugar que a busca e aperfeiçoamento moral do homem através destes prazeres superiores fazem com que o indivíduo caminhe para a virtude, ponto em que o indivíduo teria uma felicidade quase plena. Mas apesar de acreditar que a felicidade é o único fim da vida humana, Mill associa o percurso de sua obtenção ao contentamento, a diversidade, versatilidade, plenitude com a vida e a observação da singularidade de um grupo, homem ou civilização, pois sem a possibilidade de conhecer outras variedades de existências o homem jamais poderia alcançar sua meta final. Ao admitir que o ser humano não está condicionado a uma esfera de relações estáticas e idênticas com todos, Stuart Mill (2000) assume o argumento do pluralismo humano, pois constata e invoca o fato de que somente no intercâmbio entre mundos singulares variados é que a busca pela felicidade pode tornar-se resultado real.

Assim, pode-se deduzir que os conceitos de pluralismo, liberdade e progresso interligam-se na obra milliana da seguinte maneira: Através da observação percebe-se que o ser humano vive em um mundo diverso, versátil e que existem maneiras variadas de se constituir a vida, como o objetivo essencial da existência é ter mais felicidade, mais prazer qualitativo

precisa-se de liberdade necessária para experimentar e buscar o que é melhor. Nessa interação com a liberdade de expressão, opinião e busca irá se ter contanto com as mais diversas formas de vida e pode-se escolher então a que mais convém. Tendo a possibilidade de escolher livremente, também se poderá ficar cada vez mais apto para apontar quais os prazeres são superiores aos outros e ao fazer isso também se estará cooperando para o progresso da coletividade.

Outro ponto interessante é que foi a partir dessa mudança político-constitucional, o sufrágio amplo, que se constituiu a "República dos Coronéis". Embora pressuposto para a democracia e necessário para garantir a "vontade da maioria" (2000, p. 9) não é garantia da escolha do melhor governante. Mill em sua obra "Considerações sobre o governo representativo" ao argumentar sobre a inadmissibilidade do voto ser vinculado a qualquer tipo de condição pecuniária, como era anteriormente, verifica a despeito disso que a propriedade é uma espécie de prova e que a educação é em média melhor na parte mais rica do que nas mais pobres da sociedade. Apesar de neste ponto Stuart Mill apenas constatar um fato, mais adiante que o motivo de justificar-se o voto de uma pessoa ser mais qualificado que o de outra seria a superioridade mental do indivíduo, o qual pode ser averiguado pelo tipo de educação que a pessoa tem. "O empregador é, em regra, mais inteligente que o trabalhador; visto como tem de trabalhar com a cabeça, enquanto o último com as mãos" (1964, p. 117)

Pode-se concluir, a partir de Mill, que a despeito da condição pecuniária precária do povo brasileiro não ser um motivo para a desqualificação total do indivíduo, ela, entretanto irá condicionar a capacidade e a possibilidade do sujeito de adquirir conhecimento, poder experimentar novas formas de vida, capacitar-se intelectualmente e com isso desenvolver uma capacidade reflexiva sobre o que é melhor ou pior, pois seu panorama de vivências está extremamente restrito. Aliado a isso se tem um argumento muito em voga à época de Mill da vinculação da pobreza a possíveis desordens sociais e o surgimento de tiranos oportunistas e opressores. Assim parecia-lhe justo que estas pessoas ou minorias não ficassem entregues a sua própria sorte e que aqueles

mais capacitados pudessem protegê-los de suas próprias ações danosas. Logo na introdução de sua obra "A Liberdade/Utilitarismo", Mill faz algumas considerações sobre este fato dentro da sua argumentação em defesa da liberdade:

Talvez seja necessário dizer que esta doutrina somente se aplica a seres humanos que atingiram a maturidade das próprias faculdades. Não estamos falando de crianças ou de jovens que não tenham atingido a idade possível fixada pela lei como a maioridade. Aqueles que ainda se encontram em um estado exigindo o cuidado de terceiros devem ser protegidos contra os próprios atos tanto contra dano externo. Pela mesma razão deve deixar-se de considerar esses estágios atrasados da sociedade em que se pode encarar a raça como em minoridade. As primeiras dificuldades na senda do progresso espontâneo são de tal ordem que raramente é possível escolher os meios para dominá-las; e o governo empolgado pelo espírito do progresso não se pode negar o uso de qualquer expediente capaz de fazê-lo atingir certo objetivo, de outra maneira inacessível. Para tratar com bárbaros o despotismo constitui forma legítima de governo, contanto que a meta seja melhorá-los e os meios justificados pela real efetivação daquele objetivo. A liberdade, como princípio, não se aplica a qualquer estado das coisas anterior ao tempo em que os homens tornaram-se capazes de progredir pro meio da discussão livre e igual. (...) Logo, porém, que os homens atingem a situação de poderem ser guiados para o melhoramento próprio por meio da convicção ou da persuasão (período muito alcançado por todas as nações com que teremos que nos ocupar neste ensaio), a coação, seja sob forma direta seja na de penalidades e castigos por insubmissão, não mais se pode admitir como meio para lhes promover o bem, só se podendo justificá-lo em favor da segurança de terceiros" (2000, p. 13)

Em todo o seu discurso encontra-se a possibilidade de uma cultura civilizada estar ajudando a outra em estado de maturidade intelectual inferior. Como visto anteriormente, para o autor enquanto os homens não fossem capazes de uma liberdade e

igualdade de discussão, deveriam ser conduzidas por uma mão forte e superior que cuidasse para que estes homens não fizessem mal a si mesmos, mas pontua que apesar de um bom déspota interno, emergindo do povo, possa fazer isso, o despotismo de um país estrangeiro e com maior civilidade traria ganhos mais constantes para o povo dominado. Dessa maneira justifica e transforma como regra ideal a dominação americana sobre os iraquianos, pois para um povo bárbaro ou semi-bárbaro a mais eficaz e talvez única maneira para que se conseguissem suficiente avanço seria o da dominação por um país com maiores capacidades civilizacionais. Os pontos argumentativos de validade para essa dominação, a simples preocupação em ajudar outros povos com menores possibilidades de maioria intelectual, parece um tanto "romântico", pois a história demonstra que a finalidade da dominação das colônias era apenas de constituir mercados para os produtos nacionais dos países dominantes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, embora o presente estudo conclua por uma imaturidade do povo brasileiro, essa dominação somente aumentaria o número de governantes interessados em explorar e manipular o povo visando, como sempre, o aumento do poder.

Na "República dos Coronéis" o povo brasileiro não tinha liberdade de consciência, de pensar e sentir, de ter sua própria opinião, pois pensava e agia conforme os ditames dos chefes locais; não tinha liberdade de gostos e atividades, não podia ser o formulador de seu destino, pois os representantes do povo não se identificavam com ele; e mais ainda, não tinha a liberdade de unir-se para combater a dominação, pois dependiam dos coronéis, pois deles vinham os únicos favores de sua medíocre existência. Nenhuma sociedade, segundo Mill, é livre se não respeitam o conjunto dessas liberdades, em caráter absoluto e sem reservas, seja qual for a forma de governo. O coronelismo foi para o Brasil uma outra página da escravidão, talvez mais insidiosa que a passada, pois nesta prisão não houve celas, nem chibatadas que garantiam a obediência a suas regras, existia apenas uma pacata submissão ao dever sagrado de seguir seu "compadre".

REFERÊNCIAS

CARONE, Edgard. A república velha I: instituições e classes sociais. Rio de Janeiro: Diffel, 1978.

LEAL, Vitor Nunes. Coronelismo, enxada e voto. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MILL, John Stuart. A Liberdade/Utilitarismo. Tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. A Lógica das Ciências Morais. Tradução Alexandre Braga Marselha. São Paulo: Editora Iluminuras, 1999.

_____. Considerações sobre o Governo Representativo. Tradução E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1964.

TOCQUEVILLE, Alexis de. Democracia na América. 2ª ed. São Paulo: Martins, 2005.

VASCONCELLOS, João Gualberto. A invenção do coronel. Vitória: SPDC UFES, 1995.

REMIÇÃO FICTA, GARANTIA CONFERIDA AO CONDENADO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E OBRIGAÇÃO DO ESTADO

Heuler Costa Lourenço¹

RESUMO

A pena, seja privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa, tem por escopo a reprovação e prevenção do crime. A segregação, por seu turno, visa a ressocialização e reeducação do condenado. Ocorre que o sistema prisional brasileiro está em crise e não atende às exigências da Lei de Execução Penal, eis que milhares de apenados estão cumprindo suas respectivas penas em estabelecimentos que não lhes oferecem o mínimo de dignidade, principalmente no aspecto trabalho. O fato preponderando é que o Estado, detentor do poder-dever de promoção do bem comum, em mais uma de suas tarefas, está sendo omissivo, e assim desvirtuando a finalidade da pena ao não oportunizar aos condenados o direito ao trabalho e respectiva remuneração. Em razão disso, os reeducandos têm direito à remição ficta, ou seja, subtrair de sua pena ainda que não tenha executado efetivamente, por omissão do Estado, a atividade laboral.

Palavras-chave: Ressocialização, Trabalho do Condenado, Remição Ficta.

1 INTRODUÇÃO

A remição surgiu em 1937 por meio de decreto do governo franquista, para ser aplicada aos prisioneiros vencidos da Guerra Civil espanhola.

O fato é que este instituto pode ser considerado como uma das mais importantes conquistas, em termos de abrandamento do atual processo de execução da pena privativa de liberdade.

No Brasil, a Lei 7.210/84 que regulamenta a execução penal, elenca como direito subjetivo do preso a atribuição de trabalho e sua remuneração, conforme dicção expressa de seu artigo 41, inciso II. O artigo 33 do mesmo diploma dispõe que a jornada de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas (com descanso nos domingos e feriados).

Acresça-se ainda, que o produto da remuneração pelo labor deverá ser destinada à indenização dos danos causados pelo crime (desde que determinada judicialmente): à assistência da família do preso; às pequenas despesas sociais; ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação acima prevista. A quantia restante será depositada para a constituição de pecúlio, em caderneta de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Ocorre que o trabalho do preso, conforme artigo 28, parágrafo 2º da Lei de Execução Penal, não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

No entanto, estabelecem-se as regras mínimas da Organização das Nações Unidas a necessidade de providências para indenizar os presos pelo acidente do trabalho ou em enfermidades profissionais em condições similares àquelas que a lei dispõe para o trabalhador livre (74.2). Nossa legislação protege essa orientação ao incluir, entre os direitos do preso, os da "Previdência Social" (artigos 39 do CP e 41, III, da LEP).

Na doutrina, MIRABETE leciona que "remição é um instituto em que, pelo trabalho, se dá como cumprida parte da pena. Pelo desempenho da atividade

¹Bacharel em Direito pela Universidade de Rio Verde - Fesurv. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul. Professor de Direito Tributário e Direito do Consumidor no curso de Direito da Universidade de Rio Verde - Fesurv. Professor de Direito Civil e Teoria Geral do Processo no curso de Direito da Faculdade Almeida Rodrigues - FAR, e Assistente de Juiz de Direito.

laborativa o preso resgata uma parte da sanção, diminuindo o tempo de sua duração". I g u a i s entendimentos têm PINTO DA SILVA e PAGANELLA BOSCHI, quando afirmam que, pela remição, o condenado tem o direito de resgatar parte da pena que lhe foi imposta. Perfilha do mesmo posicionamento DELMANTO ao afirmar que a remição deve ser "computada como pena efetivamente cumprida, para todos os efeitos legais".

É dizer ao condenado que cumpre pena em regime fechado ou semi-aberto poderá ser diminuída, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. A contagem do tempo para o fim de remição será feita em razão de um dia de pena por três de trabalho (art. 126 da LEP); assim, por exemplo, se o detento trabalhar três dias terá antecipado o vencimento de sua pena em um dia.

Frise, ademais, que o artigo 127 da Lei de Execução Penal estabelece que o condenado punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Entretantes, malgrado o verbete da Súmula Vinculante nº. 09, do Excelso Pretoriano, referido artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por inobservância ao princípio que preserva o direito adquirido e a coisa julgada.

O descumprimento do dever de trabalhar é previsto como falta grave (art. 50, VI, da LEP) impondo sanções disciplinares, apenas.

2 REMIÇÃO FICTA

A lei assegura a remição aos presos que trabalham. O que fazer, entretanto, quando o apenado deseja trabalhar, mas descobre-se impossibilitado de fazê-lo porque a administração prisional não lhe oferece a oportunidade de qualquer atividade laboral? Ora, sendo clara a responsabilidade objetiva do Estado pela não oferta de trabalho, não devem os sentenciados ser prejudicados no que tange à remição.

Na verdade, o instituto da remição, no seu conteúdo global, promoveu verdadeira revolução no tocante ao cumprimento da pena ao criar os instrumentos necessários a efetivação das disposições contidas na sentença, e proporcionar, ao mesmo tempo, condições para a harmônica reintegração social do condenado.

De acordo com a regra contida no artigo 83 do citado estatuto, o estabelecimento penal, dada a sua natureza, deveria contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva aos presidiários.

Entretantes, o Estado, ao invés de implementar a obrigação legal que lhe coube, preferiu, mais uma vez, reforçar a já institucionalizada omissão, abandonando os presos à própria sorte em estabelecimentos inadequados à execução da pena, fornecendo-lhes um cárcere com excesso de lotação e, no máximo, uma alimentação suficiente a subsistência, quase sempre oportunizada graças à pronta intervenção dos municípios.

É certo que na maioria dos Estados da federação só existe uma unidade prisional capaz de atender, em parte, as exigências da Lei de Execução Penal. Todavia, não se consegue uma vaga para os condenados do interior, situação que obriga o cumprimento da reprimenda nas cadeias públicas municipais, frustrando, assim, os fins psicológicos e pedagógicos da pena.

Tal fato, apesar de lastimável, deve ser encarado com determinação e afinco, a fim de que o Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado) promova a necessária alteração na LEP, adequando-a a realidade prisional do nosso país.

Assim, por mais que se tente imaginar um modo de negar a remição ficta, em razão de o condenado estar impossibilitado de abater sua pena, mediante trabalho, por ausência da estrutura necessária, o direito subjetivo em estudo prevalece.

Ademais, o exercício de trabalho pelo preso é imposição da Lei de Execução Penal e obrigação do sentenciado. Logo, a ilegalidade por omissão praticada pelo Estado, ao deixar de construir estabelecimentos prisionais adequados aos parâmetros normativos, não pode obstar o acesso a referido benefício, mesmo se observado o princípio da legalidade, pois tal norteador do direito moderno tem que ser observado em primeiro lugar por quem avocou para si o *ius puniendi*.

A partir daí será lícito exigir sua aplicabilidade em desproveito dos reeducandos. No entanto, em razão do fracassado sistema público prisional brasileiro, arrisca-se a afirmar que, a exemplo de vários países europeus, a saída estaria na iniciativa privada.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho pelo qual o condenado atende a suas próprias necessidades requalifica o ladrão em operário dócil. E é nesse ponto que intervém a utilidade de uma retribuição pelo trabalho penal; ela impõe ao detento a forma "moral" do salário como condição de sua existência. (Michel Foucault. Vigiar e Punir).

É cediço que excetuadas as limitações decorrentes da condenação, são garantidos ao encarcerado os mesmos direitos assegurados aos demais cidadãos. No entanto, não se tem dispensado o necessário e devido respeito aos direitos dos presos. Vários são os abusos praticados. Restringimo-nos, contudo, a estudar a violação ao seu direito de trabalhar.

O trabalho, garantido pela Constituição da República, em seu artigo 6º, é direito do preso e constitui importante instrumento para o alcance da finalidade de prevenção especial positiva da pena.

A atividade laboral favorece a ressocialização do condenado, evita o ócio e a "contaminação" carcerária. O trabalho prisional é, ainda, instrumento que possibilita a formação de pecúlio e a diminuição da pena, através do instituto da remição.

Apesar de todos esses benefícios, a administração pública não tem oportunizado aos presos o exercício do trabalho, obstaculizando sua reintegração social e a obtenção de remuneração e remição da sua pena.

Disso, inarredável a existência do direito público subjetivo do preso ao trabalho e, por corolário, o dever do Estado possibilitar a fruição desse direito. Ao cabo de tais fundamentos, na omissão deste ente político em propiciar meios para o exercício efetivo do trabalho prisional, é inquestionável o direito do condenado, no regime fechado ou semi-aberto, à formação de pecúlio e à remição ficta ou presumida. É dizer, o direito de subtrair de sua pena, ainda que não tenha executado efetivamente, por omissão do Estado, a atividade laboral.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A Individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 256 p.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 42. ed. São Paulo, 2009.
- BRASIL. Código Penal - parte geral, Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Lei de execução penal, nº 7.210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Tradução José Antônio Cardinali. Campinas, SP: Bookseller, 2002.
- DELMANTO, Celso et al. Código penal comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.
- DIAS, Maria da Graça Moraes. A Redenção das Penas pelo Trabalho. Breve Notícia de um Sistema. RT, São Paulo: v. 483. jan/1976, p. 250-256.
- FONSECA, André Gustavo Isola e outros. Considerações Acerca da Perda da Remição Prevista no Art. 127 da Lei de Execuções Penais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: nº 24, out-nov/1998, p. 93-98.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 1987, 500 p.
- PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. A Remição de Pena é um Direito do Condenado e Obrigação do Estado. Boletim IBCCrim, nº 9, outubro/1993, p. 22.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 531.
- SOUZA, Osni de. Da Remição. A Perda dos Dias Remidos por Falta Grave. Execução Penal. Visão do TACRIM-SP. Edição Comemorativa dos 30 Anos (1967-1997) do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 145-156.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 198.
- SILVA, Odir Odilon Pinto da e BOSCHI, José Antônio Paganella. Comentários à Lei de Execução Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 293.

NORMAS EDITORIAIS

A REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA é a publicação oficial da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde - FESURV, com periodicidade semestral, destinando-se à veiculação de artigos científicos, frutos das atividades de pesquisas, leituras e discussões acadêmicas na área do Direito, sob enfoque interdisciplinar.

Visando à qualificação dos debates, rege-se a publicação pelas seguintes normas editoriais para a elaboração, a apresentação e a análise de textos, propostas e aprovadas pelo Conselho Editorial da Revista .

1. Só veicula artigos inéditos a serem enviados ao Conselho Editorial da Revista Jurídica, em meio eletrônico (arquivos para o seguinte endereço: parise@fesurv.br), conforme datas a serem estipuladas pelo Núcleo de Pesquisas e Estudos Jurídicos, nas chamadas de artigos para a Revista, divulgadas pelo site: <http://www.fesurv.br>.

2. Todos os artigos encaminhados para publicação devem apresentar a seguinte estrutura:

a) como elementos pré-textuais - título (em fonte tamanho 14, em negrito e centralizado) seguido, à direita, da identificação da autoria e das credenciais desta (nomes completos de autores e co-autores, titulações, vínculos institucionais e atividades profissionais atuais), menção às subvenções recebidas, apoios e financiamentos, resumo e palavras-chave em língua vernácula;

b) como elementos textuais - introdução, desenvolvimento e conclusão;

c) como elementos pós-textuais - lista de referências (somente as obras efetivamente citadas no texto deverão aparecer nas referências).

3. Os trabalhos encaminhados à análise do Conselho Editorial para publicação deverão ter entre 07 e 30

páginas, utilizando papel A4, fonte times new roman ou arial, tamanho 12 e com espaçamento 1,5 entre as linhas, para o texto normal, e, para as citações diretas de mais de três linhas, notas de rodapé, paginação e legendas de ilustrações e tabelas, o tamanho da fonte passa a ser o 10, e o espaçamento, simples.

4. As páginas devem apresentar margem esquerda e superior de 3 cm, direita e inferior de 2 cm, e as citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas em parágrafo próprio com recuo de 4 cm da margem esquerda e sem aspas.

5. No texto, as citações devem, preferencialmente, ser indicadas pelo sistema de chamada autor-data (exemplo: LENZA, 2009, p. 230), admitindo-se notas de rodapé explicativas.

6. As referências bibliográficas devem vir em lista única ao final do trabalho, ordenadas pelo sistema alfabético, digitadas em espaço simples, separadas entre si por espaço duplo.

7. As locuções em língua estrangeira e destaques deverão ser redigidos em itálico.

8. Todos os textos devem seguir as demais normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) sobre citações e notas de rodapé, referências em documentos e outras especificidades .

9. Os artigos deverão ter suas introduções antecedidas por resumos em português, bem como de 3 a 6 palavras-chave para fins de adequada indexação.

10. Não poderão os artigos científicos serem assinados por meio de pseudônimos.

11. Os artigos assinados serão de responsabilidade exclusiva de seus autores, não refletindo a opinião da Faculdade de Direito.

12. Os autores ou co-autores deverão encaminhar seus trabalhos com ofício datado, contendo a declaração de ineditismo do texto, além dos seguintes dados: título do trabalho, nomes completos, endereços completos (inclusive os eletrônicos) e telefones. Deverão ainda veicular a autorização para a publicação e a cedência formal dos direitos de publicação, pelo preenchimento e anexação da ficha de Autorização para Publicação de Obra Intelectual, disponível em www.fesurv.br, no link Núcleo de Pesquisa ? Revista Jurídica.

13. A permissão para o uso de ilustrações, imagens, tabelas etc., extraídas de outras publicações, bem como quaisquer outras licenças ou aprovações perante entidades detentoras de direitos autorais, é de plena responsabilidade dos autores dos artigos.

14. Artigos escritos por acadêmicos somente serão recebidos para análise se apresentados em co-autoria com professores orientadores de projetos de pesquisa, de extensão, de trabalhos de conclusão de cursos de graduação ou de pós-graduação (especializações, mestrados, doutorados e pós-doutorados).

15. A publicação das colaborações recebidas estará condicionada à avaliação do Conselho Editorial da Revista e de eventuais avaliadores ad hoc, que poderão aprová-las na íntegra, sugerir alterações ou recusá-las definitivamente.

16. O Conselho Editorial da Revista enviará correspondência eletrônica confirmando o recebimento dos trabalhos, bem como a lista daqueles que forem selecionados para a respectiva publicação.

17. Poderão ser efetuadas, havendo necessidade, pequenas alterações de caráter meramente formal nos textos recebidos, de modo a adequá-los aos padrões da ABNT, não sendo admitidas modificações de estrutura, conteúdo ou estilo, sem o prévio consentimento dos autores.

18. Os autores de artigos aprovados para publicação com sugestões de alterações (correções de português, adequações à ABNT etc.) por parte do Conselho Editorial serão contatados pela Instituição para realizá-las e, a partir disso, emitir nova autorização de publicação. Poderá ser recusada a publicação dos artigos em relação aos quais foram feitas ressalvas pelos avaliadores, caso essas não tenham sido consideradas pelos respectivos autores.

19. Na avaliação dos artigos serão mantidas em sigilo suas autorias.

Prof^a. Ms. Patrícia Spagnolo Parise

Coordenadora do Núcleo de Pesquisas e Estudos Jurídicos
Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica
da Faculdade de Direito - FESURV